

Eduardo Rojo Torrecilla

Extinción de la
relación de trabajo
en el empleo público
interino. El impacto
de la jurisprudencia
del TJUE (2016-2020)

13E Estudios de Relaciones Laborales

Eduardo Rojo Torrecilla

Extinción de la
relación de trabajo
en el empleo público
interino. El impacto
de la jurisprudencia
del TJUE
(2016-2020)

© Diputació de Barcelona
Mayo 2020
Diseño gráfico: Jordi Palli
Composició: Addenda
Producció: Gabinet de Premsa y Comunicació de la Diputació de Barcelona
ISBN: 978-84-9803-927-6

Índice

Abreviaturas	6
Presentación	8
I. Cuestiones generales sobre personal funcionario interino y personal estatutario temporal. De la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 a las del TS de 26 de septiembre de 2018, pasando por la del TSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016	17
1. Introducción.....	17
2. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15).....	18
3. Sentencia del TSJCA del País Vasco de 12 de diciembre de 2016.....	22
4. Sentencias del TSCA de 26 de septiembre de 2018.....	23
5. Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018 (asunto C-494/16).....	31
II. Análisis de las conclusiones presentadas por los abogados generales y de las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos C-103/18, C-429/18 y C-177/18	37
1. Consideraciones previas.....	37
2. Examen de las conclusiones presentadas en los asuntos C-103/18 y C-429/18.....	38
3. La limitada estabilidad del personal interino. Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18).....	55
4. Análisis de las conclusiones del asunto C-177/18.....	63

5. Límites al derecho a indemnización de los empleados públicos temporales a la finalización de sus servicios. Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18).....	70
---	----

III. Interinos sin indemnización. Del TJUE al TS. Del 14 de septiembre de 2016 al 13 de marzo de 2019..... 75

1. Introducción.....	75
2. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)..	76
3. Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016.....	85
4. Cuestión prejudicial planteada por el TS el 25 de octubre de 2017.....	89
5. Sentencias del TJUE de 5 de junio de 2018 (asuntos C-677/16 y 574/16).....	99
6. Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17)....	105
7. Sentencia del TS de 13 de marzo de 2019.....	111
8. Recapitulación final.....	118

IV. El impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre el TS y los conflictos jurídicos existentes..... 119

1. Sentencia del TS de 24 de abril de 2019.....	119
2. Sentencia del TS de 4 de julio de 2019.....	124

V. Derecho a la readmisión de los trabajadores fijos, y no de los restantes, tras despido disciplinario no conforme a derecho. El TJUE acepta la diferencia de trato. Sentencia de 25 de julio de 2018 (C-96/17)..... 133

1. Consideraciones previas.....	133
2. Cuestión prejudicial planteada por el auto del JS de lo Social núm. 2 de Terrassa de 26 de enero de 2017.....	134
3. Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018.....	137
4. Recapitulación.....	142

VI. Observaciones finales. Cuestiones pendientes para regular la extinción de la prestación de servicios..... 143

Lecturas complementarias de interés para profundizar en el estudio de la problemática abordada en el libro..... 148

El autor..... 151

Abreviaturas

C-A	Contencioso-Administrativo
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEEP	Centro Europeo de la Empresa Pública
CES	Confederación Europea de Sindicatos
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
JCA	Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
JS	Juzgado de lo Social
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OEP	Oferta de empleo público
PGE	Presupuestos Generales del Estado
RCUD	Recurso de casación para la unificación de doctrina
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
SERMAS	Servicio Madrileño de Salud
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSCA	Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJCA	Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia
UNICE	Unión de Confederaciones de la Industria de la Comunidad Europea

Presentación

Los datos disponibles en el Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, a 1 de enero de 2019, nos dan cuenta de 2.578.388 personas al servicio de las Administraciones Públicas, de las que 1.460.831 son personal funcionario, 603.439 personal laboral y 514.118 «otro personal», con especial impacto del segundo y tercer colectivo en las Administraciones autonómicas y locales (126.849 y 429.614, las primeras; 312.726 y 64.554, las segundas). La tipología de personal utilizada, y que toma evidentemente como punto de referencia el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), incluye, además del personal funcionario de carrera, el personal estatutario de los servicios de salud y el personal laboral, el ya citado «otro personal», en el que se incluye, en su gran mayoría al personal funcionario interino, es decir, «el que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, es nombrado como tal para el desempeño de funciones propias de personal funcionario de carrera», cuando se dé alguna de las circunstancias recogidas en el art. 10 RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del EBEP.

Era lógico pensar, y así ha ocurrido efectivamente, que el personal interino se movilizara en defensa de aquello que considera su derecho a la estabilidad en el empleo cuando no se ha dado cumplimiento a la normativa administrativa sobre oferta de empleo público (OEP), o bien cuando se ha mantenido a la persona afectada en tal condición de interinidad durante muchos años, sin que se haya procedido al cumplimiento de la normativa aplicable. Cuestión distinta, ciertamente, a la par que conflictiva jurídicamente, es cómo se cohonestan las peticiones formuladas de alcanzar la estabilidad, básicamente a través de la vía del concurso de méritos previsto excepcionalmente en el art. 61.6 EBEP («Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición, que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Solo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos»), con la regla general constitucional del art. 23 de la Cons-

titución Española (CE) y plasmada después en la normativa legal citada, es decir que las y los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

La historia de la publicación que los lectores y lectoras tienen ahora en sus manos se inicia, sin que lo supiera entonces su autor, el 14 de septiembre de 2016. En esa fecha, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó tres sentencias relativas a conflictos jurídicos sobre la extinción de las relaciones de trabajo en el empleo público, que, como se indica en el título, cambiarían, al menos a mi parecer y casi me atrevo a afirmar que al de la gran mayoría de quienes lo conocen, la regulación de la extinción de las relaciones de trabajo en la función pública para el personal no fijo o que no tenga la condición de funcionario de carrera.

Es cierto que, conviene ya señalarlo de entrada, con anterioridad, el TJUE ya había dictado varias sentencias y autos de indudable interés y afectación a las relaciones de trabajo del personal contratado temporal o con nombramiento funcional interino, que versaban sobre la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación entre personas que prestan sus servicios en virtud de una relación jurídica de duración determinada y aquellas que tienen una relación contractual indefinida, al dar respuesta a distintas cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados y tribunales de los Estados miembros sobre la interpretación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco suscrito por los agentes sociales europeos (Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europa [UNICE], Centro Europeo de la Empresa Pública [CEEP] y Confederación Europea de Sindicatos [CES]), el 18 de marzo de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, que se incorporó como anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999¹. Justamente, una publicación de la colección de publicaciones del CEMICAL que acoge esta obra abordó gran parte de dichas resoluciones judiciales y su aplicación a las relaciones de trabajo en el empleo público en España, si bien solo para el personal funcionario interino y eventual, en concreto la publicada por Josep Aldomà, *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, al menos hasta finales de 2015².

Las sentencias y autos del TJUE versaban, y siguen versando, ya que con posterioridad se han dictado varios más que abundan en la misma línea, sobre condiciones de trabajo durante la prestación de servicios, y ponían el acento en la necesidad de prestar especial atención al respeto del principio de no discriminación

1. Véase un muy amplio y detallado estudio en el artículo de ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «Equiparación y abuso en el empleo público temporal. Las soluciones en la jurisprudencia europea y española», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 49, septiembre de 2019, págs. 11 a 38. https://www.jcy.es/web/jcy/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284892016132/Redaccion (consultado: 28 de octubre de 2019).

2. En la introducción, el profesor Aldomà concreta que su trabajo «se centra exclusivamente en [...] el análisis y la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales temporales».

por razón de la duración de la relación de servicios, ya que lo importante es el contenido de la prestación, de tal manera que la diferencia de trato solo estaría justificada cuando existiera una razón objetiva debidamente acreditada.

He dicho en más de una ocasión, y ahora aprovecho para reiterarlo, que las magistradas y los magistrados del TJUE difícilmente podían imaginar que deberían conocer de tantos litigios sobre dicha Directiva y el Acuerdo Marco, y desde luego mucho menos que un número importante de los litigios vendrían de las cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados y tribunales españoles, tanto del orden jurisdiccional social como del contencioso-administrativo (C-A). Y si para muestra vale un botón, es decir, para confirmar que no decaen dichas cuestiones prejudiciales, cabe citar el auto dictado el 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18) sobre cómo debe computarse la antigüedad para las trabajadoras y los trabajadores fijos discontinuos, a fin y efecto de evitar una discriminación con respecto al personal que presta sus servicios a tiempo completo.

Y aún mucho más importante serán las cuestiones prejudiciales planteadas por diversos juzgados de lo contencioso-administrativo (JCA) de Madrid sobre las posibles irregularidades en la prestación de servicios de personal estatutario y funcionario interino, y cuáles han de ser las consecuencias jurídicas de haberse vulnerado la normativa de aplicación. Presto especial atención a estas cuestiones cuando redacto este texto, de ahí que se trate mi publicación de una historia inacabada de la regulación de la extinción de las prestaciones de servicios en el empleo público, y aun después de las sentencias que dicte el TJUE, la historia no finalizará, al menos hasta que se produzca una modificación de la normativa de empleo público que trate de evitar, en cumplimiento de la jurisprudencia del TJUE y en aplicación del art. 4 bis, 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que siga existiendo una importante litigiosidad judicial, aun cuando no es menos cierto que, al menos en el ámbito laboral, esta ha desaparecido sustancialmente a partir de la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) el 13 de marzo de 2019, resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina (RCUD) interpuesto por la abogacía del Estado contra una sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ) y que motivó la presentación de una cuestión prejudicial por aquel ante el TJUE, y que dio lugar a la importante sentencia de 21 de noviembre de 2018.

Por consiguiente, la publicación no versa sobre todas las vicisitudes del empleo público y cómo las ha abordado el TJUE, y mucho más concretamente, cuál ha sido su impacto sobre el de España, sino que se centra en un ámbito muy concreto de la relación de trabajo, aquel que se produce justamente porque se llega, por diversos motivos, a su finalización, y señaladamente porque se cumple el requisito marcado, en principio, por la normativa vigente cuando es una relación de duración determinada.

Me estoy refiriendo, como es fácil deducir, a la extinción de la relación de una persona que ha sido contratada temporalmente con un contrato de interinidad para sustituir a otra con reserva de puesto de trabajo o bien para ocupar una plaza que está vacante y que ha de ser cubierta; o bien, la extinción de una prestación de servicios que tiene un nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionario interino y para el que la normativa de aplicación tanto en el ámbito estatutario como en el más general del empleo público fijan unas reglas estrictas en cuanto a su justificación y el período de duración o causa que dé lugar a la extinción.

Es decir, están en juego normas de carácter laboral (la Ley del Estatuto de los trabajadores [LET]), de la función pública (EBEP) y de la «relación funcionarial especial» en el ámbito estatutario (el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud). Se trata, en definitiva, de analizar cuándo una extinción es conforme a derecho y, en caso de que no lo sea, cuáles son los «remedios» que el ordenamiento jurídico, comunitario y español prevén para no tratar a una persona que prestaba servicios de duración determinada (sea cual fuera dicha duración) de manera desigual no justificada, discriminatoria, con respecto a un trabajador estable con el que pueda efectuarse la comparación. Las palabras «fijeza», «indemnización», «indemnizaciones» aparecen ya como punto de referencia para las resoluciones judiciales, aunque no lo es menos que también surgen inmediatamente las de «concurso», «igualdad», «mérito» y «publicidad», a modo de puzle o crucigrama en el que todas las piezas, o palabras, deben encontrar acomodo y cobertura jurídica. La cuestión no es de menor importancia como es bien sabido, por el elevado número de personal temporal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas españolas, muy en especial, en primer lugar, en las locales y, en segundo término, en las autonómicas, como he indicado con anterioridad, cabiendo recordar aquí, además, que las competencias en materia de sanidad y educación, ámbitos en los que existe el mayor número de personal temporal, están transferidas a las autonomías.

Decía al inicio de esta introducción que cuando se dictaron las sentencias del TJUE no era consciente en absoluto de que iba a realizar una publicación sobre las mismas y sobre su acogimiento por los órganos jurisdiccionales españoles, y tampoco era consciente de la importancia que iban a tener, y el revuelo que iban a suponer, en el empleo público³. Empecé a darme cuenta de ello cuando comprobé el elevado número de demandas presentadas para reclamar una indemnización idéntica a la que percibe una o un trabajador con contrato indefinido cuyo

3. Un muy riguroso análisis del impacto de las tres sentencias dictadas en esa fecha se encuentra en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañando el enredo. Estudio de la doctrina judicial española aplicativa de la trilogía de Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 («De Diego Porras», «Pérez López» y «Martínez Andrés»)*, Sepin, 2016.

contrato se extingue por causas objetivas al amparo del art. 52 c) LET (económicas, técnicas, organizativas o de producción), basándose en la sentencia del TJUE dictada en el asunto C-596/14, más conocido por el nombre de la trabajadora interina, Ana de Diego Porras; demandas que se presentaban no solo cuando se extinguía un contrato de interinidad, sino también cuando la finalización se producía en un contrato para obra o servicio, o bien en una relación contractual temporal por necesidades de la producción, y a las que los juzgados y tribunales españoles dieron respuestas de todo tipo, tanto para reconocer el derecho a dicha indemnización como para rechazarlo, aplicándolo solo a los contratos de interinidad y manteniendo la regulación vigente (con o sin indemnización) para el resto de las relaciones contractuales.

Igualmente, la importancia de esa jurisprudencia se puso de manifiesto en el empleo público cuando intervinieron los juzgados y tribunales contencioso-administrativos y abordaron los efectos de las otras dos sentencias del TJUE dictadas en la misma fecha de 14 de septiembre de 2016, abriendo camino en unos casos a la aplicación del régimen laboral de indemnizaciones a la relación administrativa, o bien procediendo a su rechazo por tratarse de dos órdenes jurisdiccionales diferenciados y con regulación propia y específica para cada uno de ellos. No sería hasta más adelante cuando se iniciaría el debate sobre el posible mantenimiento de la relación funcionarial interina como respuesta adecuada, en aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, a las actuaciones calificadas de abusivas por parte de las Administraciones Públicas, al mantener muchos años en situación de temporalidad a personas que ocupaban puestos de trabajo que hubieran debido ya ser cubiertos de manera estable.

A dichas sentencias del TJUE, sobre su aplicación por los juzgados y tribunales españoles, empecé a prestar mi atención desde que fueron dictadas, y el interés fue *in crescendo* a medida que la litigiosidad jurídica también se incrementaba, con la previsibilidad algo más que razonable de que los conflictos acabaran llegando al TS, tanto a la Sala de lo Social como a la de lo Contencioso-Administrativo (TSCA) y que estos dieran respuestas a las cuestiones planteadas. Y en efecto, así ocurrió a finales de septiembre de 2018 para la segunda y a mediados de marzo de 2019 para la primera, previa presentación por la Sala de lo Social de una cuestión prejudicial el 25 de octubre de 2017, que daría lugar a un vuelco jurídico en la interpretación de la normativa española por el TJUE, cambiando aquella que había mantenido en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, siendo importante señalar que esta última se dictó por la Sala Décima, mientras que la de 21 noviembre de 2018 se dictó por la Gran Sala. Cuando redacto este texto quedan pendientes de resolución importantes sentencias que deberán pronunciarse sobre los remedios adecuados para corregir, si así se considera que existe, la actuación abusiva y contraria a derecho de las Administraciones que no han respetado las reglas sobre la normativa laboral o funcionarial que permite la contratación o nombra-

mientos de duración determinada solo por motivos y causas tasadas y, en principio, con respeto a una duración concreta⁴.

No obstante, mi explicación introductoria sería totalmente incompleta si finalizara aquí, ya que desde septiembre de 2016 a febrero de 2020 se han dictado otras importantes sentencias y autos que se refieren a la adecuación del ordenamiento español a la normativa comunitaria, y que han cambiado también sensiblemente el criterio favorable a la indemnización semejante a la de una trabajadora o de un trabajador indefinido cuando se extingue su relación contractual, de tal manera que podemos decir que hemos vuelto a la casilla de salida del juego, si entendemos que el juego es una relación contractual laboral o un nombramiento funcional de personal interino, ya que, al menos en el ámbito social, la sentencia del TS de 13 de marzo de 2019 (Rec. 3970/2016) ha sido seguida, o es mejor decir que lo sigue siendo en la actualidad, de más de 150 sentencias que se pronuncian en los mismos términos que aquella y que resuelven los RCU presentados en su gran mayoría por las Administraciones Públicas condenadas en instancia y/o en suplicación, al abono de una indemnización, ya fuera de 12 o de 20 días, en contratos de interinidad⁵.

Tampoco es menospreciable, ni mucho menos, la litigiosidad en sede C-A, centrada en ocasiones en las diferencias entre los dos órdenes jurisdiccionales, y en otras en la determinación de cuál puede ser el remedio adecuado ante una actuación abusiva por parte del empleador público.

En efecto, la rectificación del camino seguido por Ana de Diego Porras I se inició ya por dos sentencias dictadas el 5 de junio de 2018, conocidas como casos Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility, en las que el TJUE aceptó las tesis del Gobierno español y centró su atención, para ese cambio de criterio, en que el personal temporal no tenía cuando era contratado la «previsión de fijeza» que sí tenía quien tuviera una relación estable, ya que el primero conocía la existencia de una causa, con fecha fija u orientativa, que daría lugar a la extinción del contrato, mientras que tal circunstancia no concurría en el segundo, ya que la extinción de su vínculo contractual solo operaría cuando se produjera una causa (económica, técnica, organizativa o de producción) no existente al inicio de la prestación laboral.

4. Además de los asuntos que serán analizados más adelante, deben ser también citados C-760/18 (petición de decisión prejudicial presentada por un tribunal griego el 4 de diciembre de 2018) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211764&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9016381> y C-103/19 (presentada por un JCA de Madrid) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218047&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9016567>.

5. Un análisis de la sentencia del TS se encuentra en el artículo de CANO GALÁN, Yolanda, publicado en el *Diario La Ley*, núm. 9397, 15 de abril de 2019. Para la autora, con esta sentencia se pone fin a la saga Ana de Diego Porras, si bien inmediatamente matiza que «no es extrapolable a otros supuestos de extinción de contratos temporales [...]», ni tampoco «a otros supuestos de extinción del contrato de trabajo de interinidad por sustitución, ya que la sentencia no examina los efectos indemnizatorios que puede tener el que el contrato se hubiera concertado en fraude de ley».

No menos importante fue la intervención del TJUE, nuevamente dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de lo social (JS) español sobre la adecuación de la normativa española a la comunitaria cuando el despido de un trabajador indefinido no fijo es declarado improcedente y no se opera la readmisión obligatoria, a diferencia de la previsión recogida en el art. 96.2 EBEP en supuesto de despidos disciplinarios del personal fijo que sean declarados conformes a derecho, aceptando el TJUE, en sentencia de 25 de julio de 2018, tal diferencia de trato como objetiva y poniendo el acento en la mayor estabilidad que debe tener quien ha accedido al empleo público, y adquirido fijeza, por los canales reglamentarios y con superación de las correspondientes pruebas.

Ese seguimiento que vengo efectuando desde septiembre de 2016, aun cuando debo decir que ya había prestado atención a la jurisprudencia del TJUE desde muchos años antes, y no solo desde luego la del empleo público, es el que me animó a sugerir al CEMICAL, cuando recibí una amable invitación de la gerencia, a participar en esta colección con alguna aportación, que podía publicar un texto sobre el impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la extinción de las relaciones de trabajo en el empleo público, si bien cuando recibí el escrito y respondí afirmativamente, allá por el mes de abril de 2018, no era consciente en modo alguno de la importancia que adquiriría dicha temática y cómo serían esperadas las resoluciones judiciales del TJUE por parte de los miles de personas con relación temporal en las Administraciones Públicas y que llevan ya muchos años de interinidad, debidas en gran parte, pero no solo por ello, a las restricciones presupuestarias sufridas por todas aquellas (incluida la universitaria, sobre la que podría extenderme con un detalle que ahora no corresponde respecto a la congelación de plazas de profesorado titular y cátedras durante varios años) desde el inicio de la crisis económica en 2008 y, al menos, hasta 2015⁶.

Pues bien, aquí está mi aportación, producto inacabado del estudio de las sentencias más importantes dictadas por el TJUE, así como de algunas dictadas por las Salas de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo del TS, y prestando especial atención a las conclusiones presentadas por los abogados generales del TJUE sobre varias cuestiones prejudiciales en la que se plantean, dicho sea por mi parte con claridad y sin ambages, que la forma de reparar las irregularidades padecidas por el personal estatutario temporal sería la adquisición de fijeza en su empleo, tesis que no es aceptada en tales conclusiones y que sí dejan la puerta abierta a que las indemnizaciones por extinción sean de una cuantía que permitan corregir

6. Al respecto, véase, BOLTAINA BOSCH, Xavier, «Empleo público temporal en España: precariedad del modelo y recuperación del sistema (2010- 2016)», *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016, págs. 9-32. La problemática, no obstante, ya se había planteado varios años antes, como lo prueba el informe elaborado por el Defensor del Pueblo en 2003, dedicado a *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2003-01-Funcionarios-interinos-y-personal-eventual-la-provisionalidad-y-temporalidad-en-el-empleo-p%C3%BAblico.pdf> (consultado: 15 de octubre de 2019)

adecuadamente para la persona afectada el daño sufrido por el incumplimiento de su empleador.

No se trata esta obra, por tanto, de un estudio doctrinal sobre el empleo en el sector público, y más concretamente sobre la regulación, en el marco más general del Derecho del empleo público, de la extinción de la relación contractual o funcionarial interina, y además sería pretencioso querer llevarlo a cabo cuando existen ya muchos y muy buenos estudios monográficos sobre ello⁷; tampoco es un estudio detallado de la jurisprudencia del TJUE sobre la adecuación de la normativa española a la comunitaria cuando existen diferencias de trato entre personal temporal y personal estable, habiendo también una amplia y prolífica aportación doctrinal al respecto⁸.

Es un estudio práctico de algunas sentencias de mucha importancia del TJUE, acompañadas de otras no menos importantes del TS y de algunas más de TSJ, en cuanto que son las que acabarían llegando al TS, en las que se plantean los problemas de los efectos jurídicos que debe tener la extinción, de una relación temporal en este y la adopción, en su caso, de medidas correctoras de una actuación contraria a derecho por parte del empleador; estudio acompañado de alguna aportación jurisprudencial del TJUE que tiene relación con la temática estudiada, en cuanto que subraya las diferencias existentes por razón de la forma de acceso al empleo público en el ejercicio de algunos derechos por parte del personal.

Divido mi exposición de la siguiente manera: en primer lugar, procedo al estudio de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-16/15 y C-184/15 y C-197/15, y a su aplicación por el TSCA en dos sentencias de 26 de septiembre de 2018, y por algunas sentencias de TSJ. Es decir, se trata de la problemática del nombramiento del personal estatutario temporal en el ámbito sanitario público, por una parte, y sobre los nombramientos indefinidos no fijos, por otra. En fin, el examen muy detallado de las conclusiones de los abogados generales en las cuestiones prejudiciales sobre fijeza y/o indemnización del personal interino con largos años de prestación de servicios en el empleo público, y un amplio análisis de las importantes sentencias dictadas el 22 de enero y 19 de marzo de 2020, merecerán por supuesto mi atención.

A continuación, las sentencias del caso Ana de Diego Porras, tanto las de 14 de septiembre de 2016 como la de 21 de noviembre de 2018, que versan sobre el derecho a indemnización del personal interino a la finalización de su contrato,

7. Véase, MONEREO PÉREZ, José Luís (dir.) y VILA TIerno, Francisco (coord.), *Curso de Derecho del Empleo público*, Tecnos, 2018.

8. En especial en materia de contratación laboral, véase, ÁLVAREZ DEL CUBILLO, Antonio, «El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español en materia de contratación laboral: cuestiones no resueltas». <https://rodin.uca.es/xmlui/handle/10498/20888> (consultado: 15 de octubre de 2019).

con especial atención a la sentencia del TS, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2019. En tercer lugar, me detendré en cómo ha abordado el TJUE la problemática de la readmisión obligatoria de un empleado público con relación laboral cuando el despido disciplinario sea declarado improcedente, y las diferencias existentes entre el personal fijo y el indefinido no fijo. Finalizaré mi trabajo con algunas reflexiones que, a modo de síntesis, recapitulen sobre todo lo expuesto con anterioridad.

Y como siempre digo en todos mis escritos, buena lectura.

Eduardo Rojo Torrecilla.

Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Bellaterra, 23 de marzo de 2020.

I. Cuestiones generales sobre personal funcionario interino y personal estatutario temporal. De la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 a las del TS de 26 de septiembre de 2018, pasando por la del TSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016

1. Introducción

Son objeto de atención dos sentencias (de contenido sustancialmente idéntico) dictadas por la sección cuarta de la TSCA el 26 de septiembre de 2018 (Rec. 1305/2017 y 1425/2017). Ambas tratan sobre la nulidad del cese de interinos contratados de manera abusiva.

Los conflictos jurídicos suscitados son los siguientes: el primero trata acerca de un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en posible situación de abuso mediante un nombramiento inicial y otro posterior, tras el que se mantiene durante catorce años, sin solución de continuidad, esa relación de empleo, no para cubrir necesidades temporales, sino para prestar funciones permanentes y estables, propias de la plantilla municipal. El segundo enjuicia el caso de un empleado, personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud, y el posible abuso en sus sucesivos nombramientos o prórrogas (Rec. 1425/2017)⁹.

Dado que las sentencias del TS resuelven los recursos de casación interpuestos contra la sentencia del de la TSJCA del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, que encuentra su razón de ser en las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y 197/15), es obligado referirse primero a la jurisprudencia del tribunal europeo y, después, a la resolución judicial de la Sala autonómica vasca, para poder entrar a continuación en el análisis de las sentencias del TS, que en sus antecedentes de hechos y varios fundamentos de derecho reproducen amplios fragmentos de ambas.

9. Ambas sentencias han sido ya objeto de un cuidado y riguroso análisis a cargo del profesor Ignasi BELTRAN DE HEREDIA en la entrada publicada en su blog el 8 de octubre de 2019, titulada «Funcionarios interinos y personal estatutario eventual: medidas contra la temporalidad abusiva (SSTS/C-A 26/9/18, casos Martínez Andrés / Castrejana López)». <https://ignasibeltran.com/2018/10/08/funcionarios-interinos-y-personal-estatutario-eventual-medidas-contra-la-temporalidad-abusiva-sstsc-a-26-9-18-casos-martinez-andres-castrejana-lopez/> (consultado: 10 de octubre de 2019).

2. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15)

La sentencia se dicta, sin conclusiones del abogado general, para dar respuesta a dos peticiones de decisión prejudicial planteadas por dos autos de la misma fecha, 9 de marzo de 2015, dictados por la TSJCA del País Vasco. Los dos litigios que merecen la atención especial del TSJ vasco se refieren a los problemas derivados de nombramientos y relación de servicios de duración determinada que son extinguidos por decisión de la Administración y para los que el TSJ plantea que la normativa española podría no tener una protección adecuada frente a la actuación abusiva de aquella, siendo así que se vulneraría el Acuerdo Marco recogido en la Directiva 1999/70/CE, que establece el principio de igualdad de trato para los trabajadores con contratos de duración determinada en relación con los trabajadores con contrato indefinido que puedan ser comparables. En el primer caso, el empleador es el Servicio Vasco de Salud, y en el segundo, el Ayuntamiento de Vitoria. En efecto, según puede leerse en el apdo. 2 de la sentencia, el primer conflicto versa sobre la relación «con las renovaciones de su nombramiento de duración determinada y con la legalidad de la resolución por la que se puso fin a dicho nombramiento», mientras que el segundo se refiere a la relación «con la calificación jurídica de su relación de servicio y con la legalidad de la resolución mediante la que finalizó dicha relación».

En el asunto C-184/15, se trata de una persona que presta sus servicios para el Servicio Vasco de Salud con un nombramiento como personal estatutario temporal eventual de fecha 2 de febrero de 2010 y prorrogado en trece ocasiones hasta su finalización el 1 de octubre de 2012. El nombramiento se produjo, al amparo del art. 9.3 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios médicos de salud (Ley 55/2003), para prestar servicios «de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», mientras que en las prórrogas solo hay una referencia a «las necesidades del servicio». Contra la decisión de dar por finalizada la relación estatutaria, la trabajadora (y utilizo el término en sentido material y no formal, incluyendo a toda persona que desarrolla una actividad remunerada para otra y con independencia de que esté regulada o no en la LET), interpuso recurso contencioso-administrativo, desestimado por el JCA núm. 6 de Bilbao, y posteriormente recurso ante el TSJ del País Vasco, por considerar que los tres supuestos recogidos en el citado precepto «no pueden fundirse en una categoría global para motivar la existencia de un nombramiento de duración determinada»¹⁰.

10. Véase, STC de 16 de octubre de 2019, en cuyo fundamento jurídico 3 se recuerda que «la jurisprudencia constitucional ha apreciado la evolución del régimen del personal estatutario de los servicios de salud hacia una relación funcional de carácter especial (SSTC 215/2013, de 19 de diciembre, FJ 2, y 20/2017, de 2 de febrero, FJ 2) [...]». https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_120/2019-2360STC.pdf (consultado: 31 de octubre de 2019).

En el asunto C-197/15, la relación del trabajador con el Ayuntamiento de Vitoria se inició el 1 de diciembre de 1993, mediante la formalización de un contrato de duración determinada, al que siguió dos años más tarde un nuevo contrato temporal. La relación jurídica del trabajador con el Ayuntamiento pasó a ser de funcionario interino, por nombramiento efectuado el 22 de enero de 1998, para llevar a cabo la misma tarea que la asignada en el segundo contrato y hasta la finalización del programa. Desde entonces, y hasta catorce años más tarde, el trabajador siguió prestando sus servicios, notificando la Administración su cese con efectos de 31 de diciembre de 2012, justificado en que el programa «había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones Públicas». Al igual que en el primer supuesto, el recurso contencioso-administrativo fue desestimado en instancia, interponiendo posteriormente recurso de apelación ante el TSJ del País Vasco, en el que se puso de manifiesto que el juzgado no se había pronunciado sobre la naturaleza jurídica de su relación con la Administración, es decir, si era de carácter laboral o administrativa.

En el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, el TSJ manifiesta que ambos litigantes están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, y que en los dos casos «se ha producido una utilización abusiva de la contratación de duración determinada» (supongo que el TSJ se refiere a la existencia de un contrato o relación laboral), ya que en el primero, y a partir siempre de los datos disponibles, se encontraba en la imposibilidad de determinar si las prórrogas respondían a necesidades temporales o permanentes de la Administración, y en el segundo, que la relación de servicio se extendió durante muchos años para llevar a cabo un proyecto, e incluso, «más allá de la utilización del proyecto».

El núcleo argumental del auto es la diferente protección entre trabajadoras y trabajadores en sentido estricto, es decir con contrato laboral, y personal sometido a regulación funcional o estatutaria en punto a la finalización de la prestación laboral cuando la Administración haya actuado de forma no conforme a derecho, ya que, en la relación contractual laboral, el TS acuñó, y el EBEP la recogió expresamente después, la figura del trabajador indefinido no fijo, mientras que no existe tal protección en el otro supuesto, o al menos el TS no se había pronunciado aún al respecto, por ceñir su actuación a los litigios en los que se planteaba un conflicto que afecta a funcionarios de carrera, con sentencias contradictorias en los tribunales inferiores respecto a la protección del personal estatutario temporal o del personal funcionario interino.

Esta diferente protección (mejor dicho, existente en un caso, y dependiendo del criterio judicial, en otro) es la que lleva al TSJ a plantearse si es conforme a la Directiva que no exista el mismo nivel, llamándole especialmente la atención el segundo supuesto, en el que una primera relación contractual laboral fue novada después en un nombramiento de personal funcionario interino, porque, de haber mantenido el primer estatus, hubiera tenido una protección frente a la finalización

no conforme a derecho de su relación con la Administración que le es negada en el segundo. Se cuestiona el TSJ si pudiera ser posible que hubiera diferencia de trato en cuanto a la finalización de una relación contractual o funcional/estatutaria y, en tal caso, no se vulneraría la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, citando como posible razón que justificaría tal decisión la diferente naturaleza jurídica de la relación, así como también la facultad de autoorganización de la Administración. Las cuestiones prejudiciales planteadas (la tercera es únicamente para el segundo supuesto) son las siguientes:

1) La cláusula 5, apdo. 1, del [Acuerdo Marco] ¿debe ser interpretada en el sentido de que se opone a una legislación nacional que, en los supuestos de abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada, no reconoce con carácter general, en el caso del personal estatutario temporal eventual [(asunto C 184/15) y los funcionarios interinos (asunto C 197/15)] y a diferencia de lo que ocurre en idéntica situación para los contratados laborales por la Administración, el derecho al mantenimiento del vínculo como indefinidos no fijos, es decir, con derecho a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente establecidos?

2) En el caso de responderse negativamente la cuestión anterior, ¿el principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el [j]uez nacional puede considerar que ambas situaciones, la del contratado laboral por tiempo determinado por la Administración y la del personal estatutario temporal eventual [(asunto C 184/15) y la del funcionario interino (asunto C 197/15)], son similares cuando se produce un abuso en la utilización de contratos de trabajo de duración determinada o bien, aparte de la identidad del empleador, la identidad o similitud de los servicios prestados y la duración determinada del contrato de trabajo, el [j]uez nacional debe considerar otros elementos al efectuar el juicio de similitud, tales como, por ejemplo, la naturaleza específica de la relación laboral o funcional del empleado o la potestad de la Administración para autoorganizarse, que justifican un tratamiento diferenciado de ambas situaciones?

3) En el caso de contestarse negativamente las cuestiones anteriores, ¿el principio de efectividad debe ser interpretado en el sentido de que debe debatirse y declararse la sanción procedente en el seno del mismo procedimiento en que se constata la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, mediante el correspondiente incidente en el que las partes puedan solicitar, alegar y probar lo que consideren oportuno al [efecto], o, por el contrario, es compatible con la remisión al perjudicado, a tal fin, a un nuevo procedimiento administrativo y, en su caso, judicial?

El TJUE aborda la respuesta a las dos primeras cuestiones planteadas, sin duda de relevante importancia para el elevado número de personas que prestan sus servicios en la Administración Pública en régimen de Derecho Administrativo y que no tienen la condición de personal funcionario de carrera; es decir, ¿puede existir, conforme a la normativa comunitaria, un diferente grado de protección frente a la utilización abusiva de la contratación o de los nombramientos en caso de finaliza-

ción según que la persona que preste sus servicios lo haga en virtud de régimen jurídico laboral o administrativo?

El TJUE se pronuncia, al analizar el contenido del Acuerdo Marco, en los mismos términos que lo ha hecho en su consolidada doctrina jurisprudencial. La norma remite a los Estados la adopción de medidas que corrijan el uso abusivo de la contratación, ya que, en el Acuerdo Marco no se enuncian sanciones específicas al respecto, si bien las normas que se dicten «no deben sin embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)». Importante es también recordar, sigo con doctrina jurisprudencial del TJUE, que la cláusula 5 del Acuerdo Marco «no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada», por lo que no se opone «[...] a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro, según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un sujeto empleador del sector privado o del sector público». No obstante, la inexistencia de una tal transformación, en el supuesto de tratarse de un empleador del sector público, debe ir acompañada, para garantizar la protección de la persona trabajadora perseguida por el Acuerdo Marco, de medidas efectivas en el ordenamiento interno «para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada», debiendo ser los tribunales nacionales los que averigüen si existe y si cumple la normativa comunitaria, en el bien entendido, reitera una vez más el TJUE, que este puede aportar al órgano jurisdiccional interno «precisiones destinadas a orientar(le) en su apreciación».

¿Cuáles son las «precisiones» en los casos ahora enjuiciados? Tras recordar el contenido del auto del TSJ y subrayar la diferente protección según la naturaleza jurídica de la relación que vincula al trabajador con la Administración, el TJUE concluye que si, tras las pertinentes averiguaciones, el tribunal interno formara su convicción de no existir una medida que permita evitar y que sancione la actuación abusiva del empleador con quienes prestan sus servicios en régimen de Derecho Administrativo «tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del acuerdo», y por consiguiente, debería adoptar las medidas adecuadas para lograr dicho efecto útil, en cuanto que, con reiteración de su doctrina, el TJUE recuerda que la obligación de alcanzar un resultado previsto por una Directiva se impone a todas las autoridades del Estado, «incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales».

Es aquí cuando llega la respuesta del TJUE que debe merecer especial atención, dado que concreta la protección que deben tener todas las personas que trabajan en régimen de Derecho Administrativo en una Administración que actúa

de manera abusiva con sus nombramientos como personal temporal eventual o funcionario interino: si no hay ninguna medida (y así es) equivalente y eficaz de protección, «la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco».

Con respecto a la tercera cuestión prejudicial, únicamente aplicable al caso del trabajador que prestaba sus servicios para el Ayuntamiento de Vitoria, el TJUE recuerda que la resolución de litigios y quejas que resulten de la aplicación del Acuerdo Marco debe ajustarse a la normativa, legal y convencional, regulada en el ámbito de cada Estado, debiéndose adoptar las medidas oportunas para garantizar la plena eficacia de aquellas normas, y que tales medidas «deben ser conformes con los principios de equivalencia y efectividad». En el marco normativo español vigente en aquel momento, el TJUE constata que el tribunal que conoce del litigio en el que debe resolverse si la Administración ha actuado de forma abusiva mediante sucesivos nombramientos de duración determinada sin causa o razón debidamente justificada, «no puede pronunciarse sobre una posible solicitud de reparación del daño sufrido por el empleado afectado». Para el TJUE, en otra importante manifestación a la que hay que prestar mucha atención, «la obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal», por lo que concluye que la normativa comunitaria se opone a las normas procesales nacionales que obliguen a ello.

3. Sentencia del TSJCA del País Vasco de 12 de diciembre de 2016

Hago referencia a continuación a la sentencia dictada por la sección tercera de la TSJCA del País Vasco el 12 de diciembre (Rec. 735/2013).

Justamente fue la TSJCA vasco, como ya he indicado con anterioridad, la que planteó las cuestiones prejudiciales que fueron resueltas en los asuntos acumulados, por lo que la Sala, tras recordar que en el auto remitido al TJUE consideraba que la política de personal formalizada mediante sucesivos nombramientos eventuales era abusiva y contraria a derecho, y que el TJUE, en el apdo. 1.º de su fallo, se manifestó en términos muy claros al respecto («La cláusula 5, apdo. 1, del Acuer-

do Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho Administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar», simplemente manifiesta que hay que remitirse a dicho fallo, consistiendo la solución que debe darse al caso enjuiciado en aplicar la jurisprudencia del orden jurisdiccional social respecto de la utilización abusiva de la contratación temporal con empleadas y empleados públicos, «[...] esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, prolongada en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza».

Su nuevo estatus jurídico deriva, para el TSJ, del hecho de que la trabajadora «fue nombrada sin atender a los límites objetivos que configuran el nombramiento de naturaleza temporal». Por consiguiente, la extinción de la relación jurídica que vincula a la trabajadora estatutaria con el Servicio Vasco de Salud podrá producirse siempre y cuando exista una causa debidamente justificada, como son, además de la cobertura reglamentaria, la amortización o su conversión en estructural y posterior cobertura a través de los procedimientos legales establecidos, siendo así que, a fin y efecto de aplicar la jurisprudencia del TJUE, la trabajadora percibirá en tal caso una indemnización semejante a la que percibiría el personal laboral indefinido que realizara tareas y funciones comparables¹¹.

4. Sentencias del TSCA de 26 de septiembre de 2018

Si bien, como ya he indicado, ambas sentencias tienen una fundamentación jurídica sustancialmente idéntica, sí me parece interesante examinar por separado los datos fácticos de cada litigio y la argumentación de las partes recurrentes y las

11. La particularidad del caso con respecto a otra sentencia dictada en sede C-A del TSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2016 (Rec. 250/15), es que, en aquel caso, la relación estatutaria seguía viva, mientras que en el asunto ahora examinado el cese ya se había producido, diferencias que quizás hubieran merecido una mayor atención por parte del TSJ vasco, al objeto de formular su respuesta al caso enjuiciado. <https://www.csif.es/sites/default/files/field/file/SENTENCIA%20INTERINOS.pdf> (consultado: 16 de octubre de 2019).

alegaciones de las partes recurridas, para tener un mejor conocimiento de todos los avatares de cada uno de los conflictos.

A) Inicio mi explicación por el Rec. 1305/2017, interpuesto por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. La sentencia del TS dará respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso y para las que entendió, mediante auto de 13 de junio de 2017, que existía un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, cuales fueron las siguientes:

1.^a Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de quien suscribió, primero, un contrato laboral de duración determinada, y después fue nombrado y vuelto a nombrar funcionario interino, debe, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación.

2.^a Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

3.^a Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el art. 10 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, y en el art. 135 de la Constitución.

El recurso interpuesto por la corporación local vitoriana manifiesta su discrepancia con la tesis del TSJ, por entender que no puede asimilarse, de acuerdo a la normativa vigente, la figura del personal funcionario interino con la del personal laboral contratado por una duración determinada, regulada la primera en el art. 10.1 c) EBEP y la segunda en el art. 15 LET, y que las razones que la llevaron al nombramiento de la ahora parte recurrida en 1998 respetaron la normativa administrativa y por ello, ni el nombramiento podía ser calificado de abusivo o fraudulento, ni tampoco puede considerarse en modo alguno semejante a un «nombramiento indefinido no fijo». Por otra parte, critica que la sentencia utilice una terminología propia del Derecho del Trabajo y, por tanto, de la jurisdicción social, como son «contrato» o «extinción del contrato», que no tendrían cabida en casos como el ahora enjuiciado y en el que se debate sobre la conformidad a derecho de los nombramientos de personal funcionario interino sujeto al Derecho Administrativo, fundamentando su tesis en que al personal funcionario, ya sea interino o de carrera, «no les es dado pactar condiciones individuales con la Administración Pública», mientras que la situación

es distinta en el ámbito laboral, donde trabajador y empresario «pactan las circunstancias que regirán su relación mediante un acuerdo de voluntades de un contrato». Siendo formalmente cierta y correcta la tesis apuntada, no lo es menos, desde un acercamiento a la vida laboral real, que el pretendido pacto no deja de ser en muchas ocasiones una adhesión del sujeto trabajador a las condiciones fijadas por el empleador, estando muchas de las cuales, además, ya prefijadas por el convenio colectivo que sea de aplicación.

La recurrente se refiere al art. 135 CE y la imposibilidad que conllevó, a partir de su traslación a los Presupuestos Generales del Estado (PGE), de la creación de nuevas plazas estructurales de plantilla, hasta que se cumplieran los objetivos de estabilidad presupuestaria. Rechaza que deba abonarse una indemnización al funcionario interino cesado, por cuanto que no hay previsión expresa al respecto en la normativa administrativa ni tampoco era tesis jurisprudencial, mucho más cuando a su parecer el término de comparación al que se refiere la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE hubiera debido ser el personal funcionario de carrera fijo, al que no se reconoce derecho a indemnización alguna si perdiera tal condición, de tal manera, concluye el recurso, de que «el personal funcionario interino no puede ostentar un derecho sobre algo de lo que carece el personal funcionario de carrera. Si este no tiene derecho a indemnización alguna al perder tal condición, tampoco lo puede tener el funcionado interino».

Por su parte, el escrito de oposición al recurso se sustenta en argumentos sustancialmente semejantes a los utilizados por la sentencia recurrida del TSJ, partiendo de la utilización abusiva tanto de la contratación temporal como de los nombramientos como funcionario interino, criticando que la parte recurrente no aporte solución o propuesta alguna para dar respuesta a los abusos de la corporación local, cuando lo que está en juego en el recurso, y teniendo bien presente la jurisprudencia del TJUE, es «qué ocurre cuando se produce un abuso al utilizar sucesivos contratos temporales durante más de 19 años seguidos a una persona, y qué se ha de hacer cuando se incumple la normativa comunitaria y no existe regulación específica nacional que sancione los abusos cometidos», y considera que la decisión judicial de convertir al recurrente en un trabajador indefinido no fijo es una medida eficaz, «conforme a la normativa comunitaria y que viene a subsanar una laguna legal de la normativa nacional [...]». Rechaza la tesis del incumplimiento del art. 135 CE, en cuanto que de lo que aquí se trata sería dar cumplimiento a una resolución judicial, y reitera su apoyo a la tesis del derecho de la parte recurrente a percibir la indemnización fijada en el ordenamiento jurídico laboral (20 días salario/año, con un máximo de 12 mensualidades) cuando se produjera su cese por cobertura de la plaza o por su amortización, siendo del parecer que la reclamación de tal indemnización procedería cuando se extinguiera la relación de servicios.

B) Pasemos ahora a las alegaciones de la parte recurrente, Osakidetza-País Vasco, en el Rec. 785/2017, en el que se dará respuesta a las cuestiones que la Sala entendió, por auto de 30 de mayo de 2017, que presentaban «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», y que eran las siguientes:

1.^a Si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex art. 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal.

2.^a Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

El auto identificaba «como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los arts. 2.2 y 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud; el art. 2.3 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; y el art. 135 de la Constitución».

La argumentación de la parte recurrente, al igual que lo hizo la corporación local vitoriana en el recurso anteriormente analizado, negaba que pudiera asimilarse la figura del personal funcional eventual al contratado laboral de duración determinado, entendiendo que al actuar de esta manera por la Sala del TSJ, se infringía el art. 9.3 de la Ley 55/2003 de Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, así como también los principios básicos de acceso al empleo público que están recogidos en el art. 103.3 CE. Ni la duración de los contratos ni las razones que los justificaron, permitirían en modo alguno, siempre según la recurrente, que la actuación empresarial pudiera ser calificada de abusiva y de no responder a unas causas objetivas, más aún cuando la normativa autonómica vasca de salud (Ley 8/1987, de 26 de junio) prevé un plazo máximo de tres años para la duración de los nombramientos estatutarios temporales. Además, ante un hipotético fraude en la actuación empresarial, en modo alguno aceptado por la recurrente, la única solución admitida en el Derecho Administrativo sería la conversión del nombramiento eventual en otro de interinidad por vacante, ya que «la declaración de indefinido no fijo solo es para corregir el fraude en la contratación laboral temporal», y siendo necesaria una modificación de la normativa vigente para acoger esa figura en el ámbito administrativo, de tal manera, argumenta con contundencia el recurso, que los tribunales «deben interpretar el derecho pero no novarlo, y no

pueden imponer una obligación que no tiene amparo legal». Al igual que en el recurso anterior, se alega vulneración del art. 135 CE y su posterior traslación a los PGE por la imposibilidad de crear nuevas plazas en el sector público, y tampoco considera que el personal cesado tenga derecho alguno a indemnización, ya que el elemento de comparación debe ser el personal estatutario fijo y no existe tampoco para el mismo tal presunto derecho.

En el escrito de oposición se defienden tesis semejantes, como es obvio, a las de la sentencia recurrida, poniendo de manifiesto que, en realidad, la trabajadora (personal estatutario) llevaba prestando sus servicios de forma continuada durante más de ocho años, y sin que en ningún momento se conocieran cuáles fueron las razones objetivas que llevaron a que la primero demandante y ahora recurrida prestara sus servicios de forma temporal. La inexistencia en el EBEP de una respuesta concreta a casos como el ahora planteado debe llevar a que se aplique una solución que proteja los derechos de la parte trabajadora, que en este caso pasarán por el mantenimiento de la persona afectada en su puesto de trabajo mientras no se proceda a su amortización o a la cobertura reglamentaria. Con respecto a la indemnización a percibir, defiende la aplicación «trasladada» de la regulación contenida en el ordenamiento jurídico laboral en el supuesto de extinción de contratos por causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción), ya sea por vía individual/plural o colectiva, así como también el abono de todas las cantidades salariales debidas desde que se produjo el cese, que deberán reclamarse una vez se produzca la readmisión.

El TS dictó auto el 30 de mayo de 2017 (Rec. 785/2017), por el que admitió a trámite el recurso interpuesto por parte empresarial, precisando que «las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia» eran las siguientes:

1.ª Si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex art. 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe, afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal.

2.ª Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

C) Procede ya entrar en el examen de la fundamentación jurídica de las dos resoluciones judiciales, a lo que se dedica la Sala con unas acotaciones previas, en el primero, «sobre los alegados límites del objeto del recurso», y en la segun-

da, «sobre los principios (comunitarios) de eficacia directa y de primacía» y «un breve apunte sobre la inexistencia de tacha de inconstitucionalidad en la creación jurisprudencial de la relación de empleo indefinida no fija», que también están recogidos en la primera, si bien mucho más adelante. A partir de aquí, la fundamentación es prácticamente idéntica en ambos recursos, por lo que los abordaré conjuntamente, y solo haré alguna especificación más concreta para cada caso si fuera necesaria

La Sala se detiene en el examen, en primer lugar, de la cláusula 1 del Acuerdo Marco, y a continuación, de la núm. 5, así como también de su preámbulo, pasando a continuación a recordar ampliamente la jurisprudencia del TJUE sobre la última citada, reproduciendo literalmente los apdos. 34 a 64 de la sentencia que resolvió los asuntos C-184/15 y 197/15, y añadiendo después otras muy amplias referencias de dicha jurisprudencia. Recuerda que ha dictaminado que debe haber una protección eficaz para proteger al personal que presta sus servicios en la Administración cuando esta ha actuado de forma abusiva, que puede pasar por el mantenimiento de la relación o por otra de igual eficacia, siempre que esté recogida en el ordenamiento interno.

Será a partir de entonces cuando se entre en la parte central de la cuestión litigiosa, pasando la Sala a examinar si se produce, tanto en uno como en otro caso, «una situación de abuso en la utilización sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada». La Sala afirma la existencia de ese abuso, a partir tanto de las afirmaciones contenidas, y no desvirtuadas, en la sentencia recurrida, como también resultante de la documentación administrativa obrante en los autos, que por su interés me permito reproducir: en la sentencia del Ayuntamiento de Vitoria, «[...] porque la documentación obrante en el expediente administrativo, proveniente de la propia Administración demandada, y muy en particular el informe que emite el jefe administrativo de Medio Ambiente y Espacio Público el 13 de febrero de 2013, a petición de la directora general del Departamento de Función Pública, así como el Decreto del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de 10 de diciembre de 2012, avalan como única interpretación razonable que en el muy prolongado espacio de tiempo (1998-2012) en que el actor prestó servicios para dicho Ayuntamiento, bajo la cobertura jurídica de su nombramiento como funcionario interino, cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, lo que, como consta en la jurisprudencia del TJUE antes transcrita, no está justificado en el sentido de la cláusula 5, apdo. 1, letra a), del repetido Acuerdo Marco»; en la sentencia de Osakidetza, porque «la documentación obrante en el expediente administrativo, proveniente de la propia Administración demandada, desautoriza, tanto la invocación que aquel escrito hace de haberse observado lo previsto en el párrafo último del art. 9.3 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre», a cuyo tenor, «Si se realizaran más de dos nom-

bramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro»; como la referida al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.5, párrafo segundo, de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, conforme al cual, «Asimismo, las necesidades de efectivos para las que no se prevea definitivamente su existencia estructural o respondan a la realización de tareas de duración determinada podrán dar lugar, siempre que exista dotación económica suficiente, a una relación de empleo estatutaria de carácter eventual y con régimen de dedicación tanto a tiempo parcial como a tiempo completo. Dicha relación de empleo podrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 años».

La existencia de ese abuso lleva inexorablemente a la conclusión de la inexistencia de razones objetivas que justificaran las sucesivas contrataciones y nombramientos de las Administraciones demandadas, con vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, no siendo en absoluto «el loable deseo de prestar los servicios con toda efectividad» excusa para «desconocer abusivamente los derechos sociales que pretende tutelar dicho Acuerdo» (sentencia Ayuntamiento Vitoria), ni tampoco la necesidad de garantizar la debida protección del derecho constitucional a la salud de la ciudadanía es excusa para tal desconocimiento (sentencia Osakidetza). No se respetaron las «medidas legales equivalentes», recogidas tanto en el EBEP como en la normativa estatutaria, para evitar una prolongación abusiva de las situaciones jurídicas de dilatada temporalidad, por lo que la Sala concluye que debe ser aplicable la cláusula 5 del Acuerdo Marco y de la jurisprudencia del TJUE, que ha procedido reiteradamente a su aplicación, en cuanto que, subraya, con acierto a mi parecer, la Sala, «la consecución de lo querido por ese acto normativo de la Unión no queda, en absoluto, a disposición del Estado miembro». También decae la alegación de infracción del art. 135 CE y su posterior traslación a los PGE, con la imposibilidad de aplicar tasas de reposición, en cuanto que el sometimiento de la normativa interna a la comunitaria y a la jurisprudencia del TJUE ha de implicar que «no (se) haya de impedir las consecuencias y el efecto útil derivado de lo que al Estado español ordena el repetido Acuerdo Marco y la jurisprudencia del TJUE».

D) Llega el momento de determinar qué consecuencias jurídicas deben derivarse de la situación producida de abusos por parte de las Administraciones demandadas, no aplicando la Sala el art. 7.2 del Código Civil, aunque ciertamente hubiera sido posible («La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar

a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»), por cuanto no fue objeto de análisis en el proceso, «y sobre él no ha podido la parte recurrente alegar lo que a su derecho conviniera». La Sala construirá su tesis partiendo de los principios comunitarios de efecto directo y primacía, para llegar a las conclusiones que siguen.

En ambos casos, los ceses del funcionario interino y del personal estatutario temporal no tuvieron una justificación objetiva de acuerdo a la normativa administrativa aplicable (en aquel entonces, la Ley 30/1992), es decir no fue adecuado a los fines del ordenamiento jurídico, por lo que incurrió en un supuesto de anulabilidad. De ahí que la relación jurídica deba subsistir hasta que la respectiva Administración cumpla con lo dispuesto en la normativa administrativa, tanto para garantizar el efectivo cumplimiento de la normativa sobre nombramientos temporales como también a efectos de la desaparición de la plaza, entendiendo la Sala que, de esta forma, se garantiza, de manera bastante efectiva y disuasoria, la plena eficacia del Acuerdo Marco, ya que «una consecuencia que consistiera solo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del *quantum* reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización», debiendo valorarse, «de modo motivado, fundado y referido a ellas en concreto, si procede o no el incremento de la plantilla... con las consecuencias ligadas a la decisión que se adopte, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se dé alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones».

Importante es, sin duda, el planteamiento que efectúa la Sala respecto al posible reconocimiento de un derecho indemnizatorio, que en esta ocasión no se concede porque la sentencia de instancia negó que en la demanda se concretaran cuáles eran los daños y perjuicios causados, para que la parte demandada pudiera dar adecuada respuesta a tal pretensión, y reconoció un derecho indemnizatorio «de futuro», que no procede ahora en cuanto que el TS ha reconocido el derecho al mantenimiento de la relación jurídica mientras no se cumplan las condiciones fijadas por la normativa (provisión de la plaza por concurso, o amortización) para su extinción. Obsérvese bien, es importante reseñarlo, que el TS no se opone en modo alguno a que pueda reconocerse un derecho indemnizatorio, si bien pone de manifiesto que tal derecho deberá atender a las circunstancias singulares de cada caso; es decir, «debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y solo habría podido ser hecho si la parte actora, además de deducir tal pretensión: a) hubiera invocado en el momen-

to procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados, y b) hubiera acreditado por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que solo pudiera quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del *quantum* de la indemnización debida».

En definitiva, y voy concluyendo, la Sala se apartará de la aplicación de la normativa laboral (de creación jurisprudencial) sobre la aplicación al ámbito administrativo de la figura del trabajador indefinido no fijo cuando se produzca una vulneración sobre la normativa de nombramientos de personal funcionario interino o estatutario temporal¹², por considerar que la sentencia recurrida «ha interpretado de manera errónea el ordenamiento jurídico», así como también al entender que «llegado, y justificado su cese, deberá percibir la indemnización –dice– señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales».

Y, por otra parte, estrechamente vinculada a la anterior, que la relación de empleo de las partes recurrentes en ambos casos subsistirá desde el momento posterior a su cese, con los derechos profesionales y económicos inherentes, hasta que cumplan la normativa básica que les es de aplicación (en el primer recurso, el art. 10.1 EBEP, y en el segundo, el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre).

5. Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018 (asunto C-494/16)

Completo la exposición del primer bloque de este trabajo con el examen de una importante sentencia del TJUE, dictada por su Sala Primera el 7 de marzo de 2018, que da respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal de la ciudad italiana de Trapani. El interés de la sentencia radica en conocer cómo aborda el TJUE la cuestión de la adecuación del ordenamiento jurídico italiano, en lo relativo a la adopción de medidas contra el uso abusivo de la contratación de duración determinada en la Administración Pública, a la Directiva 1999/70/CE y, más concretamente, a la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco anexo a esta, si bien obviamente su doctrina es aplicable a todos los ordenamientos jurídicos de la UE. Como veremos, el TJUE llega a concluir que es posible una regulación que no establezca la readmisión del trabajador, sino una sanción pecuniaria y la responsabilidad de los gestores que hayan adoptado las decisiones contrarias a derecho.

Las preguntas formuladas en la cuestión prejudicial son las siguientes:

12. En la misma línea, véase sentencia de la TSJCA de Madrid, de 28 de junio de 2019 (Rec. 138/2019), en la que se afirma que «la temporalidad es consustancial al nombramiento como funcionario interino, lo que significa que la recurrente era conocedora de que llegaría el momento de su cese». También, sentencia de la TSJCA de Galicia de 17 de julio de 2019 (Rec. 349/2018), en la que se afirma que la doctrina sentada por el TJUE en el asunto C-16/15 «ha de ser matizada a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de septiembre de 2018 (Rec. de casación 785/2017), según la cual no procede reconocer derecho indemnizatorio alguno distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, descartando la posibilidad de reconocer un derecho indemnizatorio de futuro».

1) ¿Es una medida efectiva y equivalente, en el sentido de las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino (C 53/04, EU:C:2006:517), y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros (C 22/13, C 61/13 a C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401), conceder al empleado público víctima de una sucesión abusiva de contratos de trabajo de duración determinada una indemnización de entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución (art. 32, apdo. 5, de la Ley n.º 183/2010), junto con la posibilidad de obtener una reparación íntegra del perjuicio sufrido únicamente si acredita que ha perdido otras oportunidades laborales o que si se hubiera convocado un proceso selectivo de manera regular lo habría superado?

2) ¿Debe interpretarse el principio de equivalencia invocado por el Tribunal de Justicia en las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino (C 53/04, EU:C:2006:517), y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros (C 22/13, C 61/13 a C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401), entre otras, en el sentido de que si un Estado miembro decide no aplicar al sector público la conversión de la relación laboral (reconocida en el sector privado), está obligado, no obstante, a garantizar al trabajador un efecto similar, en su caso mediante el resarcimiento del perjuicio sufrido, que tenga necesariamente por objeto el valor del puesto de trabajo por tiempo indefinido?

El TJUE considera admisible la cuestión prejudicial, aun cuando el Gobierno italiano hubiera manifestado sus dudas sobre la admisibilidad por considerar que el tribunal remitente no precisaba el sector de actividad en el que prestaba servicios la recurrente ni tampoco las funciones desempeñadas. Recuerda el TJUE el principio de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales y su obligación de pronunciarse cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, siendo así que tales cuestiones prejudiciales contienen el marco jurídico y fáctico adecuado para responder por parte del TJUE, resaltando que el tribunal de Trapani se pregunta si la indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades «constituye una medida adecuada de reparación del perjuicio resultante del uso abusivo de contratos de trabajo de duración determinada», y señala que la respuesta a esta cuestión es necesaria para pronunciarse sobre el litigio principal», junto con la posibilidad de que el trabajador cuyo contrato se ha extinguido debe «de obtener la reparación íntegra del daño si demuestra la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado».

El TJUE examinará conjuntamente las dos preguntas formuladas, y dará respuesta a las mismas tras un análisis previo, a modo de recordatorio, de cuáles son los objetivos y finalidades perseguidos por el Acuerdo Marco de 1999, y el margen de apreciación y actuación que deja a los Estados miembros para que regulen las contrataciones temporales y las medidas adecuadas para reparar y sancionar el uso abusivo que pueda hacerse por las mismas, recordando por mi parte, una vez más, que la normativa europea es de aplicación tanto a las relaciones laborales en el sector privado como también en el público.

Se trata, pues, de establecer «un cierto número de disposiciones protectoras mínimas, con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados», pudiendo tomar en consideración, al adoptar las medidas, «las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores», de tal manera que las adoptadas pueden ser de diverso y distinto tenor «mientras no ponga en peligro el objetivo o efecto útil del Acuerdo Marco», y en todo caso (y la referencia cobra especial interés para el caso ahora enjuiciado), las medidas deben no solo ser proporcionadas «sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en la aplicación del Acuerdo Marco».

Dado que el órgano jurisdiccional remitente planteó cómo debía interpretarse en el caso en litigio el principio de equivalencia, el TJUE recuerda que las modalidades de aplicación de la normativa europea dirigida a evitar la utilización abusiva de los contratos temporales «no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno», así como también añade la mención al principio de efectividad, es decir, que la normativa dictada para aplicar el Derecho europeo no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por este.

En suma, el margen de apreciación que el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE deja a los Estados miembros para adoptar las medidas que considere más adecuadas, permite que la protección ante una utilización contractual abusiva por parte del empleador sea diferente según que la relación laboral se desarrolle en el sector privado o en el sector público, algo que es, reitero, totalmente diferente de la aplicación indiferenciada de la normativa, respecto al objetivo y finalidad perseguida, en ambos.

Aceptada la diferencia, pues, no es menos obligado enfatizar que subsiste la obligación del Estado miembro de adoptar medidas que, obviando la transformación (no permitida) de un contrato temporal en indefinido en la Administración, corrijan adecuadamente las actuaciones contrarias a derecho.

Es en este punto cuando el TJUE recuerda cuál es el contenido de la normativa interna aplicable y cómo ha sido interpretada por la jurisprudencia del TS, es decir, no siendo solo de aplicación la indemnización a tanto alzado, sino también la posibilidad de solicitar «la reparación del perjuicio resultante de la pérdida de oportunidades de empleo», en el bien entendido de que el tribunal remitente considera que dicha prueba, en el ámbito de una relación contractual con la Administración, «puede ser muy difícil, incluso imposible... probar la pérdida de la oportunidad de superar un proceso selectivo para el ingreso en la Administración», y de ahí que, en el caso ahora enjuiciado, la reparación adecuada que debe regularse por la normativa interna para permitir que el trabajador afectado vea reparada la vulneración contractual producida acabe siendo meramente teórica, porque quedaría reducida a la indemnización a tanto alzado.

No será del mismo parecer el TJUE, por las razones y argumentos que expondré a continuación, previa explicación, por su parte, de no disponer de elementos que le permitan «dudar de las disposiciones controvertidas en el litigio principal con el principio de equivalencia», ya que aquello que regula el legislador italiano para sancionar la utilización abusiva de contratos temporales es, en realidad, la aplicación del Derecho de la Unión y no normativa de carácter meramente interno. En este punto, la sentencia hace suyas las conclusiones del abogado general, para quien «las medidas adoptadas por el legislador nacional en el marco del ejercicio de las obligaciones derivadas de la Directiva 1999/70 [...] [para el] el sector privado se adopta en aplicación del Derecho de la Unión, aun cuando el ordenamiento jurídico nacional prevea otras medidas aplicables al sector público. Por consiguiente, no cabe establecer una comparación entre las modalidades de estos dos tipos de medidas en relación con el principio de equivalencia, por cuanto que dichas medidas versan exclusivamente sobre el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión», y de ahí que «[...] si el Estado miembro únicamente prevé en el sector público medidas indemnizatorias como medidas de sanción en el sentido de la cláusula 5, apdo. 2, del Acuerdo Marco, y excluye la conversión de la relación laboral, que está reconocida en el sector privado, no es posible comparar ambas situaciones para determinar si se respeta dicho principio, puesto que en ambos casos se trata del ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión».

Será al abordar la aplicación del principio de efectividad cuando el TJUE dará respuesta a las cuestiones planteadas, partiendo de la necesidad de tomar en consideración todas las disposiciones internas que regulen la cuestión litigiosa, por consiguiente, tanto las que impongan sanciones económicas al sujeto empleador incumplidor como otro tipo de sanciones a los responsables directos de la actuación fraudulenta, siempre partiendo de la asunción previa, porque así está regulado, de que la interpretación del Derecho interno es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional remitente, aun cuando el TJUE pueda facilitar «orientaciones» o «precisiones» para ayudar al tribunal nacional a formar su convicción.

Llegados a este punto, y tras recordar una vez más las dudas del tribunal remitente sobre el carácter meramente teórico de la posibilidad de solicitar la reparación por compensación por parte del trabajador afectado por la contratación abusiva en la Administración, parece importante señalar que, en las observaciones presentadas por el Gobierno italiano, se manifestó que los tribunales nacionales aplicaban criterios especialmente favorables a la parte trabajadora, poniendo de manifiesto (supongo que con el correspondiente apoyo en forma de referencias de sus sentencias) que ello era así «tanto en relación con el establecimiento del daño resultante de la pérdida de oportunidades de empleo como con su evaluación», y que la única prueba exigida, mediante presunción, era «no la de la pérdida de una ventaja, sino la de la mera posibilidad de obtenerla y llevan-

do a cabo la evaluación del perjuicio sufrido, aun a falta de elementos de prueba concretos presentados por el trabajador».

Esta tesis, si la trasladamos del sector privado al ámbito de la Administración, le parece válida al TJUE para llegar a la conclusión de que se respeta el principio de efectividad, pues traslada la carga de la prueba al sujeto infractor (Administración y directivo directamente responsable de la contratación fraudulenta), con lo que pueden corregirse las dificultades puestas de manifiesto por el tribunal remitente para demostrar por el trabajador afectado la pérdida de oportunidad de acceso a un empleo indefinido en la Administración (que, ciertamente, por lo que respecta a la convocatoria del proceso selectivo, es claro que no se encuentra en sus manos, sino en las de la Administración, y que tras convocarse debe ser superado por el citado trabajador, que en el proceso puede encontrarse en situación de igualdad de oportunidades que el resto de personas participantes).

Ahora bien, aceptado que esta pueda ser la vía más adecuada, dentro del margen de apreciación de que dispone el Estado italiano para reparar las infracciones cometidas en el sector privado, ello no obsta a que no se reconozcan ya como suficientemente efectivas las medidas dirigidas directamente a los trabajadores del sector público (entre las que no se encuentran, recuerdo ahora, la conversión de un contrato temporal fraudulento en indefinido).

Entre estas medidas se encuentran, como ya he indicado anteriormente, que las Administraciones afectadas puedan resarcirse económicamente de sus directivos directamente responsables de las infracciones contractuales cometidas, y que, además, estos puedan verse afectados en su carrera profesional al no poder obtener determinados complementos salariales vinculados a los resultados de su actividad; e igualmente, se incluyen dentro de las medidas sancionadoras aquellas que afectan directamente a la Administración que haya infringido la normativa, como es la prohibición de llevar a cabo procesos selectivos durante los tres años posteriores a la infracción.

Será el tribunal remitente el que, a partir de estas orientaciones y precisiones aportadas por el TJUE, decida en su resolución posterior si estas posibles sanciones, que ciertamente no repercuten sobre el trabajador afectado en cuanto a una posible mayor indemnización o incluso conversión del contrato, tienen el carácter «efectivo y disuasorio» que permita garantizar la plena aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva del contrato de duración determinada.

Obsérvese, en definitiva, que la respuesta del TJUE es bidireccional, en cuanto que la normativa italiana prevé dos vías, una dirigida directamente al sujeto trabajador afectado (indemnización a tanto alzado) y otra al sujeto infractor (empleador o directivo directamente responsable), y que ambas pueden ser válidas para cumplir con el Acuerdo Marco, siempre y cuando, a partir de la propia interpretación que han hecho los tribunales nacionales para el sector privado y que puede extra-

polarse al sector público para garantizar el principio de efectividad, quedó abierta la vía de obtener «la reparación íntegra del daño» si el trabajador aporta la presunción, los indicios suficientes, de que la extinción le ha supuesto «la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo», o bien que, «si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado», siempre que dicha normativa «vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio», cual pudiera ser las responsabilidades de la Administración y de sus directivos, siendo así en cualquier caso que se trata de un extremo «que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente».

Importante sentencia, sin duda, y que abre un amplio espacio de actuación a los tribunales nacionales para determinar cómo puede repararse en su integridad el daño sufrido por el trabajador, con la única excepción de la conversión del contrato temporal en indefinido.

II. Análisis de las conclusiones presentadas por los abogados generales y de las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos C-103/18, C-429/18 y C-177/18

1. Consideraciones previas

Se trata ahora de examinar cuál es la situación jurídica de una persona que lleva varios años en situación de interinidad, sin importar ahora, en atención a la consolidada jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que se trate de una relación contractual laboral o bien de un nombramiento como personal funcionario interino, o bien una relación estatutaria, y la Administración para la que presta sus servicios extingue el vínculo jurídico que le unía hasta entonces con dicha persona.

El asunto cobra particular interés y relevancia, no solo, desde luego, a efectos jurídicos, pero es este el ámbito en el que deseo centrar mi explicación, según que la interinidad derive de la ocupación de un puesto de trabajo reservado para otra personas (licencia sindical, suspensión por maternidad/paternidad, servicios especiales...), o bien se trate de una plaza vacante que debe ser cubierta mediante el oportuno proceso de selección, y aún adquiere más interés según que la Administración, en este segundo supuesto, haya adoptado las medidas oportunas (OEP) para sacar a concurso la plaza, con la problemática jurídica que plantea el art. 70.1 EBEP respecto al cumplimiento en un plazo máximo de tres años de la ejecución de dicha OEP. Desde luego, el número de años que la persona afectada se encuentre en situación de interinidad, y el número de contratos/nombramientos que haya tenido durante dicho período adquiere igualmente importancia, y en la realidad española de finales de la pasada década (desde el inicio de la crisis económica) y de la presente (al menos hasta la recuperación económica –para un sector de la población– a mediados de la misma) cobra especial importancia la política de práctica congelación de plazas en el empleo público, lo que provocó en todas las Administraciones Públicas, pero muy especialmente en las locales y en las autonómicas, un importante incremento del número de personal interino, con particular afectación a los ámbitos de sanidad y enseñanza.

2. Examen de las conclusiones presentadas en los asuntos C-103/18 y C-429/18

Fueron presentadas por la abogada general en los asuntos acumulados que mayor interés habían despertado entre la población laboral interina, por las consecuencias que puedan tener sobre la consecución, tan deseada, de la estabilidad en su empleo, o dicho de otra forma, el conseguir la «fijeza» tan deseada por quien lleva varios años en la incertidumbre (para él o ella, no para el TJUE, si hemos de hacer caso a su jurisprudencia desde las sentencias de 5 de junio de 2018, casos Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility) de cuánto tiempo mantendrá su vínculo con la Administración, incertidumbre que es mayor cuando no se ha convocado la OEP o bien cuando, aun habiéndose convocado, no se está llevando a cabo.

Es obvio, pero no está de más recordarlo cada vez que me refiero a unas conclusiones de los abogados generales del TJUE, que se trata de eso, de conclusiones, que aquello único y realmente importante a efectos jurídicos práctico es la resolución que dicte el TJUE, y por supuesto, cómo será aplicada y recogida por el órgano jurisdiccional remitente que planteó la cuestión prejudicial cuando deba resolver el asunto litigioso una vez conocida la sentencia de aquel.

¿Eran demasiadas las expectativas creadas entre gran parte de la población laboral interina sobre estas conclusiones? Probablemente, este es mi parecer, pero en cualquier caso, aquello que importa ahora es analizarlas y extraer, valga la redundancia, las conclusiones más importantes de las mismas, antes de analizar en un epígrafe posterior la sentencia dictada el 19 de marzo de 2020.

A) Se trata de dos cuestiones prejudiciales planteadas por los JCA núms. 8 y 14 de Madrid, mediante autos de 30 de enero¹³ y 8 de junio de 2018, con buena parte de las preguntas formuladas en la segunda cuestión prejudicial, que son reiteración de las expuestas en la primera, y que la abogada general ya subraya en su introducción que ambas conectan con la petición formulada por el JCA núm. 4 de Madrid y que dio lugar a la importante sentencia del TJUE en el asunto C-16/15.

Con claridad y precisión, se sintetizan por la abogada general los términos del debate, o más exactamente, los términos de las peticiones, sustancialmente idénticas, formuladas en ambas cuestiones: tras la crítica del uso prolongado y perma-

13. Dicho auto ha sido objeto de análisis en CASAS BAAMONDE, M.ª Emilia, «La temporalidad sucesiva de larga duración en el empleo público sujeto al Derecho Administrativo, de nuevo ante el Tribunal de Justicia», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2019. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000385 (consultado: 29 de octubre de 2019). También cabe señalar la petición de decisión prejudicial presentada por el JCA núm. 24 de Madrid, mediante auto de 29 de enero. La petición se formula en muy parecidos términos a dos autos anteriores de 30 de enero y 8 de junio de 2018. Cabe reparar, dada la fecha del auto, en que no hay referencia alguna a la sentencia dictada por el TJUE el 21 de noviembre de 2018 en el llamado caso Ana de Diego Porras II (asunto C-619/17), ni tampoco a las de 5 de junio del mismo año, en los casos Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility (asuntos C-677/16 y C-574/16), que si bien ciertamente no abordan la problemática concreta del empleo estatutario sí realizan una interpretación de la normativa comunitaria de indudable impacto en la española en materia de contratación temporal. También sorprende la omisión de referencias a dos importantes sentencias de la TSCA de 26 de septiembre, en donde ya se da una determinada respuesta al litigio del que conoció el TJUE en el asunto C-16/15.

nente de nombramientos temporales para cubrir necesidades del servicio público de salud de la comunidad autónoma madrileña, «se dirigen al Tribunal de Justicia con un total de 16 cuestiones prejudiciales para que se dilucide qué facultades tienen para sancionar los eventuales abusos derivados de la utilización sucesiva de nombramientos temporales con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, de 18 de marzo de 1999».

En los apdos. 10 a 15 se encuentra una buena síntesis del litigio suscitado en el asunto C-103/18, y en los apdos. 16 a 22 del asunto C-429/18, así como de las cuestiones prejudiciales planteadas en cada uno de ellos. Conviene primeramente recordar los contenidos más relevantes de cada uno de ellos.

a) En el asunto C-103/18, se trata de un trabajador que presta sus servicios como informático para el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) desde el 2 de noviembre de 1999, con un nombramiento de personal estatutario temporal interino. Habiendo sido suprimida su categoría profesional «como consecuencia de una reforma legal», su relación de servicio se extinguió el 28 de diciembre de 2011, si bien, y sin solución de continuidad, el mismo día recibió un nuevo nombramiento, en los mismos términos y para el mismo puesto de trabajo. Es decir, aquello que desapareció fue solo una categoría profesional, la de «grupo técnico de la función administrativa», y aquello que cambio fue solo la creación de una nueva, con la denominación de «personal estatutario del ámbito de las tecnologías de la información y las comunicaciones». No hubo impugnación del cese, y de su nuevo nombramiento, por parte del trabajador.

Consta, en los hechos probados, que fueron convocadas pruebas selectivas el 27 de mayo de 2015 para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, siendo esta la primera convocatoria desde 1999, y que el trabajador no participó en la misma ni tampoco recurrió la convocatoria.

El litigio del que finalmente ha conocido la abogada general se inicia cuando el trabajador solicita, el 21 de diciembre de 2016, el reconocimiento de «la condición de empleado público fijo o de personal estatutario equiparable al fijo», siendo desestimada su solicitud. Interpuesto recurso en sede judicial C-A contra la decisión denegatoria de la Administración sanitaria, el JCA suspendió el procedimiento y elevó nueve amplísimas cuestiones prejudiciales para que el TJUE se pronunciara al respecto, en las que se mezclan, a mi parecer, tanto la petición propiamente dicha como la valoración de la jueza y directamente dirigida al TJUE para que se pronuncie, en sentido afirmativo, sobre el reconocimiento de fijeza en su relación de servicios de las personas que se encuentran en una situación de interinidad como la del trabajador que accionó para reclamar la estabilidad laboral.

Las cuestiones prejudiciales planteadas fueron las siguientes:

1) Una situación como la que se describe en el presente supuesto (en que el empleador público incumple los límites temporales que la norma le exige y con ello permite la sucesión de

contratos temporales, o mantiene la temporalidad modificando el tipo de nombramiento de eventual a interino o de sustitución) ¿puede entenderse como una utilización sucesiva de nombramientos abusiva y por tanto considerarse situación descrita en la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70]?

2) ¿Lo dispuesto en el Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que [...] exigen al trabajador en régimen de temporalidad una conducta activa de impugnación o recurso (de todos los sucesivos nombramientos y ceses) para con ello y solo así estar amparado por la Directiva Comunitaria, y reclamar los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión?

3) En la consideración de que en el sector público y en el ejercicio de servicios esenciales, la necesidad de cubrir vacantes, enfermedades, vacaciones [...] en esencia es «permanente», y haciéndose necesario delimitar el concepto de «causa objetiva», que justificaría la contratación temporal:

a) ¿Se puede entender que sería contraria a la Directiva [1999/70] (cláusula 5.ª, 1, a), y por tanto no existir causa objetiva cuando el trabajador temporal encadena, sin solución de continuidad, sucesivos contratos de interinidad, trabajando todos o casi todos los días del año, con nombramientos/llamamientos consecutivos y sucesivos, que se dilatan, con plena estabilidad, en el trascurso de los años, eso sí, siempre cumpliéndose la causa para la que fue llamado?

b) ¿Se debe entender por necesidad permanente y no temporal y por tanto no amparada como «razón objetiva» contenida en la cláusula 5.ª, 1, a), partiendo tanto de los parámetros descritos, es decir, de la existencia de innumerables nombramientos y llamamientos que se dilatan durante años, como de la existencia de defecto estructural, defecto que se plasmaría en el porcentaje de interinidad en el sector de que se trate, o/y [en] que estas necesidades siempre y como norma se cubren con trabajadores temporales, convirtiéndose de forma estable en pieza esencial en el desenvolvimiento del servicio público?

c) [¿]O podemos entender que en esencia solo debemos, para fijar cuál es el límite consentido de temporalidad, acudir a la literalidad de la norma que ampara el uso de estos trabajadores temporales, cuando dice que podrán nombrarse por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en definitiva, su uso, para que se entienda causa objetiva, debe responder a estas circunstancias de excepcionalidad, dejando de serlo y por tanto existiendo abuso cuando su uso deja de ser puntual, ocasional o circunstancial[?]

4) ¿Es conforme con el Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] entender como causa objetiva para la contratación y renovación sucesiva de los informáticos estatutarios temporales, razones de necesidad, de urgencia [o] para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, cuando estos empleados públicos desempeñan de forma permanente y estable funciones ordinarias propias de los empleados estatutarios fijos, sin que la Administración empleadora establezca límites máximos en estos nombramientos, ni cumpla las obligaciones legales para proveer estas plazas y estas necesidades con funcionarios fijos, ni se establezca

ninguna medida equivalente para prevenir y evitar el abuso en la relación temporal sucesiva, perpetuándose los servicios prestados por los empleados informáticos estatutarios temporales por plazos, en el supuesto presente de 17 años de servicios continuados?

5) ¿Lo dispuesto en el Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, y la interpretación que de la misma realiza el TJUE, es compatible con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en cuanto fija sin atender a más parámetros la existencia de causa objetiva en el respeto a la causa de nombramiento, en el propio límite temporal del mismo, o determina la imposibilidad de término de comparación con el funcionario de carrera, atendiendo al diferente régimen jurídico, sistema de acceso, o la propia permanencia en las funciones de los funcionarios de carrera y temporales en los interinos?

6) Constatado por el juez nacional el abuso en la contratación sucesiva del empleado público estatutario temporal interino al servicio de SERMAS, que es destinado a cubrir necesidades permanentes y estructurales de la prestación de servicios de los empleados estatutarios fijos, al no existir medida efectiva alguna en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tal abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de la norma comunitaria, ¿la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] debe ser interpretada en el sentido de que obliga al juez nacional a adoptar medidas efectivas y disuasorias que garanticen el efecto útil del Acuerdo Marco y, por lo tanto, a sancionar dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de dicha norma europea, dejando inaplicada la norma interna que lo impida?

Si la respuesta fuera positiva, y como declara en [el] apdo. 41, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C 184/15 y C 197/15:

¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva [1999/70], como medida para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, la transformación de la relación estatutaria temporal interina/eventual/sustituto, en una relación estatutaria estable, ya sea desde la denominación de empleado público fijo o indefinido, con la misma estabilidad en el empleo que los empleados estatutarios fijos comparables?

7) En el caso de abuso en la relación temporal sucesiva, la conversión de la relación estatutaria temporal interina en una relación indefinida o fija, la misma ¿puede entenderse que solo cumple con los objetivos de la [Directiva 1999/70] y su Acuerdo Marco, cuando el empleado estatutario temporal que ha sufrido el abuso goza de las mismas e idénticas condiciones de trabajo con respecto al personal estatutario fijo (en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos, derechos pasivos, y cese en los puestos de trabajo, así [como] participación en los concursos convocados para la provisión de vacantes y la promoción profesional) bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los informáticos estatutarios fijos?

8) ¿El Derecho comunitario obliga a revisar sentencias judiciales/actos administrativos firmes en estas circunstancias que se describen, cuando se dan las cuatro condiciones exigidas en el caso Kühne & Heitz NV (C 453/00, de 13 de enero de 2004): 1) En el Derecho nacional español, la Administración y los Tribunales disponen de la posibilidad de revisión, pero con las restricciones

advertidas que hacen muy dificultoso o imposible lograrlo; 2) Las resoluciones controvertidas han adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última/única instancia; 3) Dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario no acorde con la jurisprudencia del TJUE y se ha adoptado sin someter previamente una cuestión prejudicial al TJUE; y [4] El interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia[?]

9) ¿Los jueces nacionales, como jueces europeos que deben garantizar el pleno efecto del Derecho de la Unión en los Estados miembros, pueden y deben exigir, y condenar a la autoridad administrativa interna de los Estados miembros a que –dentro de sus competencias respectivas– adopten las disposiciones pertinentes para eliminar las normas internas incompatibles con el Derecho de la Unión, en general, y con la Directiva [1999/70], y su Acuerdo Marco, en particular?

b) En el asunto C-429/18 se trata igualmente de personal estatutario temporal interino, prestando servicios como odontólogos, con muchos años de antigüedad (algunos desde 1993), y habiéndolos desempeñado con diversa cobertura jurídica, al haberlos prestado como estatutarios temporales interinos, eventuales o de sustitución. Queda constancia de que la actividad desempeñada por tales trabajadores, que no recurrieron los nombramientos y ceses producidos durante su relación laboral, lo fue «de forma constante y continuada, (con) idénticas funciones que las del personal estatutario fijo».

La misma petición de «fijeza» que en el caso anterior se planteó por este personal el 22 de julio de 2016, corriendo la misma suerte desestimatoria. Conoció del recurso el JCA, siendo la alegación de las y los recurrentes que la decisión de la Administración era contraria a la Directiva 1999/70/CE y suponía una discriminación hacia los trabajadores temporales con respecto a los fijos, y de ahí su petición de fijeza o estabilidad, con la argumentación sustancial de que las plazas que ocupaban «no fueron incluidas en la oferta de empleo público del año del nombramiento o del año siguiente para ser cubiertas por odontólogos especialistas estatutarios fijos ni se ejecutó la oferta de empleo público o un instrumento similar en el plazo improrrogable de tres años que exige la normativa nacional».

Reproduzco a continuación las cuatro primeras cuestiones prejudiciales planteadas, remitiéndome para las restantes a las planteadas en el caso anterior.

1) ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta juzgadora, del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y entender que en la contratación temporal de las recurrentes existe abuso en cuanto el empleador público utiliza distintas formas de contratación, todas ellas temporales, para el desempeño de forma permanente y estable de funciones ordinarias propias de los empleados estatutarios fijos; cubrir defectos estructurales y necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable. Es por ello que esta contratación temporal descrita no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apdo. 1, letra a), del Acuerdo Marco, como causa objetiva, en la medida en la que tal utilización de contratos

de duración determinada se opone directamente al párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo, no dándose las circunstancias que justificarían estos contratos de trabajo de duración determinada?

2) ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta juzgadora, del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y en su aplicación entender que la convocatoria de un proceso selectivo convencional con las características descritas no es medida equivalente, ni puede ser considerada como sanción, en cuanto no es proporcional al abuso cometido, cuya consecuencia es el cese del trabajador temporal, con incumplimiento de los objetivos de la Directiva y perpetuándose la situación desfavorable de los empleados estatutarios temporales, ni puede ser considerada como medida efectiva en cuanto al empleador no le genera perjuicio alguno, ni cumple función alguna disuasoria, y por ello no se adecúa al art. 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado español los resultados fijados en la Directiva?

3) ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta juzgadora, del art. 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70 y de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de septiembre de 2016 asunto C 16/15, al en su aplicación entender que no es medida sancionadora adecuada para sancionar el abuso en la temporalidad sucesiva la convocatoria de un proceso selectivo de libre concurrencia, al no existir en la normativa española mecanismo de sanción efectivo y disuasorio que ponga fin al abuso en el nombramiento del personal estatuario temporal, y no permite proveer estos puestos estructurales creados con el personal que fue objeto de abuso, de modo que la situación de precariedad de estos trabajadores perdura?

4) ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta juzgadora, que la conversión del trabajador temporal objeto de abuso en «indefinido no fijo» no es sanción eficaz en cuanto el trabajador así calificado puede ser cesado, ya sea porque se cubra su puesto en proceso selectivo o sea amortizada la plaza, y por ello no es conforme con el Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada al no cumplirse el art. 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado español los resultados fijados en la misma?

B) Tras reiterar los motivos por los que los litigantes consideran que su relación con la Administración debería ser fija (importante precisión: no «indefinida no fija», por cuanto esta puede extinguirse si se amortiza la plaza o se provee mediante el oportuno proceso de selección), en cuanto que el sujeto empleador ha actuado según aquellos con manifiesto abuso de derecho, la abogada general repasa el contenido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ya interpretada en numerosas ocasiones por el TJUE, siendo importante a mi parecer señalar que se pone de manifiesto que, a pesar de la sentencia C-16/15 y de la jurisprudencia española, los JCA referenciados, en realidad la misma jueza, «siguen albergando serias dudas sobre el cumplimiento, en dicho servicio público, de las exigencias del Derecho de la Unión derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, por lo que han considerado necesario dirigirse de nuevo al Tribunal de Justicia».

Primera precisión de las conclusiones que creo necesario destacar: remitiéndose a la sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-494/17), se manifiesta por la abogada general que si se ha producido una utilización abusiva de la contratación (o nombramientos) de duración determinada, aun cuando exista en la normativa del Estado en cuestión medidas tendentes a su evitación, «corresponderá a las autoridades nacionales velar por la eficacia práctica del Acuerdo Marco mediante la adopción de medidas que garanticen una sanción adecuada de ese abuso y la eliminación de las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión».

Segunda precisión relevante, en este caso de índole conceptual. ¿Qué deberá abordar el TJUE en su sentencia, según la abogada general? En el primer caso, y en el marco de la primera cuestión prejudicial, «con arreglo a qué requisitos debe aplicarse la cláusula 5 del Acuerdo Marco a la continuación de relaciones de servicio temporales en el sector público hasta la cobertura permanente de las plazas». Y a continuación, para responder a las restantes cuestiones prejudiciales, en los dos casos, «deberá aclararse, en esencia, si el Derecho español contempla medidas adecuadas para evitar el abuso, en el sentido de la cláusula 5, apdo. 1, del Acuerdo Marco, y sanciones para el caso de abuso que satisfagan las exigencias derivadas del Derecho de la Unión recordadas anteriormente».

C) Delimitado así el ámbito de análisis de las cuestiones prejudiciales planteadas, la abogada general se detiene en la primera, es decir si es de aplicación la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Encontraremos aquí una tercera consideración relevante, y de trascendencia para futuros litigios, que se plasmará una vez que haya dado respuesta a las divergencias existentes entre las dos partes de si estamos en el caso concreto en juicio en un supuesto en el que se hayan dado «sucesivos nombramientos o relaciones de servicio», ya que el posible carácter abusivo se dará, según la citada cláusula, cuando existan sucesivos contratos o nombramientos. Insisto, no es de menor importancia esta cuestión, ya que aquello a lo que debe responderse, según los términos de la cuestión prejudicial, es si la cláusula 5 «también es aplicable cuando un empleado público temporal preste servicios durante muchos años sobre la base, formalmente, de un único nombramiento o relación de servicio, pero continúe desempeñando sus funciones al no haberse cubierto de modo permanente la plaza vacante ni haberse puesto fin, en consecuencia, al nombramiento o relación de servicio temporal porque el empleador público ha omitido llevar a cabo la selección de personal estatutario fijo».

¿Quién decide si estamos en presencia o no de contratos o nombramientos sucesivos? Por supuesto, y de manera exclusiva, los órganos jurisdiccionales nacionales..., siempre y cuando, razona la abogada general, «no se ponga en peligro el objetivo o la eficacia práctica del Acuerdo Marco».

D) Llegados a este punto, la tercera consideración relevante pasa a ser, a mi parecer, la primera tesis importante de la sentencia, y así se pone de manifiesto en las conclusiones (cuestión distinta, lo dejo aquí planteado, es que sea acogida en los mismos términos por el TJUE), y va a empezar a aparecer una palabra no muy utilizada ni en conclusiones ni en sentencias del tribunal europeo, cuál es la de «precariedad» o «precarización de la relación de trabajo», muy característica del debate en España sobre la contratación laboral y las condiciones de trabajo. Para la abogada general «La protección perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco frente a la precarización de la situación de los trabajadores quedaría vacía de contenido si el legislador nacional tuviera la posibilidad de excluir sin más del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco ciertas relaciones laborales de larga duración, que formalmente son temporales, declarando, por ejemplo, que, a pesar de sus eventuales modificaciones, constituyen una relación laboral unitaria o configurando desde un inicio estas relaciones laborales, ciertamente temporales, como relaciones laborales por tiempo indefinido hasta la ocupación permanente de la plaza en un momento indeterminado».

¿Existía este riesgo en el caso concreto enjuiciado en el asunto del trabajador informático del SERMAS? La respuesta es afirmativa, en atención a que el segundo nombramiento (¿sucesivo?) no tuvo ninguna consecuencia práctica en orden al mantenimiento de la prestación de servicios en las mismas condiciones que con anterioridad, y por ello podía seguir prestando su actividad por tiempo indeterminado (¿duración inusualmente larga?, me pregunto) mientras no se celebrara el proceso selectivo para la cobertura de la plaza vacante, siendo claro que ello no se produjo, al menos hasta 2015. Con interpretación pegada a la realidad social y no meramente formalista, se rechaza en las conclusiones que una extinción y un posterior nombramiento sirvan ya para considerar sucesivas relaciones laborales, y que, por el contrario, debería entenderse que tal carácter sucesivo se opera cuando el trabajador queda afectado por una mayor inseguridad (trátese pues, añado yo ahora, de uno o más contratos o nombramientos), y ello se dará «cuando la modificación de que se trate tenga por objeto el período de duración del contrato o de la relación laboral, las condiciones para su finalización o las expectativas de lograr un puesto fijo aparejadas al tipo de puesto en cuestión», siendo así que, en el caso ahora enjuiciado, «podría estar en tela de juicio particularmente la expectativa de obtener un puesto fijo».

El incidental razonamiento le lleva a la abogada general a remitir al órgano jurisdiccional remitente que dilucide «si el correspondiente régimen de empleo ha experimentado una modificación relevante que equivalga al recurso a un nuevo nombramiento o relación de servicio». Pero, además e inmediatamente a consideración, aparece la continuación, y refuerzo, de la primera tesis, cual es, dicho con rotundidad, que «la cláusula 5 del Acuerdo Marco también debe aplicarse al mantenimiento de un único nombramiento o relación de servicio temporal cuando su

continuación por tiempo indefinido se debe a que no se han cumplido las exigencias legales relativas a la cobertura de plazas vacantes».

En un mix de aplicación de la normativa comunitaria y nacional, y criticando que no se cumpla o garantice «la debida organización de procesos de selección dentro de unos plazos vinculantes» (me parece, dicho sea ahora incidentalmente, que las tesis del TS sobre la interpretación del art. 70.1 EBEP difieren del planteamiento del abogado general), remite al órgano jurisdiccional nacional para que averigüe y dictamine «[...] mediante una interpretación conforme de las normas nacionales pertinentes, [...] si debe considerarse que existen nombramientos o relaciones de servicio sucesivos desde el momento en que vence el plazo establecido por el Derecho nacional para la convocatoria o para la amortización de la plaza de que se trate».

En definitiva, se propone al TJUE que responda a la primera cuestión prejudicial en el asunto C-103/18 del siguiente modo: «Al apreciar, conforme al Derecho nacional, si existen sucesivos nombramientos o relaciones de servicio, como requisito para la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, el elemento determinante, teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por dicha disposición, es si el régimen de empleo ha experimentado durante el período de tiempo de que se trate una modificación en su contenido que tenga por objeto el período de duración del nombramiento o relación de servicio, las condiciones para su finalización o la posibilidad de participar en un proceso selectivo de personal estatutario fijo, de modo que el empleado temporal afectado se vea expuesto a una mayor inseguridad».

Me permito responder: ¿se ha modificado el período de duración? Sí. ¿Se han modificado las condiciones para su finalización? En principio, no, ya que queda condicionada a la cobertura por concurso de la plaza. ¿Se ha modificado la posibilidad de participar en un proceso selectivo de personal estatutario fijo? No, siendo cuestión distinta, y no objeto de esta, si pueden establecerse algunos requisitos que permitan valorar suficientemente los méritos de una persona que ha estado ocupando un puesto de trabajo durante más de 17 años, es decir con una interinidad casi permanente o «inusualmente larga».

E) Abordan las conclusiones a continuación las cuestiones prejudiciales tercera a quinta del asunto C-103/18 y la primera del asunto C-429/18, en las que, en síntesis, se formulan las preguntas de si ha de considerarse abusivo «el uso de sucesivas relaciones de servicios temporales que deben juzgar».

Parece obvio, y así lo subrayan también las conclusiones, que hay una directa relación de las cuestiones planteadas con el caso resuelto por el TJUE en el asunto C-16/15, el conocido caso Pérez López y, más concretamente, qué debe entenderse por «razón objetiva» para justificar la renovación de contratos o relaciones laborales, debiendo ser provisionales las necesidades que pueden ser cubiertas con tales relaciones contractuales temporales, si bien en el ámbito de la sanidad

validó el art. 9.3 de la Ley del Estatuto Marco, la sustitución temporal de trabajadores, por considerarla «una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5, apdo. 1, letra a), del Acuerdo Marco, que justifica, en ciertas circunstancias, tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de nuevas necesidades», razón que también existe en otras ocasiones, como, por ejemplo, en el ámbito de la enseñanza, cuando se trate de una normativa que permita renovar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada «con la finalidad de cubrir plazas vacantes en escuelas públicas hasta la conclusión de los procesos de selección puede estar justificada por una razón objetiva».

Por el contrario, y acudiendo a una consolidada jurisprudencia del TJUE, se rechaza la existencia de una razón objetiva cuando no se estén cubriendo necesidades provisionales, sino otras permanentes y duraderas. Es decir, el hecho de que exista una norma que permita dar adecuada respuesta a necesidades temporales, como es el citado art. 9.3, no puede servir para justificar decisiones en materia contractual o de nombramientos que, en realidad, bajo la apariencia de un estatus temporal, pretenden cubrir necesidades de personal permanentes y duraderas. Si ello ocurriera así en los casos enjuiciados, y tal es desde luego las tesis de las dos cuestiones prejudiciales elevadas al TJUE, la aplicación de la normativa nacional para justificar la temporalidad estaría vulnerando la normativa comunitaria.

Por todo ello, la abogada general concluye que la citada cláusula 5.1 del Acuerdo Marco «debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, conforme a la cual la renovación de nombramientos temporales sucesivos en la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas», a efectos de la citada disposición, por el hecho de que los nombramientos se basen en normas que permiten su renovación con el fin de garantizar la prestación de determinados servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, aunque, en realidad, la necesidad de personal sea permanente y duradera y no exista una garantía de que la autoridad de que se trate cumple sus obligaciones legales para atender esa necesidad y para que se ocupen de modo permanente esas plazas, o adopta medidas equivalentes para prevenir y evitar el uso abusivo de sucesivos nombramientos temporales».

F) Mucho más polémica me parece la respuesta dada por la abogada general con respecto a su apreciación negativa del cumplimiento de los requisitos temporales del art. 9.3 del Estatuto Marco y del art. 70.1 EBEP, relativo a las coberturas de las plazas, ya que conocemos la jurisprudencia del TS respecto a dichos preceptos, y valga por todas la referencia a la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 4 de julio de 2019 y que ciertamente cuenta con un voto particular discrepante de indudable valor jurídico, y que vendría a apoyar la existencia de una relación contractual que inicialmente temporal habría devenido en indefinida por su in-

usualmente larga duración y por la poca diligencia de la Administración afectada para convocar el preceptivo concurso.

Se pregunta la abogada general «si se ha establecido con carácter vinculante un marco temporal preciso para la organización y conclusión de los procesos selectivos», y llega a una conclusión afirmativa en los términos anteriormente expuestos. En consecuencia, la respuesta que se propone a la quinta cuestión prejudicial en el asunto C-103/18 es que la cláusula 5.1 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la controvertida, «que, para considerar que existe una razón objetiva que justifica la renovación de nombramientos temporales sucesivos en la sanidad pública, se basa exclusivamente, sin tomar en consideración otros parámetros, en que se haya respetado la causa del nombramiento y la correspondiente limitación temporal o en que las funciones que deben desempeñarse estén limitadas temporalmente, sin valorar adecuadamente las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio en el caso concreto». Primer choque de trenes (jurídicos), y no será el último, entre el TS y el TJUE.

G) Se refieren las conclusiones a continuación al examen de las medidas nacionales que deben adoptarse para sancionar los abusos que se hayan producido con las contrataciones o nombramientos temporales, siendo centrada la atención en las cuestiones prejudiciales sexta y séptima del primer asunto, y de la segunda a la séptima del segundo.

Primera afirmación, síntesis de la consolidada jurisprudencia del TJUE y mención especial a la, anteriormente explicada, sentencia de 7 de marzo de 2018, C-494/16: corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, es decir que deben ser «no solo proporcionadas sino también efectivas y disuasorias», algo que los JCA remitentes de las cuestiones prejudiciales consideran que no se da en los casos enjuiciados, por lo que el TJUE, esta es la tesis de las conclusiones y efectivamente así se infiere de la normativa UE y de la consolidada jurisprudencia de aquel, debe aportar «precisiones» que orienten a los órganos jurisdiccionales nacionales para resolver los litigios.

Se pronuncia en primer lugar sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera en el asunto C-429/18, que versan sobre la posibilidad de considerar si los procesos de selección, y la posibilidad que tiene la persona que está ocupando interinamente una plaza de participar en ellos, serían ya una medida eficaz para sancionar el uso abusivo de la contratación o nombramientos de duración determinada. Intuyo que este es uno de los bloques de las conclusiones que más puede satisfacer a las y los trabajadores interinos, por cuanto abre las puertas a una cierta selección de los procesos selectivos, o dicho de otra forma, a tomar en consideración el tiempo prestado en la plaza convocada a concurso.

¿Cuál es la razón de mi afirmación anterior? Sigán leyendo. En primer lugar, y tras insistir en que no se han cumplido las normas nacionales sobre organización de procesos selectivos (con tesis contraria del TS), y que este incumplimiento no ha tenido «consecuencias visibles», se expone, a modo de crítica pero sin afirmarlo con rotundidad, que «en todo caso, la convocatoria de procesos de selección depende de las posibilidades financieras del Estado y de la discrecionalidad de la Administración». En segundo lugar, y es un argumento formalmente cierto, pero no me parece el más sólido para la defensa de la tesis de la abogada general, ya que depende de numerosas circunstancias, entre ellas las propias de política presupuestaria (aunque estas no sean aceptadas como «excusa jurídica» por el TJUE en los casos en que se ha alegado por una Administración demandada), que «incluso habiéndose superado un proceso de selección, no queda determinado el momento del nombramiento con carácter permanente».

Más importante aún, siempre desde la perspectiva de los intereses más concretos del personal interino, que se ponen de manifiesto en las numerosas propuestas presentadas a los grupos políticos y parlamentos, tanto estatal como autonómicos¹⁴, es la tesis de la abogada general de que la convocatoria del concurso, aunque aparentemente neutra, no colocaría en igualdad real de condiciones a todas las personas participantes, ya que «el juzgado remitente se refiere a un “proceso selectivo de libre concurrencia”, de lo que se deduce que también pueden participar en él candidatos que no hayan sufrido un uso abusivo de nombramientos sucesivos, sin que parezca que se tome debidamente en consideración ese abuso (por ejemplo, mediante un nombramiento preferente en caso de que hayan superado el proceso selectivo)». Más claro, agua, ¿no les parece?

Corolario de todo lo anterior es que la convocatoria del proceso de selección no elimina la infracción anteriormente ya producida del Derecho de la Unión, por lo que se propone al TJUE que se pronuncie en términos de que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, «para sancionar adecuadamente la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de carácter temporal y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de Unión, no basta con

14. En efecto, la LPG de Canarias 7/2018, de 28 de diciembre, regula en su art. 54 un plan de estabilización del empleo temporal, al amparo del EBEP y el art. 19.Uno.9 de la Ley de PGE para 2018. La particularidad es la previsión contenida en el último párrafo de dicho precepto, en el que se dispone que «Asimismo, el plan reservará como medida excepcional un número de plazas destinadas a la estabilización del empleo temporal y la consolidación de empleo temporal del personal mayor de 50 años mediante el sistema de concurso de méritos, en las condiciones de antigüedad que se determinen en el mismo». Tras el requerimiento formulado por el Gobierno del Estado, al considerar que esta medida vulnera la legislación estatal, y no haberse alcanzado un acuerdo entre ambas Administraciones en el seno de la comisión bilateral, el texto ha sido impugnado por el Gobierno del Estado ante el TC, por lo que se ha procedido a la suspensión de la norma impugnada.

Más recientemente, el Parlamento andaluz aprobaba, en sesión plenaria celebrada el 25 de septiembre, la toma en consideración y tramitación de una iniciativa legislativa popular (ILP), presentada el 14 de mayo de 2018 (subrayo la importancia de la fecha por las resoluciones judiciales del TJUE dictadas con posterioridad, y también por la distinta composición del Gobierno autonómico cuando se presentó la ILP con respecto al actual) «relativa a aplicación del sistema de concurso, consistente únicamente en la valoración de méritos, que regirá en la convocatoria de procesos selectivos para la definitiva estabilización del empleo público temporal en la Junta de Andalucía, de funcionarios interinos en la Administración General, Administración de Justicia y Administración Educativa, así como del personal eventual de la Administración Sanitaria, a tenor del art. 61.6 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». <http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=bopa&id=139814> (consultado: 20 de octubre de 2019).

convocar procesos selectivos de libre concurrencia cuando el acceso a una relación de servicio fija, derivado de la superación del proceso selectivo por la persona que haya sufrido el uso abusivo de tales nombramientos sucesivos, sea imprevisible e incierto y la normativa nacional pertinente no establezca ninguna otra medida sancionadora».

H) Se trata a continuación la temática de la posible transformación de una relación de servicio temporal en una relación indefinida, aunque sea más correcto referirse a una relación fija, para diferenciarla claramente de la indefinida no fija, dando respuesta a partir de ahora las conclusiones a la cuarta cuestión prejudicial del asunto C-429/18; y es aquí donde el rictus del personal interino en relación con las expectativas del «reconocimiento de su fijeza», o al menos ese es el mensaje que pudo tener cierta difusión en su momento en las redes sociales, es posible que cambie con respecto a su anterior sonrisa, aunque ciertamente no creo que tampoco acabe siendo de preocupación, y me explico.

Primer recordatorio de la jurisprudencia del TJUE. La cláusula 5.2 del Acuerdo Marco deja a los Estados miembros la determinación de cuándo los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido, por lo que, acudiendo a la importante sentencia de 7 de marzo de 2018, caso C-494/16, expone que no existe «una obligación general» de transformar contratos temporales, que devengan irregulares o que hayan sido concertados sin cumplir los requisitos regulados en la normativa aplicable, en contratos indefinidos. Es bien conocida al respecto, y fuente de muchos conflictos que han llegado a los tribunales, que la irregularidad o actuación fraudulenta en la contratación laboral puede novar el contrato temporal en indefinido, mientras que una situación semejante en el ámbito público llevará, en todo caso, a la adquisición de la condición de trabajador indefinido no fijo, es decir, con un grado de protección jurídica claramente inferior al de los trabajadores fijos en el empleo público, y baste citar al respecto la sentencia de 25 de julio de 2018 (asunto C-96/17) sobre la conformidad a derecho de una normativa nacional como la española, el art. 96 EBEP, que regula la readmisión de un trabajador fijo cuando el despido haya sido declarado improcedente, y no extiende la misma protección al resto de trabajadores indefinidos no fijos, o temporales.

A partir del apdo. 73 empiezan las referencias a cómo ha abordado esta problemática de la posible novación en el sector público el TS, en concreto la Sala de lo C-A, en dos sentencias de 26 de septiembre de 2018, y que fueron dictadas con posterioridad a la elevación de las cuestiones prejudiciales ahora enjuiciadas (aunque no, dicho sea incidentalmente, cuando la misma jueza elevó una nueva cuestión prejudicial por auto de 24 de enero de este año y en el que se encuentran argumentos sustancialmente semejantes a los contenidos en las dos anteriores). Se recuerda, con buen criterio a mi parecer, cuál es la doctrina sentada, y se remite

al órgano jurisdiccional remitente para que valore si «puede considerarse una medida suficientemente eficaz para sancionar los abusos».

Para la abogada general, la cuestión a debate ya no se centrará en la adquisición de la fijeza (rechazada con contundencia en el apdo. 84), sino en qué indemnización podría significar una reparación proporcionada, efectiva y disuasoria, del incumplimiento contractual de la Administración, qué perjuicios reales le ha producido. Repárese, en cualquier caso, en que la problemática se centra solo en la cuantía de la indemnización, ya que, respecto a las condiciones de trabajo, muchas sentencias y autos del TJUE han aplicado plenamente el Acuerdo Marco y han reconocido la igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, o entre personal interino o temporal en las Administraciones Públicas y el personal fijo o funcionario de carrera.

Segundo choque de trenes jurídicos entre el TS y la abogada general, en esta ocasión no tan sensible a las argumentaciones del Gobierno español como en los casos Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility y que llevaron al TJUE a apartarse de la doctrina sentada en la sentencia Ana de Diego Porras I, apartamiento confirmado por la sentencia de 21 de noviembre de 2018, caso Ana de Diego Porras II, y que llevaría al cierre del debate sobre la indemnización a un trabajador interino cuando finaliza su contrato de trabajo con la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 13 de marzo de 2019. Para la Sra. Kokot, la solución ofrecida por el TS, aunque deba ser valorada por el órgano jurisdiccional nacional, «no constituye una medida [adecuada para que] se mantenga la relación de servicio, dado que el empleado público de que se trate será cesado en caso de amortización de la plaza o de incorporación a esta de personal fijo», considerando poco menos que adalid de la precariedad a nuestro alto tribunal, aunque el origen de su afirmación proviene de las tesis de la juzgadora que elevó las cuestiones prejudiciales, diciendo que «el mantenimiento de la relación de servicio temporal, exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la precariedad».

¿Será válida o no, entonces, la jurisprudencia del TS, para dar debido cumplimiento a la normativa comunitaria? Si tuviéramos que guiarnos por lo expuesto en el párrafo anterior, la respuesta sería claramente negativa si el TJUE hubiera acogido las tesis de la abogada general. Pero no va a ser así, ya que poco después se matizan mucho las tesis anteriores y se admite la posibilidad de dos alternativas que, a mi parecer, por cierto, en modo alguno habían sido desestimadas en las sentencias citadas del TS, aun cuando su concreción ciertamente no era sencilla. En fin, se propone al TJUE que responda a la cuarta cuestión prejudicial en el asunto C-429/18 del siguiente modo: «La cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone a una jurisprudencia de los tribunales nacionales conforme a la cual el uso abusivo de sucesivos nombramientos temporales por parte de una Administración Pública no se sanciona automáticamente con la transformación de la relación de servicio

temporal en una relación de servicio fija. Tal jurisprudencia puede reconocer al personal afectado, por un lado, un derecho a continuar en el puesto de trabajo hasta que el empleador haya estudiado, como le corresponde, las necesidades de personal, y haya cumplido las obligaciones que de ello se derivan, y, por otro lado, un derecho a una indemnización completa de los perjuicios que le haya causado el abuso. Estas medidas deben ir acompañadas de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio».

¿Un menú a la carta para la judicatura? Auguro nuevas demandas y nuevos litigios, a la espera de la jurisprudencia del TS ¿Y vuelta a empezar?

l) ¿Fijeza sí, por los años pasados como trabajador interino, por la experiencia acumulada en el puesto o puestos de trabajo desempeñados, por la prestación de un servicio en condiciones semejantes a las de un trabajador laboral fijo o a un funcionario de carrera? No hay duda, al menos a mi parecer, que esta era la tesis fundamental de la juzgadora en las cuestiones prejudiciales planteadas.

Las conclusiones deben dar respuesta a las cuestiones prejudiciales sexta, séptima y novena en el asunto C-103/18, y a las quinta y sexta del asunto C-429/18, que versan «sobre el reconocimiento de un puesto fijo garantizando la equiparación con el personal estatutario fijo».

De menor a mayor intensidad, los apdos. 81 a 85 van dando una respuesta negativa a la pregunta formulada con anterioridad. La juzgadora, que no cree existente una medida en el ámbito público que garantice una protección adecuada contra el uso abusivo de la contratación, o nombramiento, temporal, deberá revisar si el ordenamiento español dispone de medidas adecuadas que permitan dar cumplimiento al objetivo y finalidad del Acuerdo Marco, y ya de entrada, el TJUE le recuerda que «habida cuenta del desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al que se ha hecho referencia anteriormente, ya no puede suponerse sin más que este sea el caso».

Aquí hubiera podido detenerse la abogada general para dar una respuesta negativa y cerrar el asunto, pero para el supuesto de que el TJUE desee abordar estas cuestiones prejudiciales, expone sus argumentos en contra de la tesis indirectamente planteada por la juzgadora en sus autos, y lo hace tanto con apoyo en la normativa comunitaria como en la estatal, y tomando en consideración las competencias en materia laboral y hasta dónde puede llegar la actuación de la normativa comunitaria sin infringir los ámbitos competenciales, y por supuesto, también, hasta dónde puede llegar la interpretación del TJUE.

¿La conversión de una relación laboral temporal, estatutaria temporal o interina, en fija, podría eliminar el abuso producido por la utilización contraria a derecho de la contratación temporal? Sí, por supuesto, afirma la abogada general, y no creo que se pueda estar en desacuerdo con tal afirmación. Ahora bien, ¿es obligado adoptar esta medida por un Estado? Respuesta claramente negativa que parte pri-

meramente de la propia jurisprudencia del TJUE, cual es que las medidas exigidas por el Derecho de la Unión «deben ser en todo caso proporcionadas y no ir más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco».

Con mayor claridad, las conclusiones cierran el grifo jurídico a una interpretación judicial que fuera en la línea de reconocer la condición de fijeza, tanto por los problemas que plantearía con respecto al marco constitucional y legal, como por las dificultades de valorar adecuadamente todas las circunstancias concretas de cada situación en que se encuentre un trabajador interino, acudiendo ahora a mi mente el recuerdo de algunos pactos que han establecido una prioridad, vía concurso de méritos, para trabajadores mayores de 50 años, y me pregunto, siendo consciente de la complejidad del tema, si la edad (supongo, sin duda, que acompañada de unos numerosos años de antigüedad en el puesto o puestos de trabajo) puede ser un camino jurídico para la adquisición de dicha fijeza. Es cierto que en casos como los que acabo de plantear, y que no descarta la abogada general que pudieran darse (corrijo, que se pretenden dar), sería necesario, nadie lo duda o al menos así lo creo, «un procedimiento ordenado para la ejecución de la sanción, de modo que pueda determinarse de modo comprensible, sobre la base de criterios objetivos y transparentes, el orden en los nombramientos». ¿Puede tomarse esta decisión en sede judicial? La respuesta la deriva la abogada general a las competencias que le atribuya el Derecho nacional, y desde luego no creo que el español se las atribuya, aunque supongo que puede ser objeto de debate, y apuntándose que la misma respuesta debe darse a la novena cuestión prejudicial del asunto C-103/18.

Y a todo esto, me estoy olvidando del párrafo más importante, a mi parecer, de la sentencia, respecto al punto tan controvertido, el de la posible adquisición de fijeza. La respuesta negativa es contundente con carácter general, y prefiero reproducir el texto literal del apdo. 84 para que los lectores y las lectoras se formen su propia opinión:

Si se permitiera a los tribunales nacionales sancionar el abuso reconociendo en el caso concreto un puesto fijo al personal temporal, esto tendría graves consecuencias para el acceso a la función pública en su conjunto y pondría seriamente en cuestión el objetivo de los procesos de selección. En primer lugar, las personas que hubieran superado un proceso selectivo, pero que aún no hubieran recibido un nombramiento para ejercer sus funciones con carácter permanente, serían tratadas del mismo modo que aquellas que no hubieran participado en ese proceso o que no lo hubieran superado. Además, apenas sería posible tomar debidamente en consideración la diversa duración del uso abusivo y los méritos adquiridos por el interesado.

Por todo lo anteriormente expuesto, se considera que no es necesario «tratar la cuestión prejudicial séptima en el asunto C-103/18 ni la cuestión prejudicial sex-

ta, que tiene el mismo tenor, en el asunto C 429/18 en relación con la determinación de las condiciones de trabajo tras la transformación de la relación de servicio».

J) Una de las cuestiones prejudiciales, la séptima del asunto C-429/18, versaba sobre el reconocimiento de una indemnización semejante a la del despido improcedente (33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades) como posible medida proporcionada y efectiva para sanar el efecto negativo del uso indebido de las contrataciones o nombramientos laborales, siendo así que esta medida significaría para la juzgadora una aplicación analógica al sector público de la normativa de derecho privado en el apartado relativo a la protección de los trabajadores contra el despido, es decir los arts. 55 y 56 LET.

Las conclusiones dejan la puerta abierta, pero sin argumentación que añada un plus de contenido a la defendida con anterioridad respecto a que la indemnización sea efectivamente adecuada para reparar el perjuicio producido, a que puede haber más de una indemnización, algo que por otra parte no es ajeno al ordenamiento jurídico laboral español (véase la regulación contenida en los arts. 177 a 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social [LRJS] sobre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas).

K) La penúltima cuestión abordada versa sobre la «propuesta de respuesta en relación con las necesarias posibilidades de sanción», y es justamente donde se recogen las que aconseja la abogada general al TJUE que acoja respecto a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima en el asunto C-103/18, y a las cuestiones prejudiciales segunda a séptima en el asunto C-429/18. No son sino la síntesis de todo lo anteriormente expuesto.

En primer lugar, y con el mismo criterio que la consolidada jurisprudencia del TJUE al respecto, que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que «corresponde al juez nacional apreciar, sobre la base de todas las disposiciones de su Derecho nacional aplicables, si medidas como las consideradas en las cuestiones prejudiciales constituyen medidas adecuadas para sancionar el uso abusivo de sucesivos nombramientos o relaciones de servicio temporales».

En segundo lugar, y como siempre, «sin perjuicio de la valoración definitiva que deben realizar los juzgados remitentes», para sancionar el uso abusivo de las contrataciones o nombramientos temporales y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de Unión, «no basta con convocar procesos selectivos de libre concurrencia cuando el acceso a una relación de servicio fija, derivado de la superación del proceso selectivo, debido a sus modalidades, sea imprevisible e incierto, y la normativa nacional pertinente no establezca ninguna otra medida sancionadora».

Por último, y esta es la auténticamente más importante a mi parecer, la cláusula 5 del Acuerdo Marco «no se opone a una jurisprudencia de los tribunales na-

cionales, conforme a la cual, el uso abusivo de sucesivos nombramientos temporales por parte de una Administración Pública no se sanciona automáticamente con la transformación de la relación de servicio temporal en una relación de servicio fija. Tal jurisprudencia puede reconocer al personal afectado, por un lado, un derecho a continuar en el puesto de trabajo hasta que el empleador haya estudiado, como le corresponde, las necesidades de personal, y haya cumplido las obligaciones que de ello se derivan, y, por otro lado, un derecho a una indemnización completa de los perjuicios que le haya causado el abuso. Estas medidas deben ir acompañadas de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio. Cabría pensar en una obligación adicional de pago de una indemnización por un importe a tanto alzado suficientemente disuasorio. Los juzgados remitentes deberán valorar si la indemnización por despido improcedente satisface esas exigencias».

L) Finalizan las conclusiones, antes de recoger en el apartado final todas las propuestas de fallo que se proponen al TJUE para que las acoja, con el examen de las cuestiones prejudiciales segunda y octava en el asunto C-103/18, que versan sobre la situación procesal del personal temporal. En este apartado se concluye que la normativa comunitaria, y en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a «normas procesales nacionales que exigen del personal temporal la impugnación activa de todos los nombramientos y ceses sucesivos o la interposición de un recurso contra estos actos para poder invocar la tutela que le confiere la Directiva y los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico de la Unión». Me parece una cuestión de menor importancia, en cuanto que, tanto el Gobierno español y el de la Comunidad de Madrid negaron la existencia de norma alguna que implique que la persona contratada interina pierda sus derechos laborales si no ha impugnado cada acto administrativo de nombramiento, el cese de una relación de servicio (al que ha seguido sin solución de continuidad uno nuevo) o la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de la plaza en cuestión.

3. La limitada estabilidad del personal interino. Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18)

A) Ya conocemos, por la explicación realizada en el epígrafe anterior de las conclusiones de la abogada general, las circunstancias concretas de los dos litigios elevados al TJUE, y también la normativa comunitaria y estatal de referencia. Baste ahora recordar que de la primera son enumerados el considerando 17, el art. 1 y el art. 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70/CE, y la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo, dedicada a las medidas «destinadas a evitar la utilización abusiva» de la contratación temporal; respecto de la segunda, son mencionados

los arts. 8 (definición de personal estatutario fijo) y 9 (supuestos permitidos de nombramientos de personal estatutario temporal de interinidad, de carácter eventual o de sustitución) de la Ley 55/2003, y los arts. 10 (definición de funcionario interino) y 70.1 (convocatoria de OEP) EBEP.

B) Pasemos ya al examen de las respuestas formuladas a las cuestiones prejudiciales, no sin antes subrayar que el TJUE «recupera» gran parte de una sentencia ya lejana en el tiempo, la de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, caso Adeneler, que había sido poco referenciada en las sentencias de 5 de junio y 21 de noviembre de 2018 y en las que se produjo el cambio de criterio jurisprudencial con relación a la dictada el 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-596/14.

La primera es qué debe entenderse por *sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*, y si tiene cabida la situación jurídica del trabajador estatutario interino que viene prestando sus servicios regularmente en el mismo puesto de trabajo, y con las mismas funciones, desde el 2 de noviembre de 1999 y en ese período ha sido objeto de dos nombramientos por su empleador. El TJUE se alinearán con la tesis de la abogada general y dará una respuesta afirmativa, al objeto de no vaciar de contenido útil la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, acudiendo a la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15) para recordar que dicha cláusula pretende establecer «un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados»; precarización, añadido por mi parte, que también se da cuando la «larga temporalidad» encuentra su razón de ser en más de un nombramiento como personal estatutario pero sin que se modifique en absoluto ni el puesto de trabajo ni las funciones desempeñadas. A la conclusión llega el TJUE no sin antes realizar una detallada explicación de cómo la cláusula 5.1 solo se aplica, dicho literalmente, «en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», y dejando un amplio margen de actuación a los Estados miembros para que concreten las medidas de aplicación, si bien ese margen de apreciación no es ilimitado en cuanto que «en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o efecto útil del Acuerdo Marco».

Coincido con la tesis del TJUE, que es sustancialmente la misma que la de la abogada general, que no es nada formalista ni literalista sino que se basa en la necesaria protección de las personas trabajadoras, ya que acepta que situaciones como las de la parte recurrente dejarían vacío de contenido el efecto útil de la cláusula 5.1, y más cuando la situación en la que se encuentra el personal estatutario temporal interino deriva de que la parte empleadora no cumplió con la obligación de convocar el proceso selectivo en los plazos marcados por la normativa vigente. En definitiva, la primera respuesta que se formula por el TJUE es que no puede excluirse una situación (dos nombramientos) como la de la parte recurrente del concepto de «sucesivos contratos de duración determinada» cuando

ello trae su razón de ser del «incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo».

C) El TJUE responde a continuación conjuntamente a las cuestiones prejudiciales tercera a quinta del asunto C-103/18, y la primera del C-429/18. En síntesis, se trata de saber si la tan citada cláusula 5.1 se opone a una normativa, y jurisprudencia, nacional que considera que los sucesivos contratos o nombramientos son debidamente justificados por causas objetivas, entendiéndose que ello se cumple «por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en esa normativa, es decir, razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario». Nuevamente el TJUE se alinearán con las tesis de la abogada general y fallará que la interpretación de la citada cláusula debe ser la de oposición a la tesis expuesta, y desde luego ya tenía abundante apoyo en su jurisprudencia anterior para llegar a esa solución, tanto de la relativa a qué circunstancias pueden justificar la utilización sucesiva de contratos de duración determinada como de aquella que expresa que una disposición nacional que se limite a autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada «no se ajustaría a las exigencias» requeridas tanto por la normativa de aplicación como por la propia jurisprudencia del TJUE (especial naturaleza de las tareas a desarrollar, características inherentes a estas, o la persecución de un objetivo legítimo de política social).

Se trata de examinar y averiguar en cada caso concreto si las sucesivas contrataciones o nombramientos responden realmente a una causa, o más, objetiva, o son utilizados indebidamente porque la situación que debe cubrirse a efectos organizativos es de naturaleza estable. Y es aquí cuando entra en juego el contenido de los autos remitidos al TJUE y cómo explica la juzgadora las circunstancias concretas de la prestación de servicios con una duración temporal más que «inusualmente larga» a mi parecer. Partiendo de los datos antes expuestos (antigüedad entre 12 y 19 años en los casos planteados, con algunas de las personas afectadas habiendo sido objeto de «más de 200 nombramientos y que realizaban tareas propias de la actividad normal del personal estatutario fijo»), y de las condiciones en que se desarrolla la actividad en el sector sanitario (que, dicho sea incidentalmente, podría quizás dar lugar a otra respuesta, dada la complejidad de aquella, siempre y cuando pudiera justificarse debidamente) concluye que la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales en virtud de las cuales la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada se considera

justificada por “razones objetivas”, con arreglo al apartado 1, letra a), de dicha cláusula, por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en esa normativa, es decir, razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en la medida en que dicha normativa y jurisprudencia nacionales no impiden que el empleador de que se trate dé respuesta, en la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal».

D) La siguiente respuesta que formula el TJUE es a varias cuestiones prejudiciales que considera necesario acumular por su identidad, que son la séptima del asunto C-103/18 y las segunda, tercera, cuarta, sexta y séptima del asunto C-429/18. Es probablemente la parte más relevante de la sentencia, ya que el TJUE refuerza en efecto los derechos del personal interino, pero al mismo tiempo deja primeramente al órgano jurisdiccional remitente (y, por supuesto, a los que deban conocer de los recursos que, con toda seguridad, sean cuales sean las sentencias que se dicten, se presentarán ante los TSJ y con toda probabilidad después ante el TS) que responda, a partir de las circunstancias concretas del caso, si las medidas previstas en el ordenamiento jurídico español son adecuadas «a efectos de prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco» (y ya sabemos, por mi explicación anterior, que no es esta la tesis de la juzgadora). Y a mi parecer no cierra en absoluto la vía a que se regule una normativa que establezca claramente las reglas del juego en punto a cumplir estrictamente la distinción entre contrataciones y nombramientos temporales y aquellas situaciones que requieran de una prestación laboral jurídicamente estable, si bien por lo que respecta a la situación actual del personal interino habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso para determinar qué o cuáles medidas son las adecuadas para evitar que se mantenga una situación laboral que pueda calificarse de abusiva.

En primer lugar, afirma el TJUE que no le corresponde «pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco», por lo que «la patata caliente jurídica» la tienen los órganos jurisdiccionales remitentes, en cuanto que deberán apreciar, y nuevamente la Sala remite a su sentencia de 21 de noviembre de 2018, «en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada».

Dicho queda..., si bien inmediatamente el TJUE vuelve a señalar que sí puede proporcionar «precisiones destinadas a orientar a dichos juzgados en su apreciación», que en algunas ocasiones son ciertamente eso, meras «precisiones orientativas», y en otras parece que prácticamente le proporcione la respuesta que debe dar el órgano jurisdiccional nacional. ¿Y en esta sentencia cuál es la línea seguida? Pues a mi parecer tiene un mix de ambas, ya que su planteamiento es bastante reticente, por no decir que negativo, respecto a algunas de las medidas señaladas por el órgano jurisdiccional remitente, mientras que en una concreta, la relativa a la cuantía de la indemnización en caso de producirse la extinción de la relación jurídica, la deja bastante abierta, sin olvidar que hay que añadir algo que, relegado casi al final de la sentencia, es extraordinariamente importante en términos jurídicos ya que al abordar la última cuestión prejudicial, el TJUE subraya que «de la información facilitada por el juzgado remitente se desprende con claridad que tal transformación está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo».

De tal manera, y poniendo orden en mi explicación, el TJUE trata primero de la oferta de empleo público como una vía adecuada para evitar la vulneración, o vaciado de contenido útil, de la cláusula 5.1. Como reflexión general, de la que no creo que pueda discreparse, el TJUE concluye que la OEP, si se convoca dentro de los plazos establecidos (recordemos ahora el art. 70.1 EBEP) es una medida válida para «prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada a la espera de que dichas plazas se provean de manera definitiva». Pero... ello no ha ocurrido en los litigios en juego, por lo que su inaplicación lleva a que deje de ser adecuada para prevenir la utilización abusiva de contrataciones o nombramientos de duración determinada, siendo así además que su incumplimiento no implica perjuicios negativos para el empleador.

¿Afirma tajantemente el TJUE que esta medida no se adecúa al objetivo perseguido por la cláusula 5.1? No, pero está muy cerca de ello, ya que, además de remitir nuevamente a los juzgados remitentes a la comprobación de cómo se han desarrollado los acontecimientos (y ya conocemos por los autos su valoración altamente negativa), concluye que «tal normativa no parece constituir una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 86 de la presente sentencia, ni, por tanto, una “medida legal equivalente” en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco».

Y más de lo mismo se plasma en su respuesta a otro de los posibles mecanismos o vías de cumplimiento de la citada cláusula, cual es la posibilidad abierta por la disposición transitoria cuarta del EBEP de llevar a cabo un proceso selectivo de consolidación de empleo a puestos desempeñados interina o temporalmente, porque se trata de una facultad y no de una obligación. Y como además

en esos procesos podrían participar todas las personas que cumplieran los requisitos fijados para ello, y, por tanto, no lo dice así la sentencia pero se deduce con total claridad, no solo los interinos podrían presentarse, el TJUE concluye, nuevamente con prudencia pero orientando claramente la decisión de los juzgados remitentes, que esta medida tampoco es adecuada para cumplir con la cláusula 5.1, es decir, «no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida [por la misma]».

E) Tampoco es «santo de su devoción», y me refiero obviamente al TJUE, la figura específicamente española de la contratación indefinida no fija, es decir la conversión de la contratación temporal en esta modalidad, como medida adecuada para dar respuesta positiva a las actuaciones que deben adoptarse para llenar de contenido por los Estados miembros la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco. Sin duda, y más allá de que efectivamente esta modalidad no garantiza la fijeza contractual en los mismos términos que un contrato o nombramiento «fijo o estable», las explicaciones realizadas por los autos elevados por los JCA habrán sido determinantes para la valoración negativa.

F) Situémonos ahora en la última medida que podría considerarse como válida para cumplir con la cláusula 5.1, donde veremos que el TJUE sí que deja la puerta abierta en todos los sentidos a que sean los juzgados y tribunales los que se manifiesten al respecto, sin facilitarles «precisiones orientativas». La cuestión a debate es la siguiente: si se permite, como así ocurre en la normativa española con carácter general y con limitadas excepciones, que la declaración de improcedencia de una extinción pueda posibilitar a la parte empleadora el cumplimiento de la sentencia con el pago de aquella, la regla debe ser completada en el plano de la adecuada aplicación de la cláusula 5.1 con la constatación, hecha ya por ejemplo en la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, que la indemnización compensa los efectos de la extinción... siempre y cuando «no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula».

Y es aquí donde el TJUE, una vez constatada la existencia de tal posibilidad para el personal [estatutario] se remite sin mayor argumentación a los juzgados remitentes (y, por tanto, también a los tribunales que conozcan de los posibles recursos) para que decidan si tal medida «es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso».

En realidad, y con ello termina este bloque de respuestas, en los cuatro casos examinados corresponde decidir a los juzgados remitentes si las medidas cumplen con la finalidad de la cláusula 5.1, si bien, como he tratado de explicar, las «precisiones orientativas» del TJUE llevan claramente a aquellos (confirmando sus tesis expuestas en los autos) a una valoración negativa en los tres primeros y a una neutra en el cuarto.

G) La siguiente cuestión abordada por el TJUE es la planteada como segunda prejudicial en el asunto C-103/18, a saber, si el hecho de no haber recurrido el empleado público a los diferentes nombramientos efectuados por el empleador, la Administración Pública correspondiente, durante el desarrollo de su vida laboral, hasta el momento en que, muchos años más tarde del inicio de esta, se solicita la declaración de fijeza de la relación, debe llevar a concluir que ya no podría considerarse abusiva la actuación de la Administración Pública y por ello nos encontraríamos ante una relación jurídica a la que no sería aplicable el Acuerdo Marco.

Intuyo, como pura apreciación subjetiva, que la cuestión planteada tenía el claro objetivo de buscar una respuesta afirmativa y que la duda planteada realmente lo era muy poco a juzgar por el conjunto del auto remitido. Y en efecto, la juzgadora remitente obtiene una respuesta positiva, –coherente, por otra parte, de forma total con la consolidada jurisprudencia del TJUE–, en primer lugar, sobre la inexistencia de distinción entre el carácter público o privado del empleador y, en segundo término, con la indiferencia de la calificación de la modalidad contractual en el Derecho interno (a salvo de los trabajadores cedidos). Y añadido más aún, con la necesidad de tener en consideración la situación de desigualdad en que se encuentran las partes en la relación jurídica (contractual o funcional) y la situación de práctica indefensión en que se encontraría la parte trabajadora si no pudiera accionar en defensa de sus derechos cuando se encontrara en casos como los ahora examinados.

H) También tenían mucha enjundia a mi parecer las cuestiones prejudiciales sexta y novena en el asunto C-103/18 y la quinta en el C-429/18, respondidas conjuntamente por la Sala, y que las sintetiza en la pregunta de si el Derecho de la Unión debe interpretarse «en el sentido de que obliga a un tribunal nacional que conoce de un litigio entre un empleado público y su empleador a abstenerse de aplicar una normativa nacional que no es conforme con la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco». No se van a ver satisfechas en este caso las expectativas puestas de manifiesto en los autos, ya que el TJUE responde de manera contundente, con apoyo en su sentencia de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, que dicha cláusula «no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional», y con la mucho más reciente de 24 de junio de 2019, asunto C-573/17, que una disposición del Derecho de la Unión que carece de efecto directo «no puede invocarse como tal en un litigio sometido al Derecho de la Unión con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria».

I) Y llegamos ya a la última respuesta dada por el TJUE, en concreto a la octava cuestión prejudicial en el asunto C-103/18, en donde la cuestión planteada llevará a la Sala a efectuar una manifestación, resultado de la propia explicación

jurídica contenida en el auto, que parece cerrar (tesis prudente y que creo que puede sustituirse por «que cierra» si se es algo más atrevido) la puerta, y ventanas, a la esperanza de los trabajadores interinos a la conversión de su relación jurídica, considerada contraria a derecho por incumplimiento de la normativa vigente, en una relación «fija o estable», al menos de manera automática por resolución judicial.

En concreto, la pregunta formulada consiste, en la interpretación efectuada por la Sala, en si el Derecho de la Unión debe interpretarse «en el sentido de que obliga a los Estados miembros a establecer la posibilidad de revisar las sentencias y los actos administrativos relativos a ceses, nombramientos y convocatorias de procesos selectivos que hayan adquirido firmeza para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión». Obsérvese el calado de la pregunta, ya que iba dirigida, sin duda, a revertir la situación jurídica de las extinciones operadas con anterioridad y de actuaciones administrativas que aun pudiendo ser consideradas contrarias a derecho hubieran ya ganado firmeza, y en caso de ser acogida esta tesis hubiera afectado a miles de trabajadores.

Ahora bien, la cuestión así planteada no pasará el filtro de la aceptación previa del TJUE para entrar a conocer de la misma por considerar «evidente» que se trataba de «naturaleza hipotética», ya que el juzgado remitente «no ha indicado en modo alguno que, en el litigio principal, deba revisar una sentencia u obligar a un órgano administrativo a revisar una resolución firme de cese, de nombramiento o de convocatoria de un proceso selectivo». El planteamiento de la cuestión parece así que puede volverse (o que se vuelve) en contra de la tesis implícita en los autos del reconocimiento de la fijeza laboral de los trabajadores interinos, ya que la pregunta tendría razón de ser, afirma el TJUE a partir de los datos contenidos en el auto de remisión y de las observaciones formuladas por el Gobierno español, si la Administración Pública autonómica madrileña tuviera que verse obligada a revisar una resolución firme de nombramiento o cese «en caso de transformación de los sucesivos nombramientos del Sr. [...] en un nombramiento como miembro del personal estatutario fijo, con el fin de sancionar la utilización abusiva, por parte de dicho empleador público, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada». Pero ello no concurre en absoluto en este supuesto, ya que «de la información facilitada por el juzgado remitente se desprende con claridad que tal transformación está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo». ¿Una pregunta mal planteada y con efectos negativos para las tesis de las recurrentes? No es hipotético aventurar una respuesta en tal sentido, o al menos así me lo parece.

4. Análisis de las conclusiones del asunto C-177/18

Son objeto de examen a continuación las conclusiones hechas públicas por el abogado general del TJUE el 17 de octubre de 2019, en el asunto C-177/18, en un asunto que versa, una vez más, sobre la problemática del trabajo de duración determinada en España y el debate sobre el derecho de un trabajador interino a percibir una indemnización a la finalización de su contrato. La cuestión prejudicial se planteó por auto de 16 de febrero de 2018, del JCA, de Madrid,

A) El litigio encuentra su origen en sede judicial cuando la persona afectada presenta una demanda contra la denegación de su petición, en sede administrativa, de abono de indemnización por finalización de sus servicios. Estamos en presencia de una trabajadora que fue nombrada funcionaria interina del Ayuntamiento de Madrid el 24 de noviembre de 2005, con la categoría de oficial de jardinería, al objeto de cubrir una plaza vacante hasta su ocupación por un funcionario de carrera con derecho a reserva del puesto de trabajo, si bien en el nombramiento también se hacía constar que la extinción de la relación temporal podría igualmente producirse «cuando la Administración considerara que hubieran dejado de existir las razones de urgencia que motivaron la cobertura interina». Siete años y medio más tarde, el 15 de abril de 2013, se comunicó a la trabajadora su cese, como consecuencia de la ocupación de la plaza por un funcionario de carrera.

Siempre según los datos disponibles, deberemos esperar casi cuatro años, hasta el 20 de febrero de 2017 (supongo que la fecha no es casual y guarda relación con las sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016 por el TJUE y el reconocimiento del derecho a indemnización para los trabajadores interinos a la finalización de su relación con la Administración y en idénticas condiciones que los trabajadores con contrato indefinido) para saber que la trabajadora solicitó al Ayuntamiento de Madrid el abono de una indemnización de 20 días por año de servicio, es decir aquella que percibe un trabajador con contrato indefinido que ve extinguido su contrato por causas objetivas al amparo de los arts. 52 y 53 LET. Conocemos también que el fundamento de su petición eran las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco, los arts. 20 y 21.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), y el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

La corporación municipal desestimó la petición formulada, con alegación de que el nombramiento interino se había debido en su momento a una situación de urgente e inaplazable necesidad de cobertura de la plaza, y que una vez cubierta por funcionario de carrera debía procederse al cese de la trabajadora interina. Más importante a efectos jurídicos fue, así me lo parece, el argumento de la inexistencia de comparación posible entre un funcionario interino y otro de carrera respecto a la indemnización por finalización de sus servicios, y por consiguiente inexistencia de dis-

crimación alguna, por cuanto no está prevista ninguna indemnización para el funcionario de carrera a la finalización de su vínculo funcional con la Administración.

B) En las conclusiones del abogado general se reproducen ampliamente las argumentaciones del juzgador nacional para elevar la cuestión prejudicial (apdos. 28 a 35). Así, tenemos conocimiento de que durante la prestación de sus servicios, la funcionaria interina prestó su actividad en el mismo puesto de trabajo, y que sus funciones eran idénticas a las de los funcionarios de carrera pertenecientes a la misma categoría profesional. Según el juzgador «[...] el Ayuntamiento de Madrid no aportó prueba de que, durante dicho período, se organizara una convocatoria para la provisión de puestos de trabajo o se aprobara una oferta pública de empleo», y de los datos disponibles se desconocía si la plaza que ocupaba la interesada había sido cubierta por medio de promoción interna, concurso, oposición u otro proceso de selección. Más relevante a efectos jurídicos me parece el argumento del juzgador de que la corporación local no había acreditado la «inaplazable necesidad» de nombrar a la funcionaria interina en la plaza ocupada, a la par que también se desconocía la razón por la que estaba vacante la plaza.

Reconoce el juzgador que no hay indemnización por finalización de servicio de un funcionario de carrera, y de ahí que no sería de aplicación la cláusula 4 (principio de no discriminación) del Acuerdo Marco, y que tampoco sería comparable la situación de la funcionaria interina con la de una trabajadora laboral temporal que sí perciba, hipotéticamente, una indemnización, ya que la comparación entre dos situaciones de temporalidad está excluida del ámbito de aplicación de aquel.

Sin embargo, el juzgador tiene dudas de la adecuación de la normativa española a la comunitaria, y se pregunta si la funcionaria interina tendría derecho a la indemnización «por analogía con el personal laboral temporal o por aplicación vertical directa del Derecho primario de la Unión»¹⁵.

C) Encontramos en el auto argumentos que coinciden sustancialmente con los expuestos en otros litigios que también están pendientes de resolución ante el TJUE a la fecha de cierre de este trabajo, y de los que ya ha conocido el TS, tanto la Sala de lo C-A como la de lo Social, y que no avalan precisamente la tesis del juzgador de instancia: desnaturalización de la condición de funcionario interino, ya que las necesidades no eran temporales o transitorias, sino permanentes, con incumplimiento de los plazos previstos tanto en el art. 10 como en el art. 70.1 EBEP, y vulneración de la normativa reguladora de los procedimientos de selec-

15. En apoyo de la segunda tesis, cita la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2016 (asunto C-441/14), en la que, recordando doctrina sentada en el asunto C-555/07, la Gran Sala manifiesta que si la norma nacional fuera efectivamente contraria a una interpretación acorde a la regulación comunitaria, los tribunales nacionales deberán dejar, en un caso como este en el que se debate sobre la aplicación del principio general de no discriminación por razón de edad, «[...] sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio», por lo que si el TS danés considera que ello ocurre en el caso litigioso deberá dejar la norma nacional sin aplicar».

ción de funcionarios de la Administración Local respecto a la obligación de que las plazas ocupadas por funcionarios interinos se incluyan necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo.

Por consiguiente, los incumplimientos normativos de la Administración y la imposibilidad de aplicar la normativa laboral a los funcionarios interinos con respecto a la indemnización por fin de contrato llevan al juzgador a entender que la normativa española no permite alcanzar los objetivos perseguidos por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, y que tampoco la estabilidad en el empleo, más exactamente la fijeza en el empleo público, se conseguiría por la vía del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo, por cuanto el puesto de trabajo ocupado puede ser amortizado, o salir a concurso y ser ganado por otro concursante (suponiendo que el funcionario interino hubiera concursado).

En perfecta sintonía con las tesis sostenidas en los autos que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales C-103/18 y C-429/18, analizadas en el apartado anterior, la juzgadora remitente, tal como puede leerse en el apdo. 35, «considera que la sanción que consiste en transformar la relación de servicio de duración determinada en una relación de servicio estable es la única que permite cumplir con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70. Sin embargo, a su juicio, esta Directiva no se ha transpuesto en Derecho español en lo que atañe al sector público. De este modo, se pregunta si, sobre la base de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, puede abonarse una indemnización en concepto de sanción».

Toda la anterior argumentación, que tiene como punto de referencia básico, a mi parecer, que la única forma de garantizar el cumplimiento de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sería que el trabajador interino pasara a adquirir firmeza en su relación con la Administración empleadora, le lleva a formular tres preguntas en la cuestión prejudicial, que son las siguientes:

1) ¿Es correcta la interpretación que se hace de la cláusula 4.^a del Acuerdo Marco, al entender que una situación como la que se describe, en la que el funcionario interino realiza el mismo trabajo que el funcionario de carrera (funcionario de carrera que no goza de derecho de indemnización porque la situación de la que traería causa no existe en su régimen jurídico), no es encuadrable en la situación que en la misma se describe?

2) ¿Es conforme con el Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] la interpretación que se hace para así conseguir sus objetivos, al tratarse el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación de un principio general de la UE concretado en una Directiva (arts. 20 y 21 CDFUE), art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y considerarse derechos sociales fundamentales, art. 151 y 153 TFUE, que el derecho a la indemnización del funcionario interino puede alcanzarse, ya sea desde la comparación [con el] trabajador laboral temporal, ya que su condición (funcionarial o laboral) solo depende del empleador público o bien mediante la aplicación directa vertical predicable [del] Derecho originario Europeo?

3) Atendiendo, en su caso, a la existencia de abuso en la contratación temporal, dirigida a satisfacer necesidades permanentes, sin que exista causa objetiva, contratación ajena a la urgente y perentoria necesidad que la justifica, sin que exista sanción o límites efectivos en nuestro Derecho nacional, ¿sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva [1999/70], como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no dé fijeza al trabajador, una indemnización, equiparable a la de despido improcedente, indemnización como sanción adecuada, proporcional, eficaz y disuasoria?

D) Al inicio de sus conclusiones, el abogado general plantea una cuestión formal previa, cual es la admisibilidad de la tercera cuestión prejudicial, ya que, a juicio del Gobierno español, el nombramiento de duración determinada, como el que es objeto de controversia en el litigio analizado, no estaría incluido dentro del ámbito de aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Tras recordar la consolidada doctrina del TJUE de que existe una presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales que se plantean, y que sería desvirtuada cuando estemos en presencia de una cuestión meramente hipotética, el abogado general considera que tal ocurre en el presente supuesto, dado que estamos en presencia de un único contrato, mientras que la cláusula 5 se refiere al uso abusivo de «sucesivos contratos». A diferencia de las conclusiones formuladas ese mismo 17 de octubre de 2019 por la abogada general en los asuntos antes citados, ahora se sigue la vía formal, por cuanto solo hay un nombramiento de más de siete años de duración y durante el que la trabajadora ocupó el mismo puesto de trabajo y desempeñó las mismas funciones¹⁶.

E) Quedan, pues, por analizar dos cuestiones, si bien la reformulación de la primera pregunta que efectúa el abogado general llevará a que no considere necesario responder a la segunda.

Me explico; recordemos que la primera cuestión prejudicial se plantea si es correcta la interpretación que se hace de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, al entender que una situación como la que se describe, en la que el personal funcionario interino realiza el mismo trabajo que el funcionario de carrera (que no goza de derecho de indemnización porque la situación de la que traería causa no existe en su régimen jurídico), no es encuadrable en la situación que en la misma se describe. Pues bien, la reformulación pasa, en primer lugar, por la interpretación de aque-

16. Cabe recordar que, en las conclusiones de los asuntos C-103/18 y C-429/18, la abogada general defendió que la cláusula 5 del Acuerdo Marco «también debe aplicarse al mantenimiento de un único nombramiento o relación de servicio temporal cuando su continuación por tiempo indefinido se debe a que no se han cumplido las exigencias legales relativas a la cobertura de plazas vacantes», y que en un mix de aplicación de la normativa comunitaria y nacional, y criticando que no se cumplan o garantice «la debida organización de procesos de selección dentro de unos plazos vinculantes» (me parece, dicho sea ahora incidentalmente, que las tesis del TS sobre la interpretación del art. 70.1 EBEP difieren del planteamiento del abogado general) remite al órgano jurisdiccional nacional para que averigüe y dictamine «[...] mediante una interpretación conforme de las normas nacionales pertinentes, [...] si debe considerarse que existen nombramientos o relaciones de servicio sucesivos desde el momento en que vence el plazo establecido por el Derecho nacional para la convocatoria o para la amortización de la plaza de que se trate».

llo que realmente pregunta el juzgador, que no es otra cosa, a juicio del abogado general, que si la situación contemplada en el litigio, es decir la extinción de una relación de funcionaria interina sin derecho a indemnización constituye una discriminación prohibida por la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco.

La reformulación, completa, a mi parecer, por cuanto sitúa el debate en la relación entre personal trabajador temporal y fijo (no con personal funcionario de carrera), se efectúa a partir de los datos obtenidos de ambas partes con ocasión de la celebración de la vista pública y de las observaciones escritas de la Comisión. Existe un «trabajador fijo comparable», un «contratado laboral fijo», ocupando un puesto de trabajo equivalente al que ocupaba la funcionaria interina cesada, siendo idénticas las funciones y condiciones de trabajo. Según se refiere en el apdo. 52, la trabajadora cesada y el Ayuntamiento de Madrid «indicaron igualmente que esta plaza de personal laboral fijo en el Ayuntamiento de Madrid ha sido ocupada por la misma persona desde el 12 de noviembre de 1991. A este respecto, también se confirmó en la vista que, con arreglo a la normativa española, dicha plaza de personal laboral fijo no es una plaza de funcionario».

Los datos obtenidos llevan a la reformulación de la primera pregunta en los siguientes términos: «si la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores que prestan servicios mediante nombramientos de duración determinada para cubrir una plaza vacante hasta que se provea con un funcionario de carrera al vencer el término por el que se hayan realizado, como el nombramiento de funcionaria interina controvertido en el asunto principal, mientras que se concede una indemnización a los trabajadores que prestan servicios como personal laboral fijo debido a la extinción de su contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva».

Para responder a la pregunta, se analizará la aplicación del Acuerdo Marco a la situación laboral de la trabajadora en cuestión; si la diferencia de trato, es decir la no percepción de indemnización, está comprendida dentro del concepto de condiciones de trabajo; y, por fin, si a la trabajadora interina se la ha tratado de manera menos favorable que a un trabajador fijo comparable, y si tal fuera el caso, deberá examinarse la existencia de razones objetivas que pudieran justificarla.

Las consideraciones que se formulan sobre la aplicabilidad del Acuerdo Marco son un amplio recordatorio de la consolidada jurisprudencia del TJUE sobre su ámbito de aplicación («todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el ámbito de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empresario»), y la definición de trabajador con contrato de duración determinada, que engloba a todos los trabajadores, «sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan». Por consiguiente, no suscita duda alguna que la funcionaria interina cesada entra dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco.

Tampoco se suscitarán dudas, dada la amplia jurisprudencia del TJUE al respecto, sobre la inclusión de la indemnización por cese contractual en el concepto de condiciones de trabajo incluido en la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. Se acude a la doctrina sentada en las sentencias de 13 de marzo de 2014, asunto C-38/13, y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, caso Ana de Diego Porras I, para recordar que el TJUE ha precisado que «una interpretación de la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo Marco que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada de la definición de este concepto, equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada contra las discriminaciones».

El siguiente paso es determinar si la funcionaria interina ha recibido un trato menos favorable que un trabajador fijo comparable, y recalco que, en virtud de la reformulación efectuada de la primera pregunta, no hay punto de comparación con un funcionario de carrera, sino con un trabajador laboral fijo, rechazándose las alegaciones del Gobierno español de la necesidad de comparar situaciones «funcionariales», entre trabajadores «de la misma condición jurídica», por lo que la comparación no podría efectuarse entre la relación de una funcionaria interina, regulada por el Derecho Administrativo y un trabajador laboral fijo, cuya regulación se realiza por el Derecho del Trabajo.

El rechazo se debe a haberse acreditado la existencia de la prestación de servicios por un trabajador contratado laboral fijo comparable, y siempre «a reserva de las comprobaciones posteriores que debe efectuar el juzgado remitente». La comparación debe efectuarse, pues, con ese trabajador laboral comparable, por lo que deberá ser el juzgador nacional el que valore si las condiciones en que prestó sus servicios la funcionaria interina eran «comparables» a las del trabajador fijo que prestó servicios en el Ayuntamiento durante el mismo período de tiempo. Ahora bien, en esta ocasión, las conclusiones le dan, a expensas obviamente de lo que decida el TJUE, la respuesta ya al juzgador, porque quedó claro en la vista pública que las condiciones de trabajo eran idénticas, siendo el único factor de diferencia el carácter temporal o indefinido de la relación.

La diferencia en el percibo, o más exactamente la no percepción, de la indemnización es clara, ya que el personal que presta sus servicios para la Administración como funcionario interino no la percibe a la finalización de su relación, mientras que el trabajador fijo comparable sí la percibe cuando se produce la extinción de su vínculo contractual por causas objetivas. Debemos preguntarnos entonces si esa desigualdad es conforme a derecho por existir una causa o razón objetiva, y ya adelante que la respuesta será afirmativa.

Procede nuevamente el abogado general a un amplio recordatorio de la jurisprudencia del TJUE sobre las razones que pueden justificar la desigualdad de trato, subrayando, con apoyo en numerosas sentencias que resolvieron cuestiones

prejudiciales planteadas por juzgados y tribunales españoles, que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo Marco, «debe entenderse en el sentido de que no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que tal diferencia esté prevista en la normativa nacional», no siendo pues una razón objetiva la mera naturaleza temporal del nombramiento, ya que admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral bastará para justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos «privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco y, en lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo Marco, el recurso a tal criterio equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada».

E, inmediatamente, a continuación, y casi sin explicación alguna, aunque es cierto que ya hay jurisprudencia del TJUE al respecto, el abogado general considera justificada la diferencia de trato por la inexistencia de «previsión de fijeza» por el contratado laboral o funcionario interino, que sabe, aun cuando en el caso de los segundos puede encontrarse en situación de interinidad durante muchos años, que su relación de servicios tiene un plazo o un motivo que podrán dar lugar a su finalización. Volvemos, pues, a la doctrina sentada en los casos Lucía Montero Mateos, Grupo Norte Facility y Ana de Diego Porras, aun cuando observo idas y vueltas en la argumentación del abogado general que pueden inducir a confusión, ya que, por una parte, se establece la comparación entre personal interino y personal contratado laboral fijo, mientras que, por otra, se recuerda que el cese de la trabajadora interina se debió a que su plaza fue ocupada por un funcionario de carrera. En fin, la claridad de la decisión que propone el abogado general al TJUE es manifiesta en el apdo. 85, que por su importancia reproduzco textualmente:

En lo que atañe a las consideraciones relativas a la previsibilidad del cese de la Sra. Baldonado Martín, debe recordarse que de las recientes sentencias Montero Mateos, Grupo Norte Facility y De Diego Porras resulta que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el art. 53, apdo. 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

El abogado general realiza a continuación una amplia síntesis de la doctrina de dichas sentencias, para concluir, con respecto al caso enjuiciado que «[...] una vez que el puesto que ocupaba como funcionaria interina la Sra. [...] fue provisto mediante el nombramiento de un funcionario de carrera, esta fue cesada

debido a la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento. De este modo, habida cuenta de la jurisprudencia recordada en los puntos 85 a 87, la diferencia de trato entre los funcionarios interinos, como la Sra. [...] y el personal laboral fijo me parece justificada», por lo que la normativa comunitaria no se opone a la normativa nacional que no prevé abono de indemnización alguna en caso de cese de personal interino y sí lo reconoce para la extinción de un contrato de un trabajador laboral fijo. Sin duda, las sentencias del TJUE de 5 de junio y 21 de noviembre de 2018 serán de las más importantes en la historia de las relaciones de trabajo en España, y desde luego no merecerán precisamente las sonrisas del muy numeroso grupo de trabajadores temporales en las distintas Administraciones Públicas.

F) En fin, respecto a los argumentos del Gobierno español, las restricciones presupuestarias derivadas de la crisis económica «para justificar la “flexibilidad y adaptabilidad” que caracteriza el recurso a nombramientos de duración determinada por parte de la Administración Pública», el abogado general los rechaza, al reiterar la jurisprudencia consolidada del TJUE que aunque tal situación puede fundamentar las opciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que desea adoptar, «no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por dicha política y, por lo tanto, no pueden justificar una discriminación».

5. Límites al derecho a indemnización de los empleados públicos temporales a la finalización de sus servicios. Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18)

Es objeto ahora de comentario la sentencia dictada por el TJUE el 22 de enero de 2020 (asunto C-177/18), habiendo sido examinadas con todo detalle las conclusiones presentadas por el abogado general el 17 de octubre de 2019 en el apartado anterior, en el que también he referenciado las preguntas formuladas por el auto del JCA. Comprobaremos más adelante que la sentencia sigue la misma línea iniciada por las sentencias de 5 de junio de 2018, asuntos C-677/16 y C-574/16.

Al responder a la primera pregunta formulada por el JCA, el TJUE recuerda cuál es su doctrina ya consolidada sobre la interpretación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, y se remite en concreto a su sentencia de 5 de junio de 2018 (asunto C-677/16), cual es «aplicar el principio de no discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada, con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida».

Más adelante expone, siguiendo también su consolidada jurisprudencia al respecto, que quien presta sus servicios como funcionaria interina está incluida, ex cláusula 3.1, en el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», y que la indemnización por finalización de contrato, reclamada por la demandante en instancia, se incluye en el concepto de «condiciones de trabajo» ex cláusula 4.1.

¿Existe diferencia de trato entre el funcionario interino y el de carrera cuando se extingue su relación de servicios? No, porque en ningún caso se percibe la indemnización que reclama la demandante, por lo que el TS sienta ya una primera conclusión, cual es que la cláusula 4.1 no se opone a una normativa como la española que no prevé indemnización alguna cuando la relación funcional se extingue de forma «ordinaria», ya se trate de personal interino o de carrera.

Ahora bien, sentada esta regla general, la Sala se plantea si puede haber una diferencia de trato no justificada entre el supuesto ahora debatido y el de una extinción de un contrato de trabajo indefinido por causas objetivas, al amparo del art. 52, y lo hace tanto porque así se infiere del auto del JCA como porque en el trámite de las preguntas formuladas en la vista oral el TJUE dedujo (véase apdo. 39) que la plaza que ocupaba la interesada cuando prestaba servicios para el Ayuntamiento de Madrid como funcionaria interina «también podía ser ocupada por personal laboral fijo, y que un trabajador fijo prestaba servicios en dicho Ayuntamiento en un puesto idéntico durante el mismo período».

Remite la Sala al órgano jurisdiccional remitente, con cita del auto de 12 de junio de 2019 (asunto C-367/18), a que compruebe tales datos y determine, en su caso, «si los funcionarios interinos, como la interesada, se encuentran en una situación comparable a la del personal laboral fijo contratado por el Ayuntamiento de Madrid durante el mismo período de tiempo», pero inmediatamente marca las «reglas del juego» respecto a esa hipotética comparación, reiterando una vez más la doctrina sentada desde las sentencias de 5 de junio de 2018, asuntos C-574/16 y C-677/16, seguida después por el llamado caso Ana de Diego Porras II, la sentencia de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17), y subrayando que debemos estar en presencia de dos situaciones «comparables», entre una relación temporal y otra indefinida, para poder determinar si es aplicable la cláusula 4.1; o dicho con las propias palabras de la sentencia, «es necesario comprobar si existe una razón objetiva por la que la finalización de la relación de servicio de los funcionarios interinos no deba dar lugar al abono de indemnización alguna, mientras que los trabajadores fijos perciben una indemnización cuando son despedidos por alguna de las causas previstas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores».

Sí existe para el TJUE dicha razón objetiva desde las citadas sentencias de 5 de junio que modificaron la doctrina fijada en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14), conocida como caso Ana de Diego Porras I, cual es que el objeto específico de la indemnización regulada en el art. 53.1 a) LET «al igual que el contexto particular en el que se abona, constituyen una razón objetiva que

justifica una diferencia de trato como la mencionada en el apartado anterior», dado que la finalización de una relación laboral de duración determinada «se produce en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista tanto fáctico como jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el art. 52 LET». La llamada «cláusula de conocimiento de no fijeza» de la relación, contractual o funcionarial existente, es la que lleva a la diferenciación jurídica entre la extinción de una de duración determinada y otra con carácter indefinido.

Ya marcadas claramente las reglas del juego, el TJUE parece darle nuevamente cancha al juzgador de instancia, ya que puede realizar «las comprobaciones oportunas», pero se la corta inmediatamente, ya que partiendo de los datos fácticos, cuales son que la demandante finalizó su relación de servicios «al producirse el acontecimiento previsto a estos efectos, a saber, que la plaza que ocupaba temporalmente pasó a ser ocupada de forma permanente mediante el nombramiento de un funcionario de carrera», concluye, en segunda respuesta, que reitera y confirma la primera, que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que prevé el pago de una indemnización al personal laboral fijo cuando se extingue el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva».

Pasa a continuación el TJUE a examinar la segunda cuestión planteada, en concreto la posible entrada en juego de dos preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 151 y 153, dos de la CDFUE, arts. 20 y 21, y nuevamente el apdo. 4.1 del Acuerdo Marco, ya que podrían interpretarse, tal es el parecer del JCA y ahora lo pregunta al TJUE, en el sentido de oponerse a una normativa como la española que no prevé indemnización alguna cuando cesa un funcionario interino, ya que no la prevé el EBEP, mientras que sí la prevé la LET cuando se extingue un contrato de duración determinada de obra o servicio, o por necesidades de la producción.

Recordatorio obligado, en primer lugar, por parte del TJUE: la cláusula 4.1 se refiere a diferencias de trato entre trabajadores con contratos temporales y otros con contratos indefinidos. No incluye las diferencias de trato que puedan darse entre dos supuestos de prestación de servicios de duración determinada, como son una relación funcionarial interina y una contratación laboral de duración determinada, pero no en el ámbito público por razón de la duración de la relación de servicio, sino, trayendo a colación la doctrina reflejada en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto 16/15), por basarse dicha diferencia de trato en la naturaleza, funcionarial o laboral, de cada relación. Es decir, la cláusula 4.1 no se opone a la existencia de un marco normativo como el antes descrito.

Rechazará la Sala la interpretación propuesta por el JCA de los artículos citados del TFUE, dado que solo fijan objetivos y medidas generales de política social de la

Unión, y de la CDFUE tras un amplio recordatorio de su ámbito de aplicación, que presupone «la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional de que se trate de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra».

Enfrentadas las tesis de la parte demandante, que alega que el art. 49.1 c) LET tiene por finalidad aplicar la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, y rechazada de plano esta tesis por el Gobierno español, el TJUE acudirá a su sentencia de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17, caso Ana de Diego Porras II), para recordarnos que la indemnización de 12 días regulada en ese precepto no está incluida en ese precepto, por no permitir alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula, cual es «la prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», por cuanto esta indemnización se concede tanto en supuestos de contratación conforme a derecho o, cuando no lo sea (y siempre que finalice sin que se impugne el cese ante la jurisdicción social, en cuyo caso la indemnización sería la del despido improcedente si la sentencia declarara su improcedencia), por lo que no entra dentro de las medidas que podrían calificarse de «eficaces y disuasorias» para garantizar «una medida suficientemente eficaz y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas de conformidad con el Acuerdo Marco (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, caso Ana de Diego Porras II).

En definitiva, no hay interpretación posible del art. 49.1 c) LET como medida de aplicación de la cláusula 5.1, y por tanto, tampoco puede entrar en juego la CDFUE por no tratarse de una «aplicación del Derecho de la Unión». Por consiguiente, y descartada la aplicación de la CDFUE, el TJUE fallará declarando que tanto los arts. 151 y 153 TFUE como la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco «no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización al finalizar el contrato de trabajo».

Finalmente, la Sala procede a examinar la tercera cuestión, que declarará inadmisibles, y por tanto, no entrará a conocer de ella, por llegar a la conclusión de que es meramente hipotética. Probablemente la cuestión planteada fuera la que más interés había levantado en punto a dar una respuesta eficaz y adecuada a actuaciones contrarias a derecho por parte de la Administración en materia de contratación de duración determinada o de relación funcional interina, ya que planteaba si sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70, «como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no dé fijeza al trabajador, una indemnización, equiparable a la de despido improcedente, indemnización como sanción adecuada, proporcional, eficaz y disuasoria?».

El TJUE acogerá, pues, la tesis del Gobierno español de considerar inadmisibles esta cuestión, por cuanto en el litigio en juego no podría aplicarse la cláusula 5.1,

dado que solo existió una relación y no se produjo ningún abuso, ya que esta finalizó cuando se cubrió la plaza por un funcionario de carrera. La Sala parte de los datos fácticos del caso, aportados, no se olvide, por el auto, y también de las observaciones expuesta en la vista oral, y del primero concluye que el juzgado remitente no ha proporcionado «ningún indicio que permita considerar que la (demandante) haya trabajado para el Ayuntamiento de Madrid en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada».

No parece, pues, que los datos aportados en el auto y las tesis defendidas en este hayan contribuido al éxito de la pretensión, sino más bien todo lo contrario, ya que solo ha habido una prestación de servicios en la misma plaza «de forma constante y continuada», primera y única, que ha vinculado a la parte empresarial y trabajadora, sin que en este caso se haya discutido el impacto de una duración «inusualmente larga» de la interinidad y sus posibles efectos.

III. Interinos sin indemnización. Del TJUE al TS. Del 14 de septiembre de 2016 al 13 de marzo de 2019¹⁷

1. Introducción

El jueves 28 de marzo era conocida la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del TS el 13 de marzo de 2019.

La resolución judicial estima el RCUd interpuesto por la abogacía del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 5 de octubre de 2016, cesa y anula esta, y mantiene «la desestimación íntegra de la demanda en los mismos términos de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid de fecha 10 de septiembre de 2013».

La sentencia cuenta con un voto particular discrepante, que plantea, en primer lugar, que la Sala pudiera haber entrado en el examen de la existencia de un contrato temporal de sustitución que, «por su duración inusualmente larga y habida cuenta de la imprevisibilidad de su duración, debería haberse recalificado como contrato fijo», y de manera subsidiaria se hubiera podido fijar una indemnización semejante a la de los restantes contratos temporales que la tienen legalmente reconocida, «al no existir razones objetivas para su exclusión».

Desde el momento en que se conoció la sentencia, hubo una muy amplia difusión de su contenido más destacado, la no indemnización para la trabajadora interina demandante, en los medios de comunicación, enfatizándose en casi todo ellos que el TS «pone fin», «finaliza», «dar por finalizado», «zanja», «da por zanjado» el conflicto del que ha conocido y que encuentra su razón de ser en la comunicación de la extinción del contrato de la trabajadora interina el 30 de septiembre de 2012, interponiéndose posteriormente la correspondiente demanda ante los JS de Madrid.

17. Para el seguimiento de (casi) todas las sentencias dictadas por el TJUE, TS, TSJ, JS y JCA que guardan relación con la temática objeto de mi estudio, remito al extraordinario trabajo de recopilación efectuado por el profesor Ignasi BELTRAN DE HEREDIA en las entradas de su blog (permanente y actualizadas) <https://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/> y <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/> (consultado: 24 de octubre de 2019).

En su momento, respondiendo a la petición de algún medio de comunicación, atento a las redes sociales en las que había manifestado mi prudencia jurídica sobre tales manifestaciones, cual era mi criterio al respecto, expuse que la sentencia da respuesta a un caso concreto, previsible por el fallo de la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17), el de una persona contratada interina para sustituir a otra trabajadora con reserva de puesto de trabajo, y que no ha abordado las restantes situaciones en que puede encontrarse un interino (por ejemplo, por ocupar una plaza vacante y cuya provisión se alarga, por utilizar terminología del TJUE, «de forma inusualmente larga») ni tampoco ha entrado en el conocimiento (y de ahí el voto particular discrepante) de qué ocurriría si el conflicto jurídico no versara sobre la indemnización sino sobre la situación contractual (reivindicándose en la demanda el carácter indefinido fijo) de la relación laboral, funcional o estatutaria existente.

La saga Ana de Diego Porras ha merecido mi atención desde la primera sentencia del TJUE el 14 de septiembre de 2016, y compruebo, al efectuar un repaso de todo lo escrito en mi blog, y en artículos publicados en revistas especializadas (*Revista Jurídica de Cataluña*, *Revista de Relaciones Laborales*), y en mi blog, que he dedicado mucha atención a esta temática, apoyándome obviamente en las numerosas sentencias dictadas tanto por el TJUE como por los juzgados y tribunales españoles (tanto del orden jurisdiccional social como del contencioso-administrativo), y en la muy abundante aportación de la doctrina laboralista española. Me propongo ahora «repasar» el caso finalmente resuelto, con todos los matices antes apuntados, por el TS desde su origen, es decir desde la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016.

2. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)

Me detengo en el examen de la sentencia dictada por la Sala Décima del TJUE en el asunto C-596/14, en el que se da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, mediante auto de 9 de diciembre de 2014, con ocasión del conflicto planteado por una trabajadora que prestaba sus servicios como interina desde febrero de 2003 en el Ministerio de Defensa, a la que fue comunicada la extinción de su vínculo contractual con efectos de 30 de septiembre de 2012, al producirse la reincorporación de la persona titular del puesto de trabajo que ocupaba la trabajadora interina y que se encontraba en situación de excedencia con reserva de puesto de trabajo por desempeñar un cargo de representante sindical.

¿Es tan importante la sentencia? Sí, es importante, ciertamente, pero su interpretación no es en modo alguno unívoca, y de ahí que no resulte extraño que en

el debate jurídico se propusieran interpretaciones diversas de qué impacto tiene en el marco normativo laboral español.

Mi comentario se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, examinaré el caso litigioso, es decir cuál es el motivo que lleva a la Sra. De Diego Porras a presentar una demanda ante el JS; en segundo lugar, me detendré en cuál es la normativa europea e interna española que el TJUE toma en consideración para resolver el litigio; por último, expondré mi parecer sobre la fundamentación jurídica de la sentencia, su impacto e importancia, no solo para el caso concreto, sino para todos los trabajadores con contratos de duración determinada, y la necesidad, ya lo adelantó, de operar modificaciones normativas para proteger y reforzar sus derechos.

Pasemos, pues, al estudio del caso, a partir de los datos disponibles en la sentencia. La relación contractual laboral entre la trabajadora y el Ministerio de Defensa (estamos, en consecuencia, en el ámbito público) se inicia en febrero de 2003, y se nos informa de que formalizó varios contratos de interinidad hasta el 17 de agosto de 2005, fecha en la que formalizó el que mantendría su vigencia hasta el 30 de septiembre de 2012, encontrando su fundamento jurídico en la sustitución de una trabajadora fija de plantilla que se encontraba en situación de excedencia, con reserva de puesto de trabajo, por ocupación de cargo de representante sindical.

La extinción de la reserva de puesto de trabajo, que conllevó el cese de la trabajadora interina, se produjo con arreglo a lo dispuesto en el RDL 20/2012, de 13 de julio.

La trabajadora interina, que me atrevería a calificar como «interina permanente», estuvo en dicha situación contractual laboral, al amparo de diferentes contratos suscritos con el Ministerio de Defensa, nueve años y medio.

Es fácil comprender que la trabajadora interina estuviera insatisfecha con la decisión empresarial, después de la prestación ininterrumpida de sus servicios durante nueve años y medio, que además no implicaba abono alguno de indemnización, ya que aquella prevista para algunos contratos de duración, determinada en el art. 49.1 c) LET, no incluye los contratos de interinidad. En efecto, presentó demanda ante el JS en la que impugnaba (véase apdo. 18 de la sentencia TJUE), «tanto la legalidad de su contrato como las condiciones de finalización de este». Con mayor precisión jurídico-laboral, supongo que la demandante planteó que su contrato había devenido indefinido y que, por ello, la extinción no era ajustada a derecho y se trataba de un despido que debía ser declarado improcedente con los efectos pertinentes.

La demanda no mereció respuesta positiva, ya que el juzgador entendió que se había respetado la normativa vigente por su empleador, por lo que la trabajadora siguió su periplo judicial y presentó recurso de suplicación, pudiendo conocer por la sentencia del TJUE que la contratación interina se había celebrado, a su parecer, o se había convertido en un momento determinado de la relación contractual por in-

cumplimiento de algunos de los requisitos requeridos para que un contrato de interinidad fuera conforme a derecho, en fraude de ley, y que, por ello, se había convertido en indefinida (recordemos que el art. 15.3 LET dispone que «Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley», y que la misma presunción se contiene en el art. 9.3 RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 LET en materia de contratos de duración determinada).

Es claro, a partir de los datos disponibles en la sentencia del TJUE (apdo. 20), que el tribunal español no cuestiona que las contrataciones efectuadas por el Ministerio de Defensa hayan incumplido la normativa vigente, y que es del parecer de que se han ajustado a ella (art. 15.1 c LET y art. 4 RD 2720/1998), y que la finalización del último contrato de interinidad por la reincorporación a su puesto de trabajo del cargo sindical en excedencia está basada «en una razón objetiva». Recordemos que la normativa aplicable a los contratos de interinidad dispone que su duración «será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo».

Es a partir de aquí donde empieza a cuestionarse el TSJ que la extinción de la trabajadora, tal como se ha llevado a cabo, es decir sin indemnización alguna porque así está previsto en el marco normativo vigente, sea conforme a derecho, o dicho de otra forma, si la trabajadora «tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización del contrato». El tribunal constata la diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales respecto a la indemnización a percibir a la finalización del contrato si existe una causa o razón objetiva para ello, y «diferencia la diferencia» en dos grupos: en primer lugar, entre trabajadores con contratos indefinidos (20 días por año de servicio) y trabajadores temporales con contrato para obra o servicio determinado o por necesidades de la producción (12 días en la actualidad); en segundo término, entre los trabajadores indefinidos (20 días por año de servicio) y los trabajadores interinos (0 días), en cuanto que a dicho contrato de duración determinada «no (se le) reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa».

No encuentra el TSJ causa o razón objetiva que permita justificar tal diferencia de trato, o para ser más exactos, con las dos diferencias de trato apuntadas, y es del parecer que ello pudiera implicar la no conformidad de la normativa interna española con la normativa comunitaria, en concreto, con la cláusula 4 del Acuerdo Marco suscrito en 1999 por las organizaciones sindicales y empresariales europeas sobre el trabajo de duración determinada e incorporado al marco normativo comunitario por la Directiva 1999/70/CE.

¿Qué es exactamente lo que dice dicha cláusula, y más exactamente, su apdo. 1? «Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones

objetivas». Conviene completar la referencia con el apdo. 3 de la misma cláusula 4, en el que se dispone que «Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales».

Antes las dudas suscitadas para el TSJ por la normativa de aplicación al litigio, en concreto en lo relativo al no abono de una indemnización por finalización del contrato (sobre cuya validez jurídica no hay manifestación alguna de contrario), este plantea cuatro cuestiones prejudiciales al TJUE. Antes de referirme a ellas, no está de más recordar que serán estas cuestiones, es decir su contenido y cómo han sido planteadas, las que deben merecer respuesta del TJUE, que no entrará en otras cuestiones litigiosas que hubieran podido suscitarse y que no lo han sido (se me ocurre, por ejemplo, la conformidad a la normativa comunitaria de una normativa interna que permite tener a una persona trabajadora en situación de «interinidad indefinida»). Recordemos aquí que el art. 267 TFUE dispone que será competente «para pronunciarse, con carácter prejudicial: [...] sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión».

A) ¿Cuáles son las cuestiones prejudiciales planteadas? Las que se enuncian a continuación, con la manifestación previa por mi parte de que, aun cuando el litigio afecta a una trabajadora interina, es decir con una modalidad contractual de duración determinada que no se cuestiona en su validez, pero sí en los efectos que produce, o mejor dicho, no produce, su finalización, las tres primeras cuestiones van referidas a la contratación de duración determinada en general y sus diferencias con la contratación indefinida, mientras que solo la cuarta se refiere a las diferencias existentes en el seno de la propia contratación determinada, es decir entre aquellas modalidades que sí tienen prevista una indemnización por extinción contractual y las que, como en el caso de los interinos, no la tienen, en el bien entendido, ciertamente de que el TSJ plantea la posible discriminación tanto con los indefinidos como con los otros temporales.

1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo [Marco]?

2) Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de este se extingue por causas objetivas?

3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el art. 49.1.c) LET ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?

B) Analicemos a continuación las respuestas del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas; respuestas que solo serán dos, en cuanto que, en primer lugar, sí responderá por separado a la primera planteada, esto es, si la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco debe interpretarse de tal manera que el concepto de condiciones de trabajo incluya «la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador como consecuencia de la finalización de su contrato de duración determinada», mientras que más adelante responderá de forma conjunta a las preguntas segunda, tercera y cuarta.

Al igual que en ocasiones anteriores en que el TJUE ha debido pronunciarse sobre la interpretación de algunas cláusulas del Acuerdo Marco, formula unas consideraciones generales previas, para destacar la importancia de su contenido en orden a garantizar la protección de los trabajadores con contrato de duración determinada y la evitación de actuaciones discriminatorias hacia ellos basadas únicamente en la duración del vínculo contractual, no siendo contraria a derecho una diferencia de trato con los trabajadores indefinidos que esté basada en una causa o razón objetiva, dejando, recuerdo ahora, un amplio margen de libertad a los Estados miembros para que adopten las medidas que consideren más adecuadas para la incorporación de la Directiva al ordenamiento jurídico interno.

Estas consideraciones se recogen en los apdos. 25 y 26 de la sentencia, con apoyo de anteriores resoluciones en las que el TJUE se ha manifestado en los mismos términos. Pero sin duda es especialmente relevante, por la importancia que ello tiene, en orden a defender la aplicación de la sentencia a las relaciones entre particulares, el recordatorio efectuado en el apdo. 27 de que la cláusula 4 expresa «un principio de Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva». En una anterior sentencia, también de indudable importancia para el Derecho español, caso Del Cerro Alonso, de 13 de septiembre de 2007 (asunto C-307/05), el TJUE ya puso de manifiesto que «habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los

trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas».

El TJUE incluye la indemnización que debe ser abonada a un trabajador a la finalización de su contrato en el concepto de condiciones de trabajo, y lo hará partiendo de su criterio, defendido ya en anteriores sentencias, que aquello decisivo «para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario». En anteriores resoluciones judiciales, el TJUE ya había incluido, a los efectos de garantizar la igualdad de trato a los trabajadores temporales, los trienios, «que constituyen uno de los elementos retributivos que deben concederse a un trabajador con contrato de duración determinada del mismo modo que a un trabajador con contrato de duración indefinida», así como también «las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada», y es ahora del parecer que dichas tesis «pueden ser íntegramente traspuestas a una indemnización como la controvertida en el litigio principal», en cuanto que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario», y es por ello que está englobada dentro de la relación laboral empresario-trabajador y debe estar incluida en el concepto de «condiciones de trabajo» enunciado en la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco.

En cualquier caso, la tesis del TJUE en la sentencia objeto de comentario nos obliga a incorporar la indemnización entre las condiciones de trabajo, lo que tendrá importancia relevante, como veremos más adelante, a la hora de reconocer el derecho a indemnización a los contratos de trabajo de duración determinada, y a su cuantía, a su finalización.

C) Pasa a continuación el TJUE a responder conjuntamente a las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y cuarta. Dicho sea incidentalmente, no tengo muy claro cuál era la finalidad del TSJ al plantearlas, si saber si un interino debe cobrar la misma indemnización que un trabajador con contrato indefinido comparable, o bien la misma que cobra otro trabajador temporal contratado por obra o servicio o por necesidades de la producción, y puestos a manifestar mi parecer, me inclinaría más por la segunda, pero es obvio que el TJUE no podía responder a dicha cuestión en atención a los términos en que está redactada la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. De ahí que el TJUE recuerde, en sus apdos. 37 y 38 de la sentencia, que «el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable», por lo que «las

posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco».

Por ello, el fallo de la sentencia sí cierra la puerta al debate de saber si los interinos tienen derecho a indemnización a la finalización de su contrato, con respuesta positiva sin duda alguna, y la mantiene abierta para determinar si aquella debe ser idéntica a la de un trabajador indefinido comparable que vea extinguido su contrato por causas objetivas, es decir 20 días de salario por año de servicio, o bien ser la de 12 días que se abona actualmente a la finalización de otros contratos de duración determinada, y al mismo tiempo deja abierta la puerta al debate de cuál ha de ser la indemnización que perciban los que ahora la tienen fijada en 12 días.

Nuevamente, y al igual que al responder a la primera cuestión, el TJUE formula unas consideraciones generales previas sobre el contenido de la cláusula 4.1 y el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato o relación laboral de duración indefinida y aquellos cuyo contrato o relación laboral es de duración determinada. La tesis central del TJUE, y sobre la que pivotará posteriormente su respuesta al caso Ana de Diego Porras, es que las situaciones comparables no pueden tratarse de forma diferente, salvo que exista una causa o razón objetiva que lo posibilite, es decir que dicha diferencia de trato «esté objetivamente justificada». Por consiguiente, la primera pregunta que debemos hacernos, y que en efecto también se hace el TJUE, es si el marco normativo español establece una diferencia de trato entre trabajadores interinos y trabajadores indefinidos en el momento de la extinción de sus contratos, y ya sabemos que la respuesta es afirmativa: los primeros no perciben ninguna indemnización, y tal como recuerda el TJUE, «con independencia de la duración de los servicios prestados» (y recordemos que en el caso enjuiciado la interinidad se prolongó durante nueve años y medio, y que las tareas de la trabajadora interina, a la luz de la información disponible, eran sustancialmente idénticas o comparables a las de otros compañeros y compañeras que prestaran la misma actividad pero con relación contractual estable), mientras que los indefinidos sí la perciben cuando hay una causa de extinción de las previstas en el art. 52 LET, y ello con independencia de la mayor o menor duración de su contrato.

Una vez constatada la diferencia de trato, ha de comprobarse si las situaciones controvertidas pueden ser comparables a los efectos de aplicación del Acuerdo Marco, y en un segundo momento, debe comprobarse si existe «una posible justificación objetiva» que permita la diferencia de trato en el supuesto, repito, de encontrarnos ante «situaciones comparables».

¿Qué criterio de comparación utiliza el TJUE? ¿Estamos en presencia de un trabajo «idéntico o similar» entre los trabajadores indefinidos y los trabajadores inte-

rinos (y temporales en general)? El TJUE acude a las cláusulas 3.2 y 4.1 del Acuerdo Marco, que listan (en modo alguno, a mi parecer, de forma exhaustiva) un conjunto de factores que permitan determinar la existencia o no de tal comparabilidad, como son «la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales», que ya ha tomado en consideración en anteriores resoluciones judiciales de las que se deja debida constancia en el apdo. 40.

¿Estamos o no ante situaciones diferentes? Si la respuesta es afirmativa, la diferencia estará objetivamente justificada, y ello ocurriría cuando «las funciones desempeñadas por un trabajador como la recurrente en el litigio principal en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no correspondieran a las de los trabajadores fijos», ya que de no existir tal diferencia objetiva, el trato dispensado a los trabajadores temporales respecto a la indemnización a la finalización de su contrato (0 euro para los interinos, 12 días de salario por año de servicios para otras modalidades contractuales) sería contrario a la normativa comunitaria, más exactamente a la cláusula 4 del Acuerdo Marco.

Aunque el TJUE recuerda que corresponde al Tribunal nacional determinar si existió esa situación de comparabilidad durante la vigencia de la relación contractual de la Sra. De Diego Porras con el empleador Ministerio de Defensa, con respecto a la de un trabajador con contrato indefinido durante el mismo período de tiempo, ya le da prácticamente la respuesta afirmativa, algo que tendrá importancia determinante a la hora de dictar sentencia por el TSJ cuando conozca nuevamente del litigio, al afirmar que «es preciso no obstante señalar que, en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo», por lo que se trata de una situación que puede ser comparable a los efectos de la aplicación del principio de no discriminación.

El TJUE lo justifica por la duración de su último contrato de interinidad y las tareas desarrolladas, aun cuando creo que esta tesis es perfectamente extrapolable a los varios contratos de interinidad que la trabajadora había suscrito con la misma empleadora (Administración Pública) con anterioridad. Tal como expone en el apdo. 43, «[...] el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no solo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo».

Afirmada la existencia de situaciones comparables, la diferencia solo estará justificada si existe una razón, causa o justificación objetiva que la permita, y a averiguar su existencia o no se dirige el análisis y razonamiento del TJUE en los apartados posteriores de la sentencia. En primer lugar, acudiendo a su doctrina

general sobre el concepto de «razones objetivas», para lo que se requiere que la desigualdad de trato apreciada «esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto», resaltando, con amplio apoyo en resoluciones judiciales dictadas con anterioridad que «tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro».

D) Tal tesis general lleva a concluir, en la misma línea que la defendida en anteriores sentencias, que la diferencia de trato no estará en modo alguno justificada por el simple hecho de que se encuentre recogida en «una norma nacional general y abstracta como una ley o un convenio colectivo»; es obvio que en el caso enjuiciado así ocurre, ya que la diferencia está prevista con carácter general en la LET, diferenciando por una parte a los trabajadores indefinidos, por otra a los trabajadores temporales con contratos para obra o servicio, o por necesidades de la producción, y por una tercera, a los trabajadores interinos (y no solo a ellos, sino también a los trabajadores con contrato formativo y a los acogidos al contrato indefinido de fomento de empleo y de apoyo a los emprendedores).

La conclusión de todo lo anteriormente expuesto para el TJUE es que no basta la existencia de una norma general abstracta en la que se recoja la diferencia de trato en punto al percibo de una indemnización por la extinción contractual, ni tampoco la mera naturaleza temporal de la relación (que, repito, en muchas ocasiones, y los repertorios jurisprudenciales dan debida cuenta de ello, pueden encubrir auténticas relaciones contractuales de duración indefinida), para poder justificar la diferencia entre trabajadores indefinidos y temporales con respecto al percibo de la indemnización por fin del contrato.

Mucho menos apoyo tiene la «mera naturaleza temporal de la relación» en un caso como el enjuiciado, en el que la duración de la vida laboral de la trabajadora en su empresa ha tenido una antigüedad superior a la de muchos trabajadores indefinidos, pues no es poca cosa en la actualidad tener una antigüedad de nueve años y medio. Por ello, es perfectamente comprensible la tesis «adicional» a las consideraciones defendidas con anterioridad por la Sala de que «la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no solo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de

más de diez años, sino que, además, contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada».

Por su trascendencia jurídica, reproduzco el segundo apartado del fallo de la sentencia: «La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad, no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

3. Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016

Centro mi atención a continuación en la sentencia que dicta el TSJ de Madrid (Rec. 246/2014) que elevó la cuestión prejudicial, una vez que fue recibida aquella el 22 de septiembre, se alzó la suspensión de las actuaciones y fue señalado el día 4 de octubre para votación y fallo.

En la sentencia del caso Ana de Diego Porras hay referencias concretas a la providencia por la que se dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal antes de elevar la cuestión prejudicial, que permiten conocer mejor qué es exactamente aquello que pedía el TSJ a efectos de la resolución del TJUE. Igualmente, los hechos probados de instancia y el contenido del recurso de suplicación, en especial por lo que respecta a la revisión (no aceptada) de hechos probados, permite también conocer mejor algunos entresijos del caso litigioso que deben merecer atención jurídica.

Interesa destacar, en primer lugar, algunas referencias contenidas en los hechos probados de la sentencia de instancia, dictada por el JS núm. 1 de Madrid el 10 de septiembre de 2013, respecto a los puestos de trabajo ocupados por la trabajadora interina desde su primer contrato en marzo. Reproduzco los hechos probados cuarto y quinto: «CUARTO. La actora ha prestado servicios como secretaria en distintas subdirecciones. En el último contrato, la actora prestó servicios inicialmente en el Registro del Órgano de Dirección y a partir de 19.09.07 fue secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas. QUINTO. En el último contrato, consta la categoría profesional de Oficial de Mantenimiento y Oficios, categoría a extinguir que pasó a ser la de Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales por resolución de 16.11.06».

En segundo término, el contenido de la providencia de 16 de octubre de 2014 mediante el que la Sala daba audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para sus alegaciones respecto de la posible vulneración por el art. 49.1. c) LET, 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, que establece: «El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro». Entendiendo la Directiva por «trabajador con contrato de duración determinada»: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado», por lo que han de considerarse incluidos en sus previsiones los contratos de interinidad, habiéndose reiterado por la jurisprudencia que la interpreta el principio de «efectividad» en orden a la contratación temporal (SSTJUE 4 de julio de 2006, asunto Adeneler; 7 de septiembre de 2006, asunto Marrossu y Sardino; 7 de septiembre de 2006, asunto Vassallo, y 23 de abril de 2009, asunto Angelidaki).

En la citada providencia, y tras el análisis de la normativa española de aplicación, se manifiesta que no existe indemnización por la finalización del contrato de interinidad, «[...] a diferencia de los supuestos de los demás contratos temporales y, principalmente, de los contratos indefinidos no fijos, cuya naturaleza es prácticamente similar a la de los de interinidad, tal y como resulta de la construcción doctrinal de la que proceden, habiendo considerado nuestro Tribunal Supremo aplicable a estos contratos la indemnización establecida en el citado precepto, por todas, en sentencia de 11 de junio de 2014, Rec. 2100/2013».

Por consiguiente, la providencia del TSJ, que está en el origen de la cuestión prejudicial planteada, versa únicamente sobre la posible diferencia de trato no justificada, por discriminatoria, entre trabajadores interinos, es decir con contrato de duración determinada, y trabajadores indefinidos, sin cuestionar en modo alguno la regulación del contrato de interinidad por lo que respecta a su duración temporal, en el bien entendido de que también se pone de manifiesto en la providencia, y probablemente ahí encuentra su origen la cuarta cuestión prejudicial planteada, que existe diferencia con «los demás contratos temporales», y que equipara *de facto* a los interinos con los trabajadores indefinidos no fijos (probablemente, pero esta es solo una suposición personal, influenciado el TSJ por la duración, nueve años, del contrato de interinidad de la trabajadora del Ministerio de Defensa) a los efectos del percibo de la indemnización. No se cuestiona pues, a mi parecer, la validez jurídica de la extinción del contrato de interinidad, con independencia de cuál sea su duración.

En las alegaciones formuladas por las partes recurrente y recurrida respecto a la posible presentación de la cuestión prejudicial ante el TJUE, la parte trabajadora planteó la cuestión relativa a la aplicación de la normativa sobre conversión en contratación indefinida de una relación inicialmente de duración determinada y a la que han seguido sucesivos contratos de la misma naturaleza, por lo que entendía que aquello que cabía declarar en un caso como el ahora enjuiciado era la improcedencia del despido.

De contrario, y ciñéndose mucho más a los términos concretos de la providencia, la abogacía del Estado defendió la inexistencia de comparación entre trabajadores con contrato de interinidad por sustitución y trabajadores indefinidos no fijos, y la consiguiente inexistencia de discriminación que pudieran sufrir los primeros, con la manifestación de inexistencia de «trabajador con contrato de duración indefinida comparable».

Una vez dictada la sentencia del TJUE y comunicada oficialmente al tribunal español, este dicta sentencia, cuyo fallo es la estimación parcial del recurso. No hay cambio alguno respecto a la validez jurídica de la decisión empresarial de extinguir el contrato por incorporación de la persona sustituida y cuya plaza ocupaba la trabajadora interina, subrayo ahora, en el último contrato de interinidad efectuado, y por consiguiente, no existe despido improcedente; de ahí que no se equipare al «interino temporal» con el «indefinido no fijo» a los efectos de protección contra la extinción, salvo obviamente, y aquí no sea el caso según el TSJ, que se haya vulnerado la normativa de aplicación (art. 15 LET y RD 2720/1998, de 20 de noviembre), si bien sí se equipara a los efectos del percibo de la indemnización a cualquier trabajador indefinido (ordinario o no fijo, en el sector privado o público) que vea extinguida su relación laboral por una causa objetiva, al amparo de los arts. 51 o 52 c) LET.

El argumento central de la sentencia se encuentra en el fundamento jurídico segundo, aunque la argumentación de la recurrente guarda estrecha relación con la mantenida para tratar de justificar que se había operado una descausalización de la contratación interina y que por ello estábamos en presencia de una contratación fraudulenta, por lo que la inicial contratación temporal había devenido en indefinida y se había producido un despido improcedente.

Inalterados los hechos probados, la única cuestión que abordará la Sala es tanto la validez de la extinción como la conformidad a derecho de la extinción respecto al no percibo de indemnización alguna, tomando en consideración únicamente el último contrato, por haberse extinguido el anterior casi un año antes y sin que, por parte de la trabajadora, se hubiera accionado en sede judicial contra tal decisión empresarial.

En este punto, la Sala transcribe ampliamente la sentencia del TS de 17 de diciembre de 2012, que consideró el cese del trabajador interino conforme a derecho «en un supuesto prácticamente idéntico relativo al mismo Ministerio y dirección ge-

neral y a una interinidad por sustitución de un liberado sindical [...]». La Sala se apoya en esta sentencia para defender la validez de la extinción del contrato de la trabajadora interina, recordando que el art. 4.2 b) RD 2720/1998 dispone que la duración del contrato de interinidad «será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo». La dicción de la norma no deja lugar a dudas sobre la extinción cuando se ocupe «el puesto de trabajo» de aquella persona trabajadora a la que se sustituye, con independencia del tiempo que dure dicha sustitución, por lo que la concreción en los hechos probados de la realidad o no de tal ocupación es la que se convierte en determinante, como acabo de explicar, para que pueda aceptarse la validez de la extinción contractual.

Es a partir del fundamento de derecho tercero cuando la Sala formula su análisis crítico del marco normativo actual, admitiendo con acierto que la no reincorporación de la trabajadora sustituida por ocupar un cargo sindical podía implicar que el contrato «hubiera continuado en el tiempo hasta ocupar, potencialmente, toda su vida laboral activa», y que le llevará, a partir de la jurisprudencia sentada por el TJUE en el asunto ahora enjuiciado, a reconocer el derecho de la trabajadora interina a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, es decir, aquella percibida por un trabajador indefinido que ve extinguido su contrato por causas objetivas.

Es decir, la crítica de la Sala versa sobre el «pernicioso efecto» de nuestra legislación laboral reguladora de la contratación laboral temporal cuando se realiza «similar trabajo» y se tiene la misma antigüedad que un trabajador indefinido (o sea, contratado en la misma fecha pero al amparo de diferente modalidad contractual). En ambos casos, extinción de un contrato temporal y extinción de un contrato indefinido, existe una causa objetiva según el TSJ que lleva a la finalización, y siempre no dependiente de la voluntad del trabajador: en la primera, la reincorporación, sin que se conozca la fecha de producción del evento, de una persona sustituida que tiene reserva de puesto de trabajo; en la segunda, la existencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción, que lleva a la empresa a adoptar, debidamente acreditada, la decisión extintiva. Pero, mientras que en la primera no existe indemnización alguna, en la segunda sí se prevé.

La conclusión de esta identidad de causa objetiva con diferente tratamiento indemnizatorio va a llevar al TSJ a reconocer el mismo trato al personal trabajador temporal interino que al indefinido, es decir a «reconocer el derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguir su contrato por otra causa objetiva», acogiendo la jurisprudencia sentada en la sentencia del TJUE. En apoyo de su argumentación, la Sala aporta también, la CDFUE, cuyo art. 21 prohíbe cualquier tipo de discriminación, tras recoger en el artículo anterior que «todas las personas son iguales ante la ley».

A efectos de salvar la inexistencia de despido improcedente, como hubiera debido declararse de seguirse toda la tramitación de la extinción del contrato por

causas objetivas prevista en los arts. 52 y 53 LET, que hubiera debido pronunciarse por no haber puesto la parte empleadora la indemnización a disposición del trabajador en el momento de producirse el despido, la Sala califica de «absolutamente excusable» la no aportación de la indemnización, «dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación». Por todo ello, la trabajadora ve extinguido su contrato de conformidad a derecho, pero con el reconocimiento de su derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, computándose la antigüedad desde la fecha de formalización del último contrato de interinidad, el 17 de agosto de 2005.

En fin, y con ello concluyo, la sentencia equipara la indemnización de los trabajadores interinos a la de los trabajadores indefinidos, en cumplimiento de la sentencia del TJUE, por lo que resulta que son los trabajadores con indemnización de 0 euros (los contratados mediante modalidades contractuales formativas) y los que perciben indemnizaciones de 12 días de salario por año de servicio (contratados por obra o servicio, o por necesidades de la producción), los que se encuentran en peor condición a efectos económicos; pero, dicha posible discriminación entre unos trabajadores temporales y otros no es objeto de contemplación en el Acuerdo Marco de 1999, por lo que deberá ser la normativa interna española la que la corrija, y mientras ello no se produce, habrá que ver cómo reaccionan los órganos judiciales ante demandas en tal sentido.

4. Cuestión prejudicial planteada por el TS el 25 de octubre de 2017

El hecho mismo de la presentación de la cuestión prejudicial significa que el TS pide al TJUE que se pronuncie sobre una cuestión litigiosa sobre la que ya ha vertido con anterioridad su parecer, por lo que es lógico (y acertado) pensar que se pide un pronunciamiento distinto con respecto al anterior, el de la ya sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, conocida por el nombre de la primero demandante y después recurrente ante los órganos jurisdiccionales laborales españoles, Ana de Diego Porras, en la que se abordó el derecho de una trabajadora interina a percibir una indemnización (no prevista en la normativa interna) al finalizar su contrato por reincorporación de la persona sustituida.

El TS (Rec. 3970/2016) apuesta por la búsqueda de una respuesta del TJUE a sus preguntas que le permita saber si, de acuerdo a la normativa comunitaria, la Directiva 1999/70/CE que incorpora el Acuerdo Marco suscrito entre los agentes sociales europeos sobre la contratación de duración determinada, la extinción de un contrato de interinidad debe dar derecho a una indemnización como la que perciben quienes ven extinguido su contrato de obra o servicio, o por necesidades de la producción, es decir de 12 días de salario por año trabajado.

El TS ha «reformulado» la cuestión prejudicial que planteó en su día el TSJ de Madrid, al objeto de lograr que el TJUE se pronuncie en un sentido diferente al de aquel entonces, partiendo de un análisis jurídico de la problemática de la indemnización a percibir en un supuesto de contratación temporal cuando esta finalice, que es sensiblemente diferente del que planteó el TSJ de Madrid y al que dio respuesta el TJUE en términos que desde entonces fueron acogidos por la mayor parte de los juzgados y tribunales laborales, el derecho a una indemnización de 20 días/año por finalización del contrato de interinidad.

La Sala procede en el auto a exponer en primer lugar los razonamientos jurídicos que le llevan a hacer uso de la posibilidad ofrecida por el art. 104.2 del Reglamento de procedimiento del TJUE. En primer lugar, expone cuál es el objeto del litigio principal y cuáles son los hechos pertinentes, hechos sobre los que efectúa algo más que una mera descripción, ya que le explica al TJUE que cabe clarificar o precisar, obviamente a su parecer, algunos extremos del litigio planteado en sede judicial, dándole un primer coscorrón jurídico al TSJ de Madrid al afirmar que esos extremos ahora precisados por el TS, y que son sin duda determinantes para su planteamiento jurídico de las cuestiones prejudiciales planteadas, no estaban «adecuadamente consignados en aquella cuestión prejudicial», una forma suave y educada de decir que el TJUE no dispuso de toda la información correcta que hubiera sido necesaria para adoptar su decisión.

A continuación, la Sala procede a repasar cuáles son las disposiciones nacionales pertinentes al objeto del presente litigio, todas ellas recogidas en la LET y en el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 LET en materia de contratos de duración determinada.

Inmediatamente después procede a exponer las razones que a su parecer «justifican la nueva petición de decisión prejudicial», en atención a los pronunciamientos existentes que aplican la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, referida al principio de no discriminación.

De forma jurídicamente impecable, si bien apuntando ya implícitamente en toda su argumentación que el TS no comparte el planteamiento del TSJ de Madrid, la Sala manifiesta que le corresponde analizar, para dar respuesta al RCUD, «[...] en qué medida la solución dada por el tribunal inferior –aplicando un determinado precepto legal a una situación no incluida en su ámbito y regida, en cambio, por norma específica distinta– está justificada por la necesidad de acomodar la respuesta judicial a la interpretación de la Directiva 1999/70 que se hace en la STJUE de 14 septiembre 2016 respecto a este mismo litigio».

Sin ser necesario, a mi parecer, y menos cuando se trata de litigios de los que han conocido juzgados y tribunales que conocen perfectamente la normativa aplicable y el valor jurídico de la doctrina judicial y de aquello que debe entenderse por jurisprudencia, el TS da un cierto golpe de autoridad, ¿dirigido a recordar cuál es el valor jurídico, no jurisprudencial, de las resoluciones dictadas hasta el pre-

sente por juzgados y tribunales?, al manifestar que debe «poner de relieve» que la Sala de lo Social «tiene atribuida la competencia de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico laboral llevada a cabo por todos los órganos judiciales del Estado», siendo sus decisiones, pareciendo querer recalcar aquello que es bien conocido, «las únicas que tienen atribuida el carácter de jurisprudencia, con arreglo al art. 1.6 del Código Civil».

Como buen cabeza de familia, el TS quiere conseguir que sus hijos e hijas, los juzgados y tribunales superiores de justicia, le obedezcan, y que con su decisión, una vez que la dicte después de la resolución judicial que en su día adopte el TJUE, todos «vuelvan al redil» y se evite la conflictividad que hasta entonces se había suscitado con su sentencia de 14 de septiembre de 2016, produciéndose «múltiples y dispares interpretaciones de los jueces de lo social españoles en los numerosos litigios en los que está en juego la cuestión de la extinción de los contratos temporales», y enfatizando una vez más (no siendo nuevamente necesario, a mi parecer, pareciendo más bien un toque de atención a los órganos jurisdiccionales inferiores para que actúen de forma coordinada), que es competencia y responsabilidad del TS «el dotar de la mayor uniformidad interpretativa a la respuesta judicial a ofrecer en una misma materia en todo el territorio nacional».

Ciertamente, en pocas resoluciones judiciales del alto tribunal se encuentran estos toques de atención tan claros y manifiestos a los órganos jurisdiccionales inferiores, que, a mi parecer, guardan mucha relación con el planteamiento diferente de muchas de las sentencias dictadas hasta ahora con la tesis que emana de la cuestión prejudicial que trato en este apartado.

No es menos cierto, por otra parte, que la tesis de que la conclusión «extraída» de la sentencia del TJUE ha provocado «múltiples y dispares interpretaciones» podría también suscitarse con la nueva resolución judicial, aun cuando, ciertamente, el TS ha hecho un encomiable esfuerzo jurídico, obviamente desde el planteamiento previo de una tesis que no era la de gran mayoría de los juzgados y tribunales que han dictado sentencias sobre litigios en los que está en juego el derecho a una indemnización por fin de contrato de duración determinada, para que el TJUE le dé una respuesta lo más concreta posible sobre la existencia, o no, del derecho de los interinos a percibir una indemnización por fin de contrato y, en caso afirmativo, si debe ser la misma que la de los restantes contratos de duración determinada (y no la de los trabajadores indefinidos, por no existir a su juicio posibilidad de comparación, tal como requiere la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco).

Como digo, la primera parte de los razonamientos jurídicos se refiere al objeto del litigio principal y los hechos pertinentes, remitiendo con buen criterio respecto a las «circunstancias esenciales» del litigio al contenido del auto del TSJ de Madrid, para inmediatamente añadir, ya de su propia cosecha, dos consideraciones totalmente subjetivas y que ciertamente encuentran apoyo en la pluralidad de criterios utilizados en sede judicial interna para resolver los problemas suscitados,

cuales son que la sentencia del TJUE plantea «problemas interpretativos y aplicativos», que no aparecen en abstracto, sino que hay que ponerlos en relación con la sentencia del TSJ de Madrid, o dicho más exactamente «con la solución, que con posterioridad a la misma, ha alcanzado el órgano judicial remitente de aquella cuestión prejudicial».

La remisión en su integridad a los hechos recogidos en el auto del TSJ de Madrid queda puesta en tela de juicio por aquello que el TS califica de clarificación o precisión de algunos extremos del litigio que, a su parecer, no estuvieron «adecuadamente consignados» en la cuestión prejudicial. En buena medida, me parece que el TS está efectuando, por decirlo en términos procesales, una modificación de los hechos probados, que sería, en definitiva, aquello que intenta la parte recurrente en un recurso de suplicación o de casación al amparo de las posibilidades ofrecidas por los arts. 193 c) y 207 d) LRJS.

El nuevo, o reconstruido, relato de los hechos «no suficientemente precisados», puede leerse en el razonamiento jurídico 1: «A) la actora impugnaba la extinción de su contrato sosteniendo que, dado que había de considerársela como trabajadora indefinida –por fraude en la contratación temporal–, dicha extinción constituía un despido contrario a derecho (apdo. 18 de la STJUE). B) La consecuencia pretendida por la demandante era que el órgano judicial declarara el despido improcedente, lo que, con arreglo al art. 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) –aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo–, debía implicar la condena a la empresa a “optar entre la readmisión de la trabajadora o el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio [...]” (apdo. 19 de la STJUE)». También destaca que el TSJ aceptó en su sentencia que la trabajadora interina realizó «funciones distintas de la trabajadora sustituida», sin que ello tuviera importancia a los efectos de valorar la conformidad a derecho de la extinción.

Es en el número 5 cuando el auto del TS expone que la sentencia del TSJ falla en el sentido de que «se ha de aplicar por analogía el régimen legal de los despidos objetivos del art. 52 ET, por cuanto “se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral” considerando, además, que existe discriminación en el distinto régimen de indemnización que el ordenamiento español confiere a la extinción por la concurrencia de la circunstancia de finalización del contrato temporal (art. 49.1 c) ET), respecto de la extinción por concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 52 ET)». Para el TS, el TSJ resuelve en el sentido indicado por considerar que un contrato temporal, extinguido por cumplirse la cláusula prevista para su extinción, debe ser indemnizado, y que esta tesis, dice el TS al referirse a la sentencia del TSJ «es lo que se desprende» de la sentencia del TJUE. Es esta solución la que el TS examinará para saber si está «justificada o no», y en definitiva, para saber si la interpretación de la Directiva 1999/70/CE, a partir de las cuestiones prejudiciales planteadas, es la más

acertada para dar respuesta a una cuestión como la planteada del posible derecho de una trabajadora temporal interina a percibir una indemnización (legalmente no prevista) a la finalización del contrato.

El razonamiento jurídico segundo incluye la obligada referencia de la normativa interna aplicable al supuesto litigioso (arts. 15.1, 3 y 5; arts. 49 y 51 a 56 LET).

El aspecto central, el jurídicamente más relevante, del auto del TS, y en el que se desarrolla un encomiable esfuerzo jurídico, obviamente desde la perspectiva de solución del caso planteado que se considera más ajustada a derecho, para fundamentar la tesis expuesta y que llevará a formular unas cuestiones prejudiciales completamente distintas y diferenciadas de las del TSJ de Madrid, se encuentra en el razonamiento jurídico tercero, en cuyos dos primeros apartados se justifica la razón de la presentación de una nueva (o reformulada) cuestión prejudicial sobre un asunto respecto al que el TJUE ya se pronunció en la sentencia de 14 de septiembre de 2016.

El TS entiende que está obligado por el art. 267, párrafo 3, TFUE a presentar la cuestión prejudicial, y lo hace por tener algo más que dudas, queda ello meridianamente claro y manifiesto en su argumentación posterior, sobre el fallo a que llegó el TJUE en la sentencia tantas veces citada de 14 de septiembre de 2016, o más exactamente, sobre el elemento de comparación a tomar en consideración para poder apreciar una diferencia de trato no justificada, y por ello discriminatoria, entre trabajadores temporales e indefinidos a efectos de fijación de la (hipotética en el caso de los contratos de interinidad) cuantía de la indemnización.

Por seguir el argumento de la Sala, si no hay dudas (coincido en este punto con las tesis del TSJ y del TS) de que las funciones y requisitos requeridos para el desempeño de las tareas de la trabajadora interina permanente, la Sra. Ana de Diego Porras, eran perfectamente comparables con las de un trabajador fijo en el seno de la Administración demandada, «la cuestión que se torna compleja –y sobre la que se producen grandes dificultades de comprensión», afirma el TS, se refiere a «la fijación de cuál debe ser el elemento de comparación para determinar el importe de la indemnización por extinción del contrato cuando esta extinción se produce por el cumplimiento de la finalidad del contrato temporal (reincorporación de la trabajadora sustituida)».

A partir de aquí, la Sala desarrolla una argumentación cuyo hilo conductor ya era claramente perceptible en los artículos de un cualificado sector de la doctrina laboralista, desde los primeros comentarios de la sentencia, cual es el de la imposibilidad de comparación entre trabajadores fijos y trabajadores temporales interinos a los efectos de fijar la hipotética cuantía indemnizatoria para los segundos en caso de extinción de sus contratos, «porque el trabajador fijo que durante la pervivencia de la relación cumplía los mismos requisitos no va a ver nunca extinguido el contrato por esa causa» (es decir, por cumplirse la causa que permite su finalización, en este caso la reincorporación de la persona sustituida).

Nuevamente salta a la palestra el debate de si puede compararse o no la extinción de uno y otro tipo de contratos, acogiendo el auto la tesis del sector doctrinal que defiende su imposibilidad en cuanto a la fijación de la indemnización, con independencia de que ambos realicen las mismas funciones y reúnan las mismas condiciones para el desempeño de la actividad en el caso enjuiciado, siendo la razón de tal imposibilidad de comparación que a los trabajadores fijos «no se les extingue el contrato por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición».

Reitera el auto los argumentos bien expuestos en sede doctrinal sobre, ahora sí, la aplicación de la misma indemnización a trabajadores temporales e indefinidos cuando el contrato, sea cual sea su duración, se extinga por una causa objetiva tipificada en el art. 52 c) LET, y se apoya en su razonamiento en las alegaciones formuladas por la Comisión Europea con ocasión de la cuestión prejudicial planteada en su día por el TSJ de Madrid, en las que afirmaba que «La situación comparable se daría si la resolución del contrato temporal se produjera antes de la producción del acontecimiento determinado en el contrato, en cuyo caso, deberían tener derecho a la misma indemnización que se reconozca a los indefinidos».

Por ello, aceptado que la indemnización puede ser la misma en una extinción por causa objetiva, y afirmándose que nunca podrá darse la comparación entre trabajadores fijos y temporales respecto a las causas de extinción del contrato de este último por cumplimiento de la prevista en el contrato, por no darse este supuesto en la contratación indefinida, el TS manifiesta que para llegar a resolver este complicado embrollo jurídico, afirmación que es mía y no del TS, sea preciso «desentrañar el significado de la premisa que se contiene en apdo. 21 de la STJUE de 14 septiembre 2016, por cuanto a este Tribunal Supremo le resulta difícil apreciar la diferencia de trato a la que dicho apartado parece referirse».

Recordemos que en dicho apdo. 21 puede leerse que «No obstante, el tribunal remitente se pregunta si la Sra. Ana de Diego Porras tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. En efecto, en el Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a solo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa». Bueno, no creo en absoluto que sea difícil entender el planteamiento de la cuestión prejudicial y de la tesis del TSJ de Madrid, sino que simplemente es distinta de la que defiende el TS, con otra argumentación, y que la misma sea más certera o incurra en alguna confusión jurídica ya es otra cuestión.

Va desgranando su argumentación de forma muy cuidada, jurídicamente hablando, el auto del TS, aportando su interpretación propia respecto a cómo puede leerse la sentencia de 14 de septiembre de 2016, que no sería sino la de existencia de una «única e idéntica indemnización» para todo tipo de contrato, sin prestar atención a su duración ni tampoco a la naturaleza de la causa de extinción (no creo ciertamente que sea esta la tesis del TJUE, y más cuando algunos contratos temporales, como los formativos, no tendrían cabida, a mi parecer, en esta hipótesis), por lo que no importaría que aquella se produzca por decisión empresarial (contratación temporal o indefinida) o por cumplimiento de la causa pactada en el contrato temporal.

Aquí es donde nuevamente el TS vuelve a plantear sus dudas, ahora sobre la conclusión alcanzada en el segundo fallo de la sentencia del TJUE, en el que puede leerse que «La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad, no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización». Dudas que se le suscitan al TS, ciertamente, a partir de su planteamiento anterior sobre el derecho al percibo de la misma indemnización en unos casos y a la imposibilidad de comparación a los efectos de fijación de una posible indemnización en otros, y dudas que mantiene al analizar la argumentación jurídica en general de la sentencia del TJUE, de la que extrae la tesis, más exactamente de la literalidad del fallo antes enunciado, que «permite llegar al resultado de que el trabajador con contrato de interinidad habría de percibir 20 días de indemnización por año tanto si su contrato se extingue por finalización (reincorporación del trabajador sustituido) como si, antes de dicha finalización, se extingue, por ejemplo, por la decisión de la empresa justificada en la concurrencia de causas económicas».

Tesis, que ha sido acogida por gran parte de las sentencias de los TSJ y de JS, si bien con amplias referencias a la aplicación del principio general comunitario de no discriminación y a la obligación impuesta por el art. 4 bis, 1 LOPJ (en su redacción de la Ley 7/2015, de 21 de julio) de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. Que la Sala se encuentra preocupada porque esta sea la tesis prevalente, se manifiesta con toda claridad, desde una perspectiva no solo jurídica, sino también social, en el primer párrafo del apdo. 4, al poner de manifiesto que todos los contratos temporales, incluyendo pues aquellos que tienen actualmente una indemnización inferior, deberían ver la indemnización equiparada a la de los trabajadores indefinidos cuyo contrato se ex-

tinga por causas objetivas, aun cuando algunas de las causas extintivas «afecten de modo exclusivo a la contratación temporal».

Es machacona, siendo comprensible porque es el argumento fundamental que se contiene en el auto, la tesis de la imposibilidad de comparación entre finalización de contratos temporales (interinos en el caso enjuiciado) e indefinidos, mientras que sí cabe plantearse, y este es un debate que también se suscitó desde los primeros comentarios de la jurisprudencia del TJUE y que también tuvo acogida en algunas sentencias que aplican la igualdad indemnizatoria entre contratos temporales, si está justificada la diferencia entre unas modalidades (contrato para obra o servicio, y contratos eventuales por necesidades de la producción) y otras (contratos de interinidad, de relevo, formativos).

De ahí que, defendiéndose la imposibilidad de tal comparación, y por consiguiente poniendo «patas arriba» la tesis jurídica de la cuestión prejudicial del TSJ y la respuesta dada por el TJUE para responder, como le correspondía en estricta pureza jurídica, a las cuestiones prejudiciales planteadas, el TS formula, o reformula, la cuestión prejudicial, planteándose si existe el derecho a una indemnización en un caso como el analizado (inexistente en la normativa interna, pero al que podría ser de aplicación la Directiva 1999/70/CE) y, en caso afirmativo, si debería ser o establecerse «de forma análoga a la que el mismo ordenamiento establece para las demás causas de extinción de contratos de trabajo», formulación recogida en el primer párrafo del apdo. 6 y cuya lectura suscita, dada la literalidad de los términos empleados, dudas sobre si la referencia era o no solo a las causas de extinción de los contratos de duración determinada; duda que se desvanece al leer el contenido de la primera cuestión prejudicial planteada, en la que el TS pide al TJUE que le oriente o aclare sobre si la cláusula general de no discriminación recogida en el apdo. 4.1 se opone a una normativa, como la nacional española, que no establece indemnización alguna para una determinada modalidad contractual temporal y sí la establece en otras reguladas por el mismo ordenamiento jurídico. Ya veremos, a continuación, que el TS tiene algunas reticencias respecto al percibo de una indemnización en contratos de interinidad, no vinculados al debate sobre la existencia o no de discriminación entre unas y otras modalidades contractuales, sino porque la extinción no lleva aparejada, cuando se produce la reincorporación del trabajador sustituido, la pérdida de un puesto de trabajo o de un contrato, que sí ocurre en otras modalidades contractuales.

Rechazado el criterio de comparación entre personal trabajador fijo y personal indefinido, toca ya reformular, clarificar, plantear, la nueva cuestión prejudicial que sitúa el TS, inteligentemente desde su perspectiva dogmática, en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, es decir en la regulación que debe establecerse por los Estados miembros para evitar el abuso de la contratación determinada, derivando de esta forma el asunto litigioso al de la hipotética discriminación entre trabajadores con diferentes contratos de duración determinada.

Parece, si hemos de hacer caso al tenor literal del texto del auto, que la segunda y tercera cuestión prejudiciales planteadas serían de menor importancia, o complementarias, a la primera planteada, que pone el acento en «la relación entre el objeto del pleito y la cláusula 4 del Acuerdo Marco», pero, con sinceridad, no me parece que tengan menor importancia, ya que aquello que pretende la Sala es que el TJUE le diga, en primer lugar, si es de aplicación la cláusula 4.1 (apostando decididamente con su argumentación en un sentido negativo), y a continuación, como directa consecuencia de la respuesta (negativa) a la primera pregunta, si está o no justificada la diferencia entre unas modalidades contractuales u otras, siempre de duración determinada, sobre el percibo, o no, de una indemnización, y si no estuviera justificada cuál debería ser entonces la cuantía (que no parece haber dudas de que sería la de 12 días, dado que no se ha planteado que pudiera ser aplicable la existente para los contratos indefinidos extinguidos por causas objetivas). Por decirlo con las propias palabras del auto, recogidas en el párrafo segundo del apdo. 1 del epígrafe B, para la Sala «[...] el dilema no surgiría de una diferencia de trato en relación con trabajadores indefinidos, sino en la eventualidad de que la ley nacional hubiera adoptado una medida para evitar o sancionar la utilización de contratos de duración determinada y hubiera excluido a los trabajadores interinos».

Procede la Sala en este punto a efectuar un breve repaso del contenido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y de la normativa española que regula la indemnización por fin de contratos en algunas modalidades contractuales de duración determinada, preguntándose si ello sería suficiente, junto con la presunción del carácter indefinido de los contratos celebrados en fraude de ley, para dar respuesta satisfactoria a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por dicha cláusula, recordando el amplio margen de autonomía de que disponen los Estados miembros para la incorporación a su ordenamiento jurídico de las disposiciones de una Directiva como esta, si bien añadiendo, con amplio acopio de jurisprudencia comunitaria en dicha dirección, que las modalidades «no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno –principio de equivalencia– [...]».

Es aquí cuando el alto tribunal plantea sus dudas sobre la conformidad a la normativa comunitaria de la exclusión del contrato de interinidad del derecho, para los trabajadores que lo hayan suscrito, a percibir una indemnización a su finalización, y ello aun cuando se trate de un solo contrato y no de la acumulación de dos o más sucesivos, como plantea la cláusula 5.

Sobre las diferencias entre unas y otras modalidades contractuales de duración determinada repara la Sala, con toda probabilidad para intentar reforzar su tesis defendida en el epígrafe A y que le ha llevado a plantear la primera cuestión prejudicial, que el TJUE afirma en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 que las diferencias de trato que puedan existir entre unos y otros contratos no tienen ca-

bida, no están incluidas, en el ámbito de aplicación de la cláusula 4.1, «pero lo hace», señala la Sala, «para excluir que sea aplicable el principio de no discriminación de la citada cláusula 4».

Por ello, el TS se pregunta si puede mantenerse una diferencia de trato, a los efectos indemnizatorios, entre distintas modalidades contractuales temporales, y si el ordenamiento jurídico nacional cumple los requisitos requeridos por la cláusula 5 para prevenir los abusos en la contratación de duración determinada, si bien creo que apuesta implícitamente por negar la viabilidad de tal distinción, al poner de manifiesto que la diferencia a tales efectos entre diversas categorías de personal, como son el laboral y el estatutario, fue rechazada en otra sentencia dictada el mismo día y en la que se acumularon los asuntos C-184/15 y C-197/15. Para darle más argumentos (¿o plantear más dudas?) al TJUE, el TS subraya que no se produce una pérdida de empleo en el caso de un interino que cesa por reincorporación de la persona sustituida, y sí que se produce en otras modalidades contractuales en las que se reconoce legalmente el derecho a la indemnización, pero no creo personalmente que ello sea considerado por el TJUE, en cuanto que aquello que constituye el núcleo duro del debate es el derecho o no a la percepción de una indemnización para no tratar de peor condición, injustificadamente, a unos trabajadores con respecto a otros, y no si se mantiene o no el puesto de trabajo (objetivo loable de política de empleo, ciertamente, enfocado ahora el asunto desde otra perspectiva jurídica).

En definitiva, y antes de cumplimentar en debida forma la segunda y tercera cuestiones prejudiciales, el TS plantea su duda de si puede tratarse de forma diferente a una modalidad contractual como es la de interinidad con respecto a otras para las que sí se prevé una indemnización «aunque no se haya producido un uso excesivo (de la contratación temporal)», en cuanto que el contrato de interinidad «tiene un duración delimitada en el tiempo, pero incierta y no predeterminada, sujeta al tiempo que dure el mantenimiento de la situación en que se encuentre el trabajador sustituido».

Se trata, a mi parecer, y así he pretendido que quede claro en mi exposición, de una argumentación muy cuidada en el terreno jurídico y que se alinea, de forma clara e indubitada, con una parte de la doctrina, con el sector mayoritario del grupo de expertos nombrado por el entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y una línea minoritaria judicial en aquel momento, que considera imposible poder comparar, por no existir punto de comparación, las causas de extinción de los contratos temporales y los indefinidos, por estar regulados los primeros por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición, que no puede darse en los segundos. Y a partir de ahí, intentar que el TJUE se pronuncie sobre si existe derecho a indemnización para contratos, como el de interinidad, que no lo tienen recogido en la actual regulación española, y en caso afirmativo, cuál debe ser.

5. Sentencias del TJUE de 5 de junio de 2018 (asuntos C-677/16 y 574/16)

En junio de 2019 había mucha expectación en el mundo laboralista, debido a que se tenía conocimiento de que, en dicha fecha, se harían públicas dos sentencias dictadas por la Gran Sala del TJUE que debían dar respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas desde España en 2016, poco después de las sentencias dictadas por el TJUE el 14 de septiembre de dicho año, y muy en especial la conocida como caso Ana de Diego Porras; en concreto, se trataba de la planteada por auto de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 2 de noviembre de 2016, y por auto del JS núm. 33 de Madrid, de 21 de diciembre de 2016.

Se trata de subrayar los contenidos más relevante de ambas, que en realidad es uno solo por ser la redacción prácticamente idéntica en la fundamentación jurídica, a salvo de las referencias específicas a cada caso concreto, por tratarse, en la sentencia Lucía Montero Mateos, de un contrato de interinidad, y en la del Grupo Norte Facility, de un contrato de relevo; la primera, una modalidad contractual de duración determinada y que en más de una y dos ocasiones ha devenido «inusualmente larga» para quienes estaban acogidos a la misma en las Administraciones Públicas, y la segunda, otra modalidad contractual que el art. 12 LET posibilita que sea tanto de duración determinada como indefinida, si bien la preferencia empresarial es mayoritariamente hacia la primera opción.

Como dos gotas de agua. En efecto, la dicción de los apdos. 40 a 63 de la sentencia del contrato de interinidad y los apdos. 36 a 60 de la dedicada al contrato de relevo es idéntica, con la única diferencia relativa al nombre de las personas trabajadoras y de las empresas afectadas, y la modalidad contractual en juego en punto a su extinción y las causas que la han motivado. Solo hay una diferencia sustancial entre ambas, y que es la que ha provocado tantos comentarios y tantas suposiciones sobre su importancia de futuro, cual es el apdo. 64 de la sentencia Lucía Montero Mateos, sobre los posibles efectos jurídicos que pueda atribuir el órgano jurisdiccional nacional a contrataciones interinas inusualmente largas o faltas de previsibilidad en su extinción.

¿Cuáles son las líneas maestras de ambas sentencias? Una primera y amplia parte está dedicada a recordar aquello que ya ha sido plasmado en la consolidada jurisprudencia del TJUE, siendo no menos importante, ni mucho menos, recordar lo siguiente:

Que el Acuerdo Marco, y concretamente su cláusula 4, «tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida», y que dicha cláusula «debe

entenderse en el sentido de que expresa un principio de Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva».

Que la concesión de una indemnización por parte del empresario debido a la extinción de un contrato de trabajo está incluida en el concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo Marco, ya que «el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario», siendo así que una interpretación de dicho precepto que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición de este concepto «equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones», siendo estas consideradas íntegramente aplicables «a la indemnización concedida al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empleador, ya que se abona debido a la relación laboral que se ha establecido entre ellos».

Que el principio de no discriminación «exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado», siendo de aplicación mediante el Acuerdo Marco «únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable».

Que para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo Marco, «debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apdo. 2, y 4, apdo. 1, de este, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable», correspondiendo esa averiguación y determinación al órgano jurisdiccional nacional remitente de la cuestión prejudicial planteada. En ambos casos, y a partir de la información disponible, se constata por el TJUE, y a salvo de lo que pueda dictaminar en su sentencia el órgano jurisdiccional nacional, que la situación de las personas trabajadoras con contratos de duración determinada (de interinidad y de relevo) era comparable, según el TJUE, «a la de un trabajador fijo contratado por la agencia para ejercer las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores» (sentencia del contrato de interinidad), y «la de un trabajador fijo contratado por Grupo Norte para ejercer las mismas funciones de peón de limpieza» (sentencia del contrato de relevo).

Vamos acercándonos al núcleo duro de la sentencia, cual es el del cambio de doctrina, sin justificación alguna, con respecto a la sentada por la Sala Décima en el asunto Ana de Diego Porras, que se inicia con la obligada pregunta que debe hacerse el TJUE de si existe una razón objetiva que justifique la diferencia en el abono de una indemnización, o no, cuando estamos en presencia de un contrato

de duración determinada, con respecto al derecho que sí tiene un trabajador con contrato indefinido cuando su contrato se extingue por causas objetivas tipificadas en el art. 52 LET. Nuevamente, el TJUE acude a su consolidada jurisprudencia para recordarnos que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, «no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma general o abstracta, como una ley o un convenio colectivo», y que dicho concepto requiere que la desigualdad de trato observada «esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto», pudiendo tener tales elementos su origen, en particular, «en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro».

A partir de aquí, y dando un giro copernicano sobre las tesis defendidas en la sentencia Ana de Diego Porras, el TJUE hará suya la tesis del Gobierno español y de la abogada general respecto a las diferencias existentes entre la extinción de ambos contratos temporales y la que se hubiera producido si estuviéramos en presencia de un contrato de trabajo indefinido por causas objetivas, ya que quienes han sido contratados al amparo de una modalidad contractual de duración determinada, y de acuerdo a lo previsto en la normativa que sea de aplicación a cada modalidad, «conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato», mientras que ello no ocurre cuando se trata de un contrato indefinido (no me gusta el término «fijo» que utiliza el TJUE, por considerarlo más vinculado al empleo en las Administraciones Públicas, si bien es cierto que también se utiliza en alguna ocasión en nuestra normativa laboral), tratándose la extinción por causas objetivas de «un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral» (bueno, toda extinción es un cambio, y que sea más radical o no según el tipo de contrato puede quizás justificarse desde la perspectiva jurídica, pero desde luego también lo es para toda persona trabajadora que vive, en el sentido más literal de la palabra, condicionada por la duración de su contrato y por las posibles renovaciones, modificaciones o conversiones que puedan producirse, o al menos ese es mi parecer).

Y sin más dilaciones, el TJUE acoge las tesis del Gobierno español y de la abogada general respecto a la justificación de la causa objetiva que justifica la diferencia de trato económico a la finalización de cada contrato, ya que la indemnización

prevista en el art. 53 LET se establece «[...] precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación». Ese «objetivo específico», el de compensar la «frustración del trabajador indefinido que no esperaba ser despedido», es lo que justifica para el TJUE la diferencia de trato, ya que el trabajador temporal, a salvo de los casos antes expuestos, «no estará frustrado» por la finalización de su contrato. A partir de ahora, permítanme la licencia, ¿se podrá considerar que la mayor o menor frustración de la persona trabajadora, vinculada, parece, a la duración cierta o incierta de su contrato, se convertirá en una condición sine qua non, en una causa o razón objetiva que justifique la distinción?

La polémica se ha planteado sobre la afirmación contenida en el apdo. 62 de la sentencia del contrato Lucía Montero Mateos y (en términos idénticos) en el apdo. 59 de la sentencia Grupo Norte Facility, en la que se dice textualmente que «En este último supuesto, el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el art. 53, apdo. 1, letra b) del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo».

Obsérvese que el primer inciso del apartado hace mención «al último supuesto», que es el recogido en el apdo. 61 (o 58), concretamente, a mi parecer, la extinción de un contrato por causas no previstas inicialmente, ya fuera temporal o indefinido, por lo que al tratarse en ambos casos de una extinción «imprevista» debe proceder el abono de la misma indemnización de veinte días de salario por año trabajado y un máximo de doce mensualidades. La polémica suscitada versa más bien, a mi parecer, sobre la extinción de los contratos, ya sean temporales o indefinidos, cuando finaliza la contrata, siendo aquí diferente la cuantía de la indemnización según la modalidad contractual, cuestión que ha merecido la presentación de cuestiones prejudiciales ante el TJUE para que resuelva si se está vulnerando el principio de no discriminación.

Ahora bien, la aceptación de la tesis del Gobierno español y de aquella defendida por la abogada general lleva a dejar en el olvido jurídico la segunda parte de las conclusiones de esta en el asunto del contrato de interinidad, para el supuesto de que el TJUE no hubiera aceptado la primera, en las que abordó las posibles causas de justificación de la diferencia de trato, así como también, en el litigio relativo al contrato de relevo, sobre la cuestión anterior y también sobre la aplicación del principio general de igualdad de trato.

En el asunto relativo al contrato de interinidad hay un dato relevante, cual es que versa sobre una relación laboral en el sector público, por lo que cabe detener-

se, a efectos de resolver si deben tomarse, y cómo, en consideración, dos aspectos de relevancia: de una parte, las «consideraciones de índole presupuestaria», y de otra «los principios del Derecho de la función pública de los Estados miembros». Con respecto al primero, de importancia práctica real durante todos los años vividos de crisis económica y que han dejado su huella en las restricciones presupuestarias y no convocatorias de plazas durante muchos años, la abogada general hace suya, con acierto, a mi parecer, la doctrina del TJUE de no poderla considerar una causa objetiva y justificable «por el mero hecho de que una normativa más generosa supondría una carga excesiva para las finanzas públicas», ya que «[...] las simples consideraciones de índole presupuestaria, aun cuando puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de estas, no pueden servir, por sí solas, para justificar una discriminación».

¿Y qué decir de los siempre importantes principios generales del Derecho de la función pública, como, por ejemplo, el de superar unas determinadas pruebas o proceso selectivo para poder acceder, bien a la condición funcional, bien a la de contratado fijo, presente en la mayor parte de ordenamientos nacionales? No deben cuestionarse ciertamente, pero en el presente caso no parece que pudieran ser de afectación, ya que aquello que se discute no es la forma de acceso, sino las consecuencias económicas de una indemnización, por lo que, una vez desestimada la tesis de las consideraciones de índole presupuestaria, y siempre, recuerda la abogada general como hace también siempre el TJUE, sin perjuicio del examen que realice el órgano jurisdiccional remitente más en profundidad, «no hay nada que indique en el presente asunto que, para aplicar principios del Derecho de la función pública, pueda ser necesario configurar el régimen legal en materia de indemnización de forma menos favorable en caso de finalización de un contrato temporal en el sector público que en caso de un acuerdo de extinción del empleador por causas objetivas».

En definitiva, la aceptación, que no se ha producido, de la comparación de las situaciones jurídicas vividas por los trabajadores temporales y los indefinidos, hubiera llevado entonces a no apreciar «justificación objetiva para las distintas indemnizaciones a las que se tiene derecho en virtud de la ley».

Vuelvo a la sentencia en el asunto *Lucía Montero Mateos*, porque es la que ha merecido mayor atención por las posibilidades que un apartado de la misma ofrece para poder mejorar la situación jurídica de los trabajadores temporales que no tienen previsión, o que se encuentran ya hace muchos años en tal situación, de extinción de su relación laboral, que, obsérvese bien, no es lo mismo que el debate sobre la existencia o no de una indemnización, y en su caso, de qué cuantía.

Esa atención especial, y que traslada de momento al órgano jurisdiccional nacional la responsabilidad de decidir sobre la reconversión o reclasificación de un contratado temporal en indefinido, es la que ha merecido el apdo. 64, en el que

se afirma, y a partir de los datos fácticos disponibles es una obviedad, que la Sra. Lucía Montero Mateos «no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga» (¿y no es menos cierto, pregunto, que muchos trabajadores y trabajadoras pueden encontrarse en idéntica situación?), aunque sí sabía ciertamente, porque así lo dispone la normativa vigente aplicable, que el contrato llegaría a su fin «debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración» (y nuevamente me pregunto, ¿no estamos ante un caso, si no completamente idéntico, sí muy semejante al de la Sra. Ana de Diego Porras? ¿Y si es así, qué razón habría para el cambio de doctrina? Preguntas retóricas porque ya conocemos las respuestas, pero que no quiero dejar de plantear).

Y dicho todo lo anterior, el TJUE se descuelga con una de aquellas frases que dan juego para enjundiosos artículos doctrinales y para resoluciones judiciales que buscan desentrañar su auténtica finalidad para proteger, supongo, los derechos de las personas trabajadoras con contratos temporales, cual es que «incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo»¹⁸. De momento, sirvan todas las tesis y argumentos expuestos con anterioridad con los que ha tratado de reflexionar, conjuntamente con la doctrina que ya se ha pronunciado sobre la sentencia, para dejar abierto el debate judicial, que ha sido enriquecido por la jurisprudencia posterior del TS, en especial por dos sentencias que analizaré más adelante.

Para finalizar, baste decir que en sede judicial española, y tras la sentencia del TJUE, dictó sentencia el JS núm. 33 de Madrid el 28 de junio, en la que se concluye que la argumentación expuesta lleva a «una paradoja final consistente en que desde un punto de vista material, aunque por razones legales y jurisprudenciales distintas, la STJUE caso De Diego Porras y la dictada en este procedimiento por resultar de aplicación al caso controvertido el razonamiento 64 sobre la relevancia de su excesiva y por ello injustificada duración, provocan las mismas consecuencias indemnizatorias».

18. Un detallado estudio se encuentra en BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi, «El apdo. 64 del caso Montero Mateos: impacto en las relaciones laborales», comunicación presentada en las XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/> (consultado: 21 de octubre de 2019).

6. Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17)

Era muy esperada la sentencia del asunto C-619/17, con ocasión de la cuestión prejudicial planteada, por la Sala de lo Social del TS.

En el auto por el que se elevó la cuestión prejudicial al TJUE, el TS solicitó que tramitara el asunto mediante el procedimiento acelerado. La argumentación del TS para dicha solicitud, «la existencia de ingentes y dispares resoluciones adoptadas por los tribunales españoles en litigios que plantean cuestiones jurídicas análogas a las planteadas en el litigio principal, que afectan a un elevadísimo número de trabajadores, y la necesidad de unificar la jurisprudencia española relativa a estas cuestiones» (apdo. 22 del auto), no fue considerada suficiente por el TJUE, en auto dictado por el presidente el 20 de diciembre de 2017, para poner en marcha el procedimiento acelerado, con apoyo en su jurisprudencia de que la primera circunstancia «no puede constituir, en cuanto tal, una circunstancia excepcional capaz de justificar la aplicación del procedimiento acelerado», y con respecto a la segunda, se manifestó que la petición carecía de «efecto útil» por cuanto que en procedimientos de los que ya conocía el TJUE y en los que sustanciaban «cuestiones prejudiciales relativas, en esencia, a las mismas situaciones jurídicas que la invocada en el asunto principal» (asuntos C-574/16, C-677/16 y C-212/17), en los dos primeros ya se había celebrado vista pública común el 8 de noviembre de 2017, y que ya se había fijado la presentación de las conclusiones de la abogada general en dichos asuntos para el 20 de diciembre de 2017. Recordemos que ambos asuntos son Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility, que dieron lugar a las sentencias de 5 de junio de 2018, y que supusieron un cambio de doctrina con respecto a la sentencia Ana de Diego Porras I, tal como he explicado con anterioridad.

En la sentencia se da respuesta a las tres cuestiones planteadas, con muy amplias referencias a la dictada el 5 de junio de 2018 en el caso Lucía Montero Mateos (C-677/16), y también a las dictadas el 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15. Hay una sola referencia a la dictada el 5 de junio en el asunto Grupo Norte Facility (C-574/16) y, salvo error u omisión por mi parte, no hay en la fundamentación jurídica de la sentencia ninguna referencia a la primera sentencia en el caso Ana de Diego Porras, dictada el 14 de septiembre de 2016 por la Sala Décima (C-596/14), y que fue en gran medida el detonante del conflicto jurídico que llevó a la nueva resolución judicial.

La Sala pasa revista primeramente a la normativa europea y estatal aplicable. De la primera, son referenciados el considerando 14 de la Directiva 1999/70/CE, los arts. 1, y primer párrafo del 2, de la misma norma, los párrafos segundo y tercero del preámbulo del Acuerdo Marco anexo, y las cláusulas 3, 4 y 5 de este. De la segunda, los arts. 15, apdos. 1, 3 y 6, 49.1, 52, 53.1 y 56.1 LET, y los arts. 4,

apdos. 1, 2 y 8 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 LET en materia de contratos de duración determinada.

Entremos ya en materia y analicemos qué respuesta se da a la primera cuestión prejudicial planteada, cuyo enunciado es conveniente recordar: «¿La cláusula 4 del [Acuerdo Marco] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?».

La respuesta del TJUE se encuentra en los apdos. 53 a 73 de la sentencia, si bien en puridad el abordaje concreto de la cuestión planteada, y la respuesta dada, se encuentra en los apdos. 68 y 75, cuya lectura, ya se lo adelanto, no dejará precisamente satisfechos a los trabajadores interinos, al devolverles en principio a la casilla de salida, es decir, a la situación anterior a la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, ya que no de otra forma, y como siempre decimos los juristas, salvo mejor parecer en contrario, es posible que pueda entenderse la afirmación del apdo. 73, reiterada después en el fallo, de que «la cláusula 4, apdo. 1 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva».

Por decirlo de forma más clara, hemos pasado de los 20 días reconocidos en una extinción de un contrato de interinidad en Ana de Diego Porras I a los 0 días en la de Ana de Diego Porras II, ¿o quizás sigue siendo válida la tesis de la posible fijación de una indemnización (20 días) en caso de que la interinidad sea «inusualmente larga?» Y dicho sea de paso, ¿puede una sala rectificar la doctrina de la Gran Sala, siendo cierto que esta última modificó la doctrina de la primera por la distinción que afirmó entre la «presunción de fijeza o estabilidad» que tiene un trabajador fijo, y la que no tiene un trabajador temporal que sabe que o bien en un momento o bien por un motivo o causa determinada se procederá a poner fin a la relación?

La Sala recuerda primeramente su consolidada doctrina sobre la consideración de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco como expresión de un principio de Derecho Social de la Unión «que no puede ser interpretado de manera restrictiva», así como también la regla general del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos (recuérdese que la comparación entre posibles supuestos de discriminación entre trabajadores temporales no está contemplada en el Acuerdo Mar-

co), salvo que la diferencia pueda justificarse por razones objetivas, siendo la presunción de fijeza la que provocó la modificación de la doctrina Ana de Diego Porras I por la sentencia Lucía Montero Mateos de 5 de junio de 2018.

Además, la igualdad debe predicarse de situaciones «comparables», siendo así que aquella que se consideró existente en la sentencia Ana de Diego Porras I, ya se modificó en la sentencia Lucía Montero Mateos, y ahora se da una vuelta de tuerca por el TJUE, cabiendo pensar implícitamente que se está acogiendo en esta sentencia la doctrina de la de 5 de junio de 2018, al aceptar plenamente la tesis, tanto plasmada en el auto como recogida en las observaciones del Gobierno español, de la diferencia objetiva entre trabajadores interinos, cuyo contrato finalizará por una causa tipificada en la normativa que le es de aplicación, y trabajadores fijos cuya posible extinción de su contrato es incierta y solo podrá darse si concurriera una circunstancia no prevista en el momento de formalización, o en su caso novación de uno temporal, del contrato indefinido, de tal manera que no tiene razón de ser la indemnización en el primer caso, o si existiera, como ocurre para determinados contratos, puede ser diferente (= inferior) que la que perciba un trabajador estable para compensar «la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral [...]».

El punto nuclear de la sentencia, radicalmente distinto en el planteamiento con respecto a la de 14 de septiembre de 2016, es que se acepta plenamente la tesis del auto y del Gobierno español, por considerar que la finalización del contrato de Ana de Diego Porras (¿ya nos hemos olvidado del muy largo período de interinidad en que se mantuvo a dicha trabajadora?) «se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores». El impacto de la sentencia Lucía Montero Mateos es claramente perceptible ahora para diferenciar la extinción ordinaria de un contrato temporal de interinidad y la extinción de un contrato indefinido por causas objetivas, con indemnizaciones pues distintas, que serían las mismas si la contratación de duración determinada se extinguiera antes de su finalización prevista si se frustrara, por algún motivo no justificado, la expectativa de permanencia del trabajador temporal hasta que finalizara la fecha prevista de vencimiento o bien finalizara la obra o servicio, o bien se reincorporara la persona sustituida o se amortizara el puesto de trabajo.

De un plumazo, pues, los trabajadores interinos podrían quedarse sin indemnización alguna, ni de 12 ni de 20 días, si nos atenemos a la respuesta dada a la primera pregunta.

Pero, no se frustre el personal interino y siga leyendo, por favor, porque, ¿será necesariamente así o caben otras hipótesis de trabajo? Y parece que la respuesta a la segunda pregunta formulada en la cuestión prejudicial abre una amplia vía

para seguir el segundo camino. Recordemos que la pregunta era la siguiente: «Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?».

Bien, ya sabemos que la respuesta a la primera pregunta ha sido la de no oposición a una diferencia de trato (indemnizatorio) entre contratos temporales y fijos. La Sala rechazará primeramente la alegación formulada por el Gobierno español de falta de relevancia para resolver el litigio, ya que este consideraba que la cláusula 5 no era de aplicación, por cuanto en el supuesto litigioso no habría existido ni abuso ni fraude por parte del empleador, además de existir únicamente un contrato temporal.

Dadas las dudas existentes sobre la vinculación contractual única o sucesiva de Ana de Diego Porras, y recordadas las restricciones existentes a que el TJUE no se pronuncie sobre la interpretación del Derecho de la Unión solicitada por un órgano jurisdiccional nacional remitente, siendo así que la normativa comunitaria vigente, la citada cláusula, deja libertad a cada Estado para que concrete cuándo se considerarán «sucesivos» los contratos o relaciones laborales temporales, se concluye aceptando la admisibilidad de la cuestión, si bien con algunas reticencias, ya que no creo que pueda entenderse de otra forma la afirmación contenida en el apdo. 71 de que en las circunstancias en que se produce el conflicto «no es evidente que la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco solicitada por el tribunal remitente en el ámbito de su segunda cuestión no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o que la citada cuestión se refiera a un problema de naturaleza hipotética».

Tengo la sensación o intuición, destruible mediante mejor parecer jurídico en contrario, que el TJUE solo ha entendido parcialmente la segunda cuestión prejudicial, es decir, en lo relativo a considerar la indemnización como una medida destinada a prevenir o evitar abusos en la contratación temporal, pero no en aquello referente a que sea así también cuando se trate de un único contrato. Pero, más allá de esta duda personal, la doctrina de la Sala es clara respecto a la consolidada jurisprudencia sobre cuál es la finalidad de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y el amplio margen de elección que se deja a los Estados miembros para alcanzar los objetivos perseguidos.

Acudiendo a la doctrina recogida en dos de las sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-197/15), el TJUE recuerda que la normativa comunitaria no enumera o regula qué sanciones han de aplicarse en caso de que se constaten abusos en la contratación temporal (por ejemplo, fraude de ley, concate-nación contraria a la normativa reguladora...), pero sí afirma que aquellas medidas que se adopten en el ámbito nacional «no solo deben ser proporcionadas, sino

también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco», o lo que es lo mismo, «es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión».

Si se cumplen o no tales exigencias, en suma, es una tarea que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales. Ahora bien, es sabido que el TJUE puede dar orientaciones al tribunal nacional, y en este caso concreto sería para que aprecie si se han aplicado medidas adecuadamente disuasorias. Pues bien, la lectura de los apdos. 92 a 96 es especialmente relevante para conocer cómo se manifiesta el TJUE al respecto, ya que considera «a primera vista», que la indemnización regulada en el art. 49.1 c) LET, que se abona en contratos para obra o servicio y contratos eventuales por necesidades de la producción a su finalización ordinaria, no entraría dentro «de la categoría de medidas destinadas a evitar los abusos» y a las que se refiera la cláusula 5.1.

En efecto, no cabe sino coincidir con el TJUE en su afirmación de que la indemnización se abona a la finalización de todo contrato cuya conclusión se produce por concurrir la causa tipificada al efecto, y no guarda ninguna relación con un posible carácter lícito o ilícito de la utilización de un contrato de duración determinada. Como esta última afirmación y constatación es suficientemente clara, no puede incluirse la indemnización (de 12 días/año) dentro del concepto de medida dirigida a prevenir abusos en la contratación temporal.

Aun cuando se deja al órgano jurisdiccional nacional que decida finalmente si la medida es apropiada o no al respecto, la sentencia deja, aquí sí, una puerta claramente abierta a los tribunales nacionales para que decidan cuáles pueden ser las medidas adecuadas para prevenir los abusos (¿indemnización superior, nulidad de la contratación en fraude de ley, readmisión obligatoria...?). No creo que pueda interpretarse de otra forma la afirmación contenida en el apdo. 96, trasladada después al fallo, en el que se dispone que debe interpretarse la cláusula 5 del Acuerdo Marco «en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición».

Y llegamos ya a la respuesta dada a la tercera cuestión prejudicial planteada, que era, recordémoslo, la siguiente: «De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que

reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?».

Ya sabemos que, en principio, la respuesta no es afirmativa para el TJUE, aunque no deje de ser un criterio interpretativo que puede orientar al órgano jurisdiccional nacional remitente, que será el que finalmente deba decidir en un sentido u otro. Ahora hay que dar un paso adelante y resolver si la normativa comunitaria permite tratar de diferente condición (indemnizatoria por fin de contrato) a trabajadores empleados con unas determinadas modalidades contractuales (por ejemplo, obra o servicio, y eventual por necesidades de la producción) de otros cuya relación contractual se rija por una diferente modalidad, pero también de duración determinada (por ejemplo, interinidad).

Pues bien, el TJUE ya dejó planteado, en los asuntos C-184 y 197/15, que admitía una diferente regulación, según el sector o categoría en el que se encuentre el personal afectado, pero siempre y cuando, como requisito irrenunciable y de obligado cumplimiento, en cualquier caso haya medidas efectivas si se produjeran abusos y a fin de sancionarlos adecuadamente.

Traslada esta doctrina al caso ahora enjuiciado y llega a la conclusión plasmada en el apdo. 101 (cuya lectura es altamente recomendable que se haga de forma tranquila y pausada, o en más de una ocasión para su correcto entendimiento), cuya síntesis sería, a mi parecer, que puede haber esa diferencia indemnizatoria entre unas modalidades contractuales y otras cuando el tribunal nacional constate que la indemnización es una medida adecuada para prevenir o evitar abusos..., si bien esta tesis diferenciadora será válida solo si existe otra medida «eficaz» en el ordenamiento nacional que evite situaciones abusivas y fraudulentas con los trabajadores acogidos a otras modalidades contractuales para las que no se prevé tal indemnización (por ejemplo, interinos), y corresponderá averiguar este último extremo al tribunal nacional.

Por tanto, si este tribunal considerara que no hay ninguna otra medida suficientemente disuasoria del abuso, tal como la conversión en contrato indefinido o el abono de una indemnización superior por tratarse de un despido improcedente (33 días de salario/año, con máximo de 24 mensualidades) podría llegar a la conclusión de que debe aplicarse la misma indemnización (12 día de salario/año) que la abonada en tres modalidades contractuales (no la de 20 días/año que aplicó la sentencia Ana de Diego Porras I y que ha sido modificada/derogada por la sentencia Lucía Montero Mateos, y que ahora es reafirmada por la que es objeto de mi análisis).

Se trata, en suma, de una sentencia que parece continuar la línea de menor protección (algunos le llamarán simplemente desprotección) del personal trabajador interino, pero que no cierra en modo alguno la puerta a que las soluciones al-

ternativas que busquen los tribunales nacionales para prevenir o evitar abusos, aunque no solo en esta modalidad contractual, pasen por un reforzamiento de las cuantías indemnizatorias o de una mayor estabilidad en el empleo.

7. Sentencia del TS de 13 de marzo de 2019

Como se ha podido comprobar, finalizaba mi comentario a la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 con una llamada de atención sobre la sentencia que debía dictar el TS para resolver el RCUJ en el caso Ana de Diego Porras. Pues bien, me referiré a sus contenidos más relevantes y remitiendo para el conocimiento de todos los avatares previos del litigio a las explicaciones realizadas con anterioridad.

En el fundamento de derecho primero tenemos conocimiento de que la abogacía del Estado, en su RCUJ, plantea dos motivos de impugnación al amparo del art. 207 e) LRJS. En ambos motivos, la sentencia aportada de contraste (para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 219.1 LRJS) es la dictada por el TSJ de la Comunidad de Madrid el 5 de marzo de 2014, no siendo apreciada la contradicción en el primero y sí en el segundo. Respecto a la argumentación jurídica para defender que la sentencia de suplicación incurrió en infracción de ley y jurisprudencia aplicable, la abogacía del Estado alega que la sentencia del TSJ habría resuelto una cuestión no suscitada por las partes, infringiendo un amplio número de artículos («arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución (CE); 97.2 y 193 LRJS; 238.3 y 240 LOPJ, y 218.2, 225.3 y 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)»). En el segundo, se alega que no debió concederse la indemnización, interesando falta de congruencia en la sentencia «por otorgar más de lo pretendido», con denuncia de infracción de los arts. 15.1 c) y 49.1 c) LET, art. 8.1 c) RD 2720/1998, y la tantas veces citada cláusula 4.1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Examinemos brevemente la sentencia del TSJ. Se trata de un conflicto casi idéntico al de Ana de Diego Porras, ya que se trataba de una trabajadora con contrato de interinidad por sustitución de una trabajadora con reserva de puesto de trabajo y que se encontraba realizando tareas de representación sindical. La trabajadora prestó servicios desde agosto de 2006 a septiembre de 2012, extinguiendo el Ministerio de Defensa el contrato cuando se produjo la reincorporación del cargo sindical.

La diferencia fáctica con el caso Ana de Diego Porras radica en que en la sentencia de contraste la trabajadora reincorporada inició sus vacaciones el mismo día de la reincorporación, y mientras se desarrollaba el período vacacional accedió nuevamente a la condición de liberada sindical, y por ello exonerada de prestar la actividad laboral ordinaria.

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora contra la sentencia dictada por el JS núm. 6 de Madrid el 26 de abril de 2013, que había desestimado la demanda por despido, y en el punto ahora objeto de mi

atención, manifiesta que «el hecho de que no haya realizado prestación efectiva por haber iniciado el disfrute de vacaciones el 1 de octubre de 2012 no quita eficacia a que su incorporación se haya producido, ya que la nueva dispensa laboral, ocurrida mientras disfrutaba de vacaciones, para continuar como liberada como representante sindical, fue una cuestión sobrevenida a su reincorporación, y lo mismo se podía producir como pudo no haber acontecido, concurriendo, por tanto, la causa de extinción del contrato».

El TS enfatiza la flexibilización que ha apreciado de los requisitos de la contradicción en algunos aspectos de índole procesal, en concreto en los que califica de «excepcionales supuestos de falta manifiesta de jurisdicción o de competencia funcional», manifestando que ha destacado que en los restantes supuestos, y con expresa mención al de la incongruencia que se alega en el caso enjuiciado, debe seguir manteniendo que debe acreditarse debidamente la existencia de la contradicción.

Sí será apreciada la existencia de contradicción alegada en el segundo motivo, ya que ambas sentencias consideran ajustadas y conformes a derecho las extinciones contractuales, pero la recurrida concede una indemnización a la recurrente, mientras que la de contraste no dice nada al respecto, o lo que es lo mismo, no fija ninguna indemnización. La fijación de una indemnización en la sentencia recurrida encuentra su razón de ser en la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE y la respuesta que este dio en su sentencia de 14 de septiembre de 2016.

En el fundamento de derecho tercero, el TS efectúa una síntesis del contenido de su auto de 25 de octubre, enfatizando aquellos puntos en los que manifestaba su desacuerdo tanto con los términos de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ como de la sentencia del TJUE, y manifestando, con una cierta satisfacción, que en modo alguno se oculta, que la sentencia del Tribunal Europeo de 21 de noviembre de 2018 le había dado la razón respecto a los errores y defectos jurídicos existentes en el TSJ de Madrid y en la primera sentencia Ana de Diego Porrás, de la que llega a afirmar que la comparación efectuada entre trabajadores fijos y temporales respecto a la causa de la extinción y su (hipotético, en el caso de los temporales) derecho a una indemnización era «un análisis que producía grandes dificultades de comprensión».

Una nueva crítica a la Sala Décima del TJUE, que dictó la sentencia tan cuestionada de 14 de septiembre de 2016, se manifiesta en la sentencia del TS al afirmar que «hacía dudar de si, a la luz de la Directiva, sería exigible que, en todo caso, la extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad debe llevar aparejado el derecho a una indemnización y, en tal caso, si dicha indemnización debe establecerse de forma análoga a la que el mismo ordenamiento establece para las demás causas de extinción de los contratos de trabajo. Ello abocaba, no solo a la aplicación de la indemnización de 20 días que hace la sentencia recurrida para el caso de los contratos de interinidad, sino a que, por las mismas razones,

se pusiera en cuestión la diferencia respecto de las otras dos modalidades de contrato temporal que tienen fijada una indemnización de 12 días».

Con innegable satisfacción, el TS explica más adelante el cambio de doctrina a partir de las sentencias de 5 de junio de 2018 («se aparta de aquella dirección») y que se reafirma en la de 21 de noviembre de 2018, y aprovecha ahora ya para poner de manifiesto que la nueva, y acertada a su parecer, doctrina del TJUE pone claramente de manifiesto los errores en los que habría incurrido la sentencia del TSJ de Madrid. La construcción jurisprudencial del TS va a ser sustancialmente la misma que ya se había manifestado en el auto de 25 de octubre, con la lógica, y muy importante diferencia, de que ahora se convierte en sentencia, siendo relevante destacar el énfasis puesto por el TS en que el TJUE «reconduce la cuestión y niega que quepa considerar contraria a la Directiva la norma que permite que la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no dé lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas».

Como he indicado en la introducción, el núcleo duro o central de la sentencia se encuentra en el fundamento de derecho cuarto, sin olvidar también el quinto, si bien en este último se desestimará entrar en el fondo de la cuestión por razones procesales y no sustantivas, lo que deja abierto el camino a nuevas resoluciones judiciales que puedan pronunciarse sobre la cuestión, y ello sin olvidar que la tesis contraria a la sentencia es defendida en el voto particular discrepante.

La síntesis de los argumentos del TS para rechazar las tesis del TSJ y estimar consiguientemente el RCU de la abogacía del Estado, previo un breve recordatorio de cómo se adaptó la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE (mediante RDL 5/2001, de 2 de marzo, que dejó fuera del derecho a percibir una indemnización a los contratados mediante contrato de interinidad), es la siguiente:

Dada la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada en octubre de 2017, para el alto tribunal «no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquellas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva», en cuanto que, además, la misma se abona en caso de finalización regular y conforme a derecho de los contratos temporales a los que está vinculada. La tesis del TS es que «la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días». En este punto será necesario subrayar, como expone con contundencia el voto particular discrepante, que la realidad actual del mercado de trabajo en España, y en concreto el muy elevado número de interinos existentes, cuestiona la virtualidad real y efectiva de la tesis expuesta por el alto tribunal si no se articulan medidas efectivas que permitan la recalificación en fijo del trabajador interino cuyo contrato (habitualmente tras un largo y dilatado período de prestación de servicios) se ve extinguido.

Si ya anteriormente el TS había manifestado su satisfacción cuando la Gran Sala del TJUE le había dado la razón y rechazado la tesis de la Sala Décima, seguida posteriormente por el TSJ, en el apdo. 4 del fundamento de derecho cuarto la reforzará, si cabe, afirmando que «el rechazo a la solución adoptada por la Sala de suplicación debe ser completo», tanto para negar que la trabajadora interina pueda percibir una indemnización igual a la de un trabajador con contrato indefinido que se extingue por causas objetivas (20 días de salario por año de servicio), como para negar que la indemnización sea la misma (12 días) que la percibida por contrato de obra o servicio, o eventual por necesidades de la producción, cuando finalizan conforme a derecho.

Aquí hubiera podido finalizar su argumentación el TS, muy pegada ciertamente en gran medida a la jurisprudencia del TJUE, pero no lo hace y empieza con una argumentación que, a mi parecer, es más de política social que no de aplicación normativa, y como tal reflexión de política social es obvio que puede merecer críticas más o menos contundentes.

En efecto, la Sala se mete, a mi parecer, en un embrollo jurídico para tratar de justificar la diferencia de indemnización entre quienes la perciben y aquellos a los que no se reconoce ese derecho, aun cuando deja caer, al iniciar el último párrafo del fundamento de derecho cuarto, que «por más que a priori pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales [...]». Bueno, un amplio sector de la doctrina laboralista ha considerado exenta de justificación dicha diferencia, así como numerosos juzgados y tribunales, no ya desde el plano de una posible (futura) regulación, sino desde las posibilidades ofrecidas por la propia jurisprudencia del TJUE, aun cuando es bien cierto que la solución, ¿definitiva?, respecto a esa igualdad deberá venir, así lo espero, del legislador.

¿Y cuáles son los argumentos del TS para justificar la diferencia? Su interpretación de que la norma legal «obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo», añadiendo, a mayor abundamiento de la tesis anterior, que «además, dicho puesto no desaparece con el cese del trabajador/a, interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET», para cerrar (al menos intentar hacerlo, que otra cosa bien distinta es que lo consiga) que «Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse».

Hubiera sido interesante, ciertamente, que el TS se hubiera acercado algo más a la realidad de nuestro mercado de trabajo y, más exactamente, a la problemática de los interinos, con algunos datos estadísticos incluso, que quizás les hubieran hecho meditar algo más las afirmaciones de política social que realiza, pero nada de ello aparece en la sentencia y sí en el voto particular discrepante al que inmediatamente me referiré a continuación.

Antes de referirme a este, señalemos, para completar la explicación anterior, que el TS no entra en la consideración de la posible existencia de una relación indefinida y no temporal, ya que el debate sobre este punto fue resuelto en sentido negativo para la trabajadora por la sentencia de instancia y confirmada por la de suplicación, no habiendo habido recurso ulterior por la trabajadora, y por ello, afirma el TS en una interpretación formal, y formalista, de la normativa procesal laboral, que «no se dan aquí elementos que nos obliguen a responder a cuestiones relacionadas con la larga duración de los contratos temporales, como apuntaba la ya citada STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos, C-677/16), en la cual, por otra parte, se trataba de un supuesto de interinidad por vacante».

En sentencias tan importantes como la que es objeto de mi estudio, y que resuelven tajantemente el conflicto desestimando todas las pretensiones de la parte trabajadora, no podía faltar un voto particular discrepante.

Ya he ido apuntando, con anterioridad, algunos de sus contenidos, y ahora completo mi explicación. En primer lugar, se manifiesta, acertadamente a mi parecer, el acuerdo con la sentencia respecto a la aplicación de la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018, que rectifica la doctrina sentada en la de 14 de septiembre de 2016, y entiende que hay una diferencia de trato objetiva entre trabajadores interinos y trabajadores indefinidos, que lleva a la fijación de una indemnización para los segundos y no para los primeros, cuando los contratos de ambos se extinguen de acuerdo a la normativa vigente. Acuerdo que se manifiesta, y por tanto no se cuestiona, dados los términos del art. 4 bis, apdo. 1, LOPJ, tantas veces referenciado en mis comentarios normativos a las sentencias de tribunales nacionales, que dispone que «Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

Las discrepancias se manifiestan respecto a la no entrada por parte de la sentencia de la posible recalificación del contrato temporal en indefinido o fijo, y de manera subsidiaria para manifestar la tesis de que hubiera sido posible reconocer el derecho a una indemnización en la misma cuantía que la de los trabajadores temporales que sí la tienen reconocida por la LET. Es decir, aquello que se cuestiona, y en donde se discrepa de la sentencia, es en la interpretación y aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, reguladora de las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada, por considerar, y por mi parte ya he apuntado algunas pistas al respecto en mi análisis de la misma sentencia, que «la jurisprudencia del TJUE dictada en interpretación de dicha cláusula

sula 5.^a, y en concreto la contenida en la referida STJUE de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), suministra argumentos para haber podido llegar a soluciones distintas de la acogida en la sentencia mayoritaria».

En buena medida, la primera tesis del voto particular discrepante es una crítica a aquello que el auto del TS dejó de plantear, sin duda, añadido de mi propia cosecha, por considerar que lo relevante era la determinación de si cabía o no indemnización en el contrato de interinidad, y en su caso, cuál hubiera debido ser. En efecto, no se planteó si era posible la reclasificación de un contrato «inusualmente largo» en fijo, y de haberlo hecho, y llegado a esa conclusión, la indemnización hubiera debido ser la misma que la de un despido por causas objetivas.

A diferencia de la tesis de la sentencia, que no entra en el examen de esta hipótesis y alega que el caso en el que sí se entró, el de Lucía Montero Mateos, era distinto por tratarse de una interinidad por vacante y no por sustitución, el voto particular las considera situaciones análogas, y acude a la tesis dejada abierta en dicha sentencia sobre la posible reclasificación del contrato para concluir que «Esta es la solución que entiendo debería haberse adoptado también en el presente caso de interinidad por sustitución, puesto que conforme a la legislación española sobre los contratos temporales cabe entender que no deben tener una duración superior a tres o cuatro años (argumento *ex arts.* 15.1.a y 15.5 ET, y 70 EBEP), por lo que estaríamos ante un caso de imprevisibilidad de la finalización del contrato (aunque “finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración”) y con una duración inusualmente larga».

El no haber entrado a conocer de esta posible hipótesis, por entender la Sala que existía el obstáculo procesal de que la parte trabajadora no recurrió la tesis desestimatoria de su pretensión por el TSJ y que confirmaba la de instancia, es rechazada por el voto particular con el argumento de que el aquietamiento de la parte actora «únicamente cabe extenderlo respecto a la inexistencia de fraude en la contratación temporal *ex art.* 15.3 ET (“Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”), cuestión distinta a la anteriormente expuesta en que el contrato temporal de sustitución se inicia, desarrolle y concluye conforme a la normativa estatutaria».

Dando dos posibilidades (¿al legislador en un próximo futuro, y/o a los juzgados y tribunales que deberán conocer, sin duda, de más litigios de trabajadores interinos con contratos de duración «inusualmente larga?»), el voto es del parecer de que hubiera podido reconocerse la indemnización que se abona en otros contratos temporales a su finalización, fundamentando su tesis, con sólida cobertura, en el relevante papel que la jurisprudencia del TJUE, incluida expresamente la sentencia de 21 de noviembre de 2018, otorga a los órganos jurisdiccionales nacionales remitentes de la cuestión prejudicial para que adopten las medidas que consideren más idóneas para dar cumplimiento real y efectivo a la cláusula 5, es decir para evitar la utilización abusiva de la contratación temporal.

No se rechaza, sino que se comparte, y aciertan a mi parecer tanto la sentencia como el voto en este punto, que la fijación de una indemnización como la contemplada en nuestro ordenamiento para determinados contratos temporales a su finalización sea por sí sola un mecanismo adecuado, disuasorio, para la contratación temporal abusiva, y mucho más aún cuando está previsto para casos de finalización conforme a derecho de dichos contratos; pero, sí se rechaza, y ya me he manifestado con anterioridad al respecto, la tesis de la sentencia de que la regulación de los apdos. 2, 3 y 5 del art. 15 LET satisfaga de modo completo los requerimientos del Acuerdo Marco para evitar tal utilización abusiva.

Con contundencia, y entrando también en un terreno que no es solo jurídico, sino también de política social, y en el que el autor del voto particular se mueve con evidente soltura, afirma que «la realidad ha venido afirmando todo lo contrario, evidenciando que las reglas citadas del art. 15 ET son del todo insuficientes a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. El planteamiento de múltiples cuestiones prejudiciales por los jueces españoles, a partir especialmente del año 2016, –como la planteada, entre otros, por el TSJ Madrid en el presente litigio–, han tenido la virtualidad de evidenciar ante la colectividad jurídica y social de la Unión Europea y ante la opinión pública española, los graves abusos que se están cometiendo, singularmente por la Administración Pública empleadora, con las formas de contratación y/o nombramiento temporal de su personal, sino también por el uso reiterado durante largos años de contrataciones o nombramientos de interinidad o eventualidad para cubrir necesidades estructurales o a la espera de convocatoria de concursos u oposiciones de acceso que no llegaban a convocarse oportunamente. Por otra parte, la complacencia jurisprudencial que, como regla, no ha sabido poner coto a los abusos de las contrataciones irregulares de las Administraciones Públicas, no estableciendo medidas efectivas para evitarlos, ha sido también una circunstancia generadora de la situación actual». Mayor claridad y contundencia, imposible ¿no les parece?

Sigue reiterando esta tesis en su argumentación posterior, enfatizando la importancia que el Acuerdo Marco confiere a la contratación indefinida y, por ello, al derecho a la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores, algo que, con la aplicación actual del art. 15 LET, difícilmente va a dar respuesta adecuada a los requerimientos de la cláusula 5. Se manifiesta de manera contraria a la sentencia al aceptar que, aunque mínima, sí cabe pensar que la indemnización por finalización del contrato temporal que así la tenga reconocida tiene alguna incidencia sobre el fomento de la contratación indefinida, y de ahí que hubiera podido extenderse la misma a los contratos, como el de interinidad, que no la tienen reconocida en el momento actual. Posibilidad que el voto entiende perfectamente incardinada en la sentencia de 21 de noviembre de 2018, siendo así, además, que «no existe (ni se ha establecido en la sen-

tencia mayoritaria) ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores temporales y dado que no se acredita este extremo que le incumbe comprobar al tribunal nacional ni se razona sobre un posible incremento de la indemnización o la aplicación de otras medidas para lograr fines disuasorios». Ya que, «a pesar de lo que se afirma en la sentencia mayoritaria, el que el cese de la trabajadora sustituta no suponga la desaparición del puesto de trabajo ocupado y se garantice así el derecho al trabajo del trabajador sustituido, entiendo, sea razón objetiva para establecer diferencias entre trabajadores temporales a los que en nada afecta la causa esgrimida en la referida sentencia que se combate».

8. Recapitulación final

Creo que se cierra el debate del derecho a la indemnización de los trabajadores interinos cuando el contrato finalice conforme a derecho. Le corresponde ahora al legislador la tarea de corregir la situación de desigualdad actualmente existente.

Sigue abierto el debate de si la normativa española satisface las exigencias de la normativa comunitaria para evitar el uso abusivo de la contratación temporal en general y la de interinidad en particular.

Y mientras el legislador no actúa, debemos conocer cómo ha resuelto el TS dos litigios de indudable importancia. A ello me dedicaré en el próximo bloque del trabajo.

IV. El impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre el TS y los conflictos jurídicos existentes

1. Sentencia del TS de 24 de abril de 2019

La resolución judicial (Rec. 1001/2017) desestima, en contra del criterio mantenido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe y en el que abogaba por la procedencia, el RCUd interpuesto por la Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Xunta de Galicia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 19 de enero de 2017. La Sala autonómica había desestimado el recurso de suplicación interpuesto por la Administración contra la sentencia dictada por el JS núm. 3 de Ourense el 3 de mayo de 2016, que estimó la demanda presentada, en reclamación de derechos, por una trabajadora que prestaba servicios para dicha Consejería desde el 28 de julio de 1992, y declaró que la relación contractual entre las partes era de carácter indefinido desde aquella fecha, «condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias legales oportunas».

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de la demanda citada en el epígrafe anterior, en concreto el 15 de marzo de 2016. Consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, transcritos en el antecedente de hecho segundo de la sentencia de suplicación, que la trabajadora demandante inició su relación contractual con la Administración autonómica mediante un contrato de fomento de empleo, que agotó el plazo de tres años, desde el 28 de julio de 1992 al 27 de julio de 1995, y que, sin solución de continuidad, siguió prestando sus servicios para la Consejería, a partir del día 28, con un contrato de interinidad, en concreto, para ocupar la dirección del centro de servicios sociales de la localidad de Ribadavia hasta que se cubriera la vacante (aunque ya veremos más adelante que hay algo más que dudas sobre la existencia de dicho puesto de trabajo vacante) o bien hasta que se amortizara la plaza.

Obsérvese pues, y vayan vinculando la duración de este segundo contrato al concepto de «duración inusualmente larga» que se encuentra en la sentencia del

TJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16, el conocido caso Lucía Montero Mateos, que la prestación «temporal» de servicios para cubrir una plaza «vacante» se prolongó en el tiempo durante más de veinte años.

¿Cuál fue la argumentación de la sentencia de instancia para estimar la demanda y declarar el carácter indefinido no fijo de la relación contractual? Tenemos un sucinto conocimiento de su contenido en el fundamento de derecho segundo de la sentencia del TSJ, basándose de una parte en el largo período de tiempo transcurrido sin que se procediera a la cobertura de la vacante, «y, en todo caso», y pudiera ser el argumento central, «por el transcurso del plazo máximo de tres años que fija el art. 70 EBEP»¹⁹.

La Sala autonómica procede, en el recurso de suplicación, a un cuidado repaso de la normativa laboral aplicable a los contratos de interinidad, con referencias al RD 2720/1998, que desarrolla el art. 15 LET, y mención expresa a los apdos. 1 y 2 b) del art. 4.

La detallada explicación de las vicisitudes históricas de la jurisprudencia del TS que efectúa la Sala autonómica nos recuerda las «dosis de flexibilidad» de aquel en la utilización del contrato de interinidad por vacante... hasta llegar a la aplicación del art. 70.1 EBEP y considerar que la relación deviene indefinida cuando se supera el citado límite temporal de tres años, con mención expresa a la importante sentencia de 14 de octubre de 2014 (Rec. 711/2013). En dicha sentencia se confirmó la dictada en suplicación y se reconoció a los trabajadores con contrato indefinido, con duración superior a tres años y que prestaban sus servicios en un centro penitenciario de la Generalitat de Cataluña la condición de trabajadores indefinidos no fijos. En aplicación de la más reciente jurisprudencia del TS, la Sala autonómica desestima el recurso de suplicación y confirma que la relación contractual de la demandante con la Consejería de Empleo y Bienestar Social es indefinida no fija.

Contra la sentencia del TSJ se interpuso RCU por la Administración, al amparo del art. 219.1 LRJS, aportándose como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de Galicia el 2 de julio de 2012, y como argumentación sustantiva o de fondo la infracción de los arts. 15.1 y 3 LRT, siendo su tesis la de que no se puede alterar la naturaleza de la relación de interinidad, «por lo que no se produce la transformación del contrato en indefinido por la existencia de una demora en la provisión de plazas».

19. Recordemos que este precepto (redacción vigente por RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del EBEP) dispone, en su apdo. 1, que «Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años».

En la citada sentencia de contraste nos encontramos ante un supuesto sustancialmente semejante al de la sentencia recurrida, con la única diferencia (relevante a los efectos de la toma en consideración de la más reciente, y cambiante, jurisprudencia del TS) del período de antigüedad de la demandante y de la fecha de su reclamación, que inició la prestación de sus servicios para la Xunta el 27 de septiembre de 1994, con contrato de interinidad por vacante, y que formuló demanda en 2008 en solicitud de reconocimiento de su derecho a declarar la relación laboral como indefinida, siendo desestimada la pretensión por la sentencia dictada por el JS núm. 2 de Ourense, confirmada por el TSJ al desestimar el recurso de suplicación.

Al igual que en la sentencia recurrida, la de contraste efectúa un amplio repaso de la jurisprudencia del TS hasta la fecha en que se dicta, poniendo el acento en que del conjunto de la misma, y en relación con la regulación normativa anteriormente referenciada, no existiría tope concreto de duración en las contrataciones efectuadas con ocasión de procesos de selección en la Administración, ya que «queda referida al tiempo que duren los correspondientes procesos de acuerdo con su normativa específica», con una muy amplia mención a la sentencia del TS de 19 de diciembre de 2017 (dictada, añado yo ahora, tras la entrada en vigor del EBEP, pero conociendo de un conflicto en el que estaba en juego normativa anterior), que enfatiza que la superación del transcurso del plazo marcado no lo convierte en indefinido.

Esta jurisprudencia del TS, anterior a la entrada en vigor del EBEP y a su aplicación por los tribunales, lleva a la sentencia de contraste, a desestimar la pretensión del reconocimiento del carácter indefinido de la relación contractual, y ello, siempre según la Sala, «a pesar de la dicción del art. 10.4 de la vigente Ley 7/2007 de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (BOE 13/04/2007). Y del art. 8 del RD 98 de 18 de diciembre (BOE 8/11/1999)».

La existencia de la contradicción requerida por el art. 291.1 LRJS es clara e indubitada en este supuesto, y por ello no hay dudas respecto a su admisión y a proceder a entrar en la resolución sustantiva o de fondo del conflicto. Estamos, conviene destacarlo, ante dos supuestos en los que hay dos contratos temporales de duración «inusualmente larga» y que han superado el plazo de los tres años fijados por el art. 70.1 EBEP, y las respuestas a las dos pretensiones son de signo claramente opuesto, como he explicado con anterioridad.

La Sala procede a un amplio repaso de la doctrina sentada en su sentencia de 14 de octubre de 2014, y manifiesta, tal como destacaba el Ministerio Fiscal en su informe, que la fundamentación se basaba en dos sentencias anteriores de 14 y 15 de julio del mismo año, y que estas no se pronunciaban sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual y del impacto sobre esta de la superación de los plazos marcados en la normativa laboral general y en la de la función pública en particular, y por consiguiente, no había un pronunciamiento expreso sobre la im-

portancia de la superación de tales plazos a los efectos de declaración de las relaciones contractuales temporales en indefinidas.

La Sala no cuestiona, en principio («aun admitiéndose la posibilidad» es la expresión que se utiliza al inicio del apdo. 2 del fundamento de derecho tercero), que se pueda utilizar la contratación de interinidad no solo para sustituir a personas con reserva de puesto de trabajo, sino también para cobertura de vacantes «hasta que se cubran definitivamente por sus titulares a través del procedimiento establecido al efecto», y al formular esta manifestación no está, a mi parecer, sino recordando las posibilidades ofrecidas por la normativa laboral y de la función pública.

Y es a partir de aquí cuando empieza el eje central de la argumentación de la Sala y que le llevará a la desestimación del RCUJ. Para la Sala, con contundencia que exige de mayores comentarios, y utilizando la ya tan conocida expresión utilizada en el apdo. 64 de la sentencia Lucía Montero Mateos; «lo que deviene inadmisibles es el mantenimiento de una contratación temporal en circunstancias como la concurrente en el presente caso en el que consta acreditado que la demandante ha venido prestando servicios para la demandada como directora del centro de servicios sociales de Ribadavia, en virtud primero de un contrato de fomento de empleo desde el 28/7/92 al 27/7/95, y después de un contrato de interinidad desde el 28/7/95 para cubrir la vacante de directora del centro de servicios sociales de Ribadavia hasta que se cubriera la vacante por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza, sin que después de 20 años la Administración demandada haya promovido actuación alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza, por lo cual no puede sostenerse la validez del contrato temporal por ser inusualmente largo».

Se apoya la sentencia en dos anteriores de 19 de julio de 2018, si bien subrayando que no se trataba de contratos de interinidad, sino de obra determinada, «con referencia a la doctrina de la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, Lucía Montero Mateos, asunto C-677/16, que en su apdo. 64 se refiere a la duración inusualmente larga de un contrato temporal como indicio de su conversión en fijo, señalando que el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 del CC) deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso período de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer, reafirmando como buena esa doctrina».

Parece, pues, si se confirma la doctrina de la sentencia ahora analizada, que supuestos como el ahora enjuiciado deberán quedar bajo el paraguas de la protección ofrecida a los contratos interinos en la Administración Pública, por su carácter «inusualmente largo» y el margen de actuación, amplio, que concede el TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales para que protejan a quienes se encuentran afectados por una situación de temporalidad casi permanente, considerando la Sala que estamos ante un supuesto en que una contratación formalizada inicialmente conforme a derecho ha devenido fraudulenta, y mucho más en esta ocasión

(mención que lleva inevitablemente a señalar que será necesario el examen de cada caso concreto para poder resolver cada litigio), en que no solo se ocupa «temporalmente» una plaza «vacante» durante más de veinte años, sino que, además, porque la Administración empleadora «no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. A lo largo de los muchos años de prestación de servicios de la trabajadora, como queda expuesto, brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización».

Hasta aquí, todo claro, o casi, si se da una situación como la ahora enjuiciada, en la que han transcurrido más de veinte años de contratación «temporal permanente» y la Administración no ha hecho nada por justificar que realmente existiera un puesto de trabajo vacante, y por tanto, tampoco ha hecho nada, durante más de veinte años, para que la plaza fuera cubierta por los procedimientos legalmente establecidos, o bien se procediera a su amortización (con aplicación del art. 52 c) LET y el abono de la indemnización legalmente fijada para una extinción contractual por causas objetivas).

Pero, la claridad se difumina, queda borrosa o, por utilizar un símil propio de las cada vez más populares series de algunas plataformas audiovisuales, se «reenvía» a una ulterior sentencia, cuando se trata de determinar si es de aplicación el tope máximo de los tres años del art. 70.1 EBEP a supuestos como el ahora analizado. Quizás el hecho de que se encontraran pendientes cuestiones prejudiciales ante el TJUE en el momento de dictarse la sentencia, pudo haber llevado a la Sala, pero es solo una impresión personal y subjetiva, a mantener la exquisita prudencia manifestada al respecto.

Primera manifestación: en el RCUD no es motivo de censura jurídica el impacto del art. 70.1 EBEP sobre el posible cambio de la relación contractual, y la Sala ahora señala que dicho precepto va referido «a la ejecución de la oferta de empleo público».

Segunda manifestación: el plazo de tres años «no puede entenderse en general como una garantía inamovible, pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático», para concluir en un párrafo de una sola línea con la afirmación más esperada, y presumo que también muy temida por muchos, que «son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión».

Si interpreto bien aquello que ha querido recoger la Sala en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho tercero, es que, en primer lugar poco importará la duración del contrato temporal si este no se ajusta a derecho por incum-

plimiento de los requisitos formales o de fondo, ya que en tal caso sería fraudulento *ex art. 15.3 LET* y deberá novarse en indefinido (no fijo, al menos de momento en el ámbito de la Administración cuando esta actúa como empleadora). No hay duda, así me lo parece, de que toda la doctrina laboralista estará de acuerdo con este planteamiento.

En segundo término, que no es automático que la superación de los tres años para «la ejecución de la oferta de empleo público» tenga consecuencias inmediatas, y por tanto, que una persona con contrato de interinidad por vacante que se encuentre en tal situación contractual puede seguir (¿por cuánto tiempo?) sin que se altere la misma, debiendo estar a «las circunstancias específicas de cada supuesto». Me pregunto, por ejemplo, si las restricciones presupuestarias que llevaron durante muchos años de la presente década a la práctica congelación de la OEP pudieran ser una causa que habilitara una interpretación «amplia y flexible» del art. 70.1 EBEP, y estoy seguro de que quienes son responsables de personal en las distintas Administraciones pensarán inmediatamente en ello cuando lean la sentencia.

Por último, tendremos que esperar a una nueva sentencia, o a varias más, para conocer el impacto de la ahora analizada, que ni abre ni cierra puertas, al menos de forma expresa, a la interpretación amplia y flexible del art. 70.1 EBEP, ya que las «circunstancias del caso concreto» permiten llegar a la conclusión de una actuación fraudulenta por parte de la Administración, y por ello «no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante». ¿Un rayo de esperanza para las Administraciones con un elevado número de trabajadores interinos por vacante, que así no deberán convertirlos en indefinidos? ¿Un rayo de esperanza, desde la perspectiva contraria, cuando se trata de trabajadores que llevan muchos, muchos, años como interinos y nunca han salido las plazas a concurso? Un rayo tenue, muy tenue, si hemos de hacer caso a la doctrina del TS reflejada en la sentencia que es objeto de análisis inmediatamente a continuación.

El diálogo entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo promete una vez más ser intenso..., sin olvidar la importancia del Derecho Constitucional y, por supuesto, del Derecho de la UE y de la jurisprudencia del TJUE.

2. Sentencia del TS de 4 de julio de 2019

La resolución judicial (Rec. 2357/2018) estima, en los mismos términos que el preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal, el RCUd interpuesto por la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 26 de marzo de 2018, revo-

cando la sentencia de instancia, dictada por el JS núm. 33 de Madrid el 20 de febrero de 2017, y desestimando la demanda.

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda, en procedimiento por despido, por parte de una trabajadora que prestaba servicios como auxiliar de hostelería para la Agencia Madrileña de Atención Social, una vez que el 30 de septiembre de 2016 se le comunicó la extinción de su contrato, de interinidad por vacante, por haber sido cubierta la plaza que ocupaba mediante concurso por otra trabajadora.

Para comprender mejor la importancia de la sentencia dictada por el TS, así como también la del voto discrepante, conviene prestar especial atención a los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

Se trata de una trabajadora que prestaba servicios para la citada agencia autonómica desde agosto de 1997, primero mediante varios contratos temporales hasta junio de 2001, y a partir del julio de dicho año mediante contrato de interinidad para cobertura de una vacante vinculada a la OEP de 2001.

La siguiente información de que disponemos en tales hechos es que se convoca «proceso selectivo para cobertura de plazas de auxiliar de hostelería» casi nueve años más tarde, por Orden de 3 de abril de 2009. Siete años más tarde, el 30 de septiembre de 2016, se adjudica la plaza a una trabajadora distinta de la que la ocupaba, por lo que se le comunica el mismo día la extinción de su contrato.

No obstante, parece que seguían existiendo necesidades que cubrir y que la trabajadora cesada debía cumplir los requisitos adecuados para prestar tales servicios de auxiliar de hostelería, ya que poco después, el 17 de noviembre, fue contratada nuevamente como interina, si bien en un centro residencial distinto del que había prestado anteriormente sus servicios, «para sustituir a otra persona trasladada».

La sentencia del JS estimó parcialmente la demanda. Primeramente, desestimó la excepción procesal formal de falta de acción alegada por la parte demandada, al considerar esta que dicha carencia derivaba del hecho de haber vuelto a prestar servicios para la misma entidad. Después, se aceptó que la extinción se había producido por ocupación o cobertura de vacante, de ahí que no existiera amortización de plaza y no fueran aplicables las tesis de la parte actora sobre nulidad de la decisión e incumplimiento de las formalidades necesarias para llevar a efecto un despido objetivo (arts. 51 y 53 LET). A continuación, entendió que el contrato de interinidad se había novado en indefinido no fijo por haber sobrepasado su duración el plazo máximo de tres años previsto en el art. 70 EBEP para la ejecución de la oferta pública de empleo. Finalmente, reconoció el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de doce días de salario por año, aplicando la jurisprudencia entonces vigente, entre otras, en la sentencia del TS de 7 de noviembre de 2016.

Ambas partes recurrieron en suplicación. La Sala autonómica aplica su doctrina contenida en sentencia de 12 de diciembre de 2017, en un supuesto similar y

en el que se manifestó en estos términos: «no nos encontramos ante un despido improcedente sino ante un cese procedente que habría de ser indemnizado en los términos establecidos por la doctrina del alto Tribunal, en la aludida sentencia de 9 de marzo de 2017, núm. 201/2017, Rec. 2636/2015, con veinte días de salario por año trabajado, pero hemos de tener en cuenta que la relación laboral se ha mantenido reiniciándose dos meses después, al suscribir la actora un nuevo contrato de interinidad para prestar servicios con una categoría incluida dentro del mismo grupo que la anterior, V nivel 1, por lo que ningún perjuicio se ha ocasionado a la actora al no haber perdido su trabajo, no habiendo motivo alguno para que sea indemnizada, tal y como viene señalando esta Sala en reiteradas sentencias, por todo lo cual el recurso se estima parcialmente», para concluir, ahora ya con mención al caso litigioso concreto que «[...] la relación de la actora es indefinida no fija (no de interinidad) y no ha habido despido, puesto que tal relación continúa vigente a través de la nueva contratación, que no cambia, conforme al principio de unidad de vínculo, la naturaleza de la relación –sin que proceda analizar de oficio por ser cuestión no planteada y distinta a la acción de despido el derecho o no a salarios en el ínterin entre el antiguo y el nuevo contrato–».

Por consiguiente, estimó parcialmente los dos recursos, y declaró el carácter de indefinida no fija de la relación laboral de la actora, «revocando la sentencia de instancia respecto a la indemnización fijada y dejándola sin efecto».

Contra la sentencia del TSJ se interpuso RCU únicamente por la parte empresarial demandada.

Conviene recordar primeramente que, en suplicación, la Administración había alegado cuatro motivos, al amparo del art. 193 c) LRJS, es decir por infracción de normativa y jurisprudencia aplicable. Además de la infracción del art. 70 y la disposición final cuarta del EBEP, se alegó vulneración del art. 49.1 b) LET en relación con la disposición transitoria octava del mismo texto normativo, al considerar que de deber abonarse una indemnización esta debería ser de ocho días, y no doce, por año de servicio.

Pues bien, en casación, y tal como concreta el TS en el fundamento de derecho primero, 5, solo manifiesta su discrepancia con «la declaración del carácter de indefinida no fija de la relación laboral de la actora», aportando como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala autonómica madrileña el 23 de octubre de 2017, que, en un supuesto similar al de la sentencia recurrida, estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la sentencia de instancia y declaró inexistente la condición de indefinida no fija de la trabajadora demandante, habiendo extinguido su contrato, de interinidad por vacante, por causa válida, es decir por ocupación de la plaza por otra persona trabajadora.

La Sala analiza en primer término si concurren los requisitos requeridos por el art. 219.1 LRJS para poder unificar doctrina, es decir si hay contradicción entre las dos sentencias, recurrida y de contraste. La respuesta será afirmativa, acertada-

mente a mi parecer, ya que se trata de supuestos litigiosos en que los hechos son sustancialmente idénticos, el debate jurídico también y, por el contrario, los resultados son distintos por la diferente aplicación que efectúan del art. 70 EBEP para considerar existente o no la condición de trabajadora indefinida no fija de personas que prestaban sus servicios desde hacía varios años en la Administración sanitaria madrileña y que vieron extinguida su relación contractual laboral por haber sido cubierta la plaza, tras la celebración del preceptivo concurso, por otra persona.

Se trata, en suma, de sentencias contradictoras que requieren de unificación, y ello, recuerda la Sala, con remisión a su sentencia de 17 de julio de 2017, «con independencia del mayor o menor acierto de los razonamientos empleados por las sentencias comparadas». En el apdo. 2 del fundamento de derecho segundo se sintetiza la tesis de la Sala: «[...] Realmente, lo que está en juego es si la superación del plazo de tres años, art. 70 EBEP, convierte en indefinido al interino por vacante, cuestión que es resuelta de forma diferente y necesita ser unificada. El hecho de que el EBEP se contenga, inicialmente en la Ley 7/2007, publicada años después de la firma del contrato de la demandante en este proceso, no empece esa identidad sustancial, porque la sentencia de instancia y la de suplicación recurrida fundan la novación del contrato, precisamente, en el art. 70 de esa Ley que entró en vigor después de la firma del contrato cuya duración se prolongó hasta el 30 de septiembre de 2016, esto es, que durante más de ocho años, en los que fueron de aplicación la Ley 7/2007 y el RDLeg 5/2015 que aprobó un nuevo Texto Refundido del EBEP, cuyo art. 70 reserva la misma redacción en cuanto aquí interesa».

La tesis de la recurrente, y estamos ya en el fundamento de derecho tercero, es, siempre según la Sala, que se ha infringido el art. 70 EBEP en relación con su disposición final cuarta, siendo así («al entender, en esencia...») que dicho artículo, en su apdo. 1, no es de aplicación, y por ello la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de la normativa aplicable, «al no imponer la novación del contrato por el simple transcurso de tres años».

Sin dilación, la Sala anuncia que el recurso debe prosperar, con la contundente afirmación inicial, supongo que para dar cobertura a todo lo que inmediatamente se expondrá (y con muchas discrepancias al respecto por parte del voto particular) de que la inaplicación del art. 70 EBEP (dicho sea incidentalmente, ya no vamos a encontrar ninguna referencia a la citada disposición transitoria 4.^a) a supuestos como el ahora enjuiciado «es doctrina reiterada de esta Sala». Hay que decir que esta doctrina no solo va a encontrarse en las dos sentencias que se citan en párrafos posteriores, sino también en las que se están dictando en los muy numerosos RCUD pendientes ante el TS, como consecuencia de la suspensión de su tramitación hasta que el TJUE primero, y el propio TS, se manifestaran sobre la existencia o no de una causa objetiva que diferenciara (y ya sabemos que la respuesta ha sido afirmativa) la extinción del contrato de interinidad (temporal) por cumplimiento de una de las causas previstas en la normativa vigente, de la de un

contrato indefinido que se extingue por causas objetivas, y sus efectos sobre el (no) abono de indemnización en el primer supuesto.

Acude en primer lugar la Sala a la sentencia de 19 de julio de 2016, y que también contó con un voto particular fuertemente discrepante del mismo magistrado que lo ha firmado en esta sentencia, que puso el acento en la incompatibilidad del acceso de la condición del interino a indefinido (no fijo) solo por la demora en la tramitación del procedimiento de selección con «el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas [...]». Se refiere a continuación a la «matización» de su doctrina anterior por la sentencia dictada en Pleno el 24 de abril de 2019, de la que pone el acento (a diferencia de donde lo pondrá el voto particular) en que cómo debe aplicarse el plazo de tres años al que se refiere el art. 70.1 EBEP dependerá de las circunstancias concretas de cada supuesto a los efectos de valorar su trascendencia jurídica y posible novación de contrato inicialmente de interinidad.

La sentencia de 4 de julio de 2019 acoge la tesis, basándose en las dos sentencias citadas, de que la ejecución de la OEP tiene una duración máxima de tres años, pero que en modo alguno ello implica que el EBEP esté posibilitando automáticamente la novación de un contrato de interinidad por vacante, ni tampoco que una modalidad contractual como esta tenga una duración máxima de tres años, apoyándose ahora también en la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, Lucía Montero Mateos, asunto C-677/16, para realizar su particular interpretación del tantas veces citado apdo. 64, el que se refiere a la «duración inusualmente larga» de un contrato de interinidad y su posible novación, para llegar a la conclusión de que el TJUE está avalando que la modalidad contractual puede durar más de tres años y que deben ser los tribunales nacionales «quienes valoren si esa excesiva duración justifica la conversión en fijo del contrato temporal».

Una vez fijada por la Sala doctrina general, es decir habiendo concluido (con tesis discrepante del voto particular) cómo debe interpretarse el art. 70.1 EBEP, llega el momento de resolver el caso concreto, y con satisfacción para la Administración recurrente ya que «no se aprecia irregularidad alguna en (su) proceder». ¿Y en qué se basa para llegar a tal conclusión? Pues en dos argumentos que no dejan ser ciertamente sorprendentes, a mi parecer, si tenemos en cuenta todas las fechas importantes del litigio y, muy especialmente, la de inicio de la prestación de servicios (2001) con contrato de interinidad por cobertura de vacante.

El primero, que por Orden de 8 de enero de 2008, publicada en el Boletín Oficial autonómico del día 23, «se actualizó la oferta de empleo público de los años 1998 a 2004, lo que evidencia que no hubo inactividad de la Administración»; la segunda, y sigo insistiendo en que nos fijemos en las fechas importantes del caso, en que las convocatorias para cubrir ofertas de empleo «quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos, como el RDL 20/2011, de 30 de

diciembre, y la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y convocatorias de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo, aunque fuese temporal, y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo (arts. 3 RDL 20/2011 y 21 de la Ley 22/2013)».

Supongo que la mayoría de la Sala era consciente de las críticas que se iban a formular en el voto particular sobre cómo se había utilizado la sentencia de 24 de abril para llegar a la conclusión defendida, y que dicha sentencia admitía la posibilidad de la novación incluso antes de transcurrir los tres años fijados en el art. 70.1 EBEP para su conversión en contratación indefinida no fija. Cómo salva esta posible crítica también merece especial atención si leemos después con atención el voto particular discrepante: según la Sala, no se trata de supuestos iguales, porque en la primera no hubo acción alguna de la Administración tendente a cubrir la vacante, mientras que en la ahora recurrida «hubo OEP en 2001 y 2009»; además, en la ahora enjuiciada solo se debate si es de aplicación o no el art. 70 EBEP y por ello, no se entra, a diferencia de la anterior, en si hubo existencia de abuso o fraude en la contratación temporal. Acudiendo de nuevo a la sentencia Lucía Montero Mateos del TJUE y a la remisión que efectúa este a los tribunales autonómicos para que decidan si es posible una reclasificación de la modalidad contractual teniendo presente las circunstancias concretas del caso, llega a la conclusión de que «no podemos de oficio plantearnos la existencia de fraude de ley o abuso de derecho, so pena de incurrir en incongruencia *extra-petita*», apoyándose en sentencias de la Sala de 19 de octubre de 2015, 25 de abril y 18 de septiembre de 2017, concluyendo con claridad (que tendrá su contundente réplica de contrario en el voto particular) que la jurisprudencia de la Sala impide analizar cuestiones como el fraude o el abuso de la contratación temporal que no fueron objeto de examen en la sentencia recurrida, ya que de entrar «dejaríamos indefensa a la empleadora».

Analicemos a continuación los contenidos más relevantes del voto particular discrepante, educado y moderado en las formas, a la par que con innegable contundencia en la crítica jurídica a los argumentos de la sentencia. Dicha contundencia se deja entrever ya en su apartado primero, en el que, tras subrayar que la única cuestión a debate es determinar si la trabajadora demandante ostenta la condición de indefinida no fija, señala que la contratación data del 3 de julio de 2001, y que la extinción de dicha interinidad se produce el 30 de septiembre de 2016, «es decir más de quince años después», algo que no ha sido cuestionado por la mayoría de la Sala y que lleva al firmante, y magistradas adheridas del voto, a manifestar, me parece que con mucha ironía crítica, que la sentencia «considera normal que un trabajador pueda permanecer como interino por vacante para la Administración Pública durante tal dilatado período temporal y que ni siquiera ello sea suficiente para conferirle la condición de “indefinida no fija” [...]».

A partir de esta premisa previa, con la que se discrepa radicalmente, se entra a fundamentar la tesis defendida, partiendo de los datos fácticos de la sentencia de instancia, inalterado en el recurso de suplicación y posterior sentencia. Con cuidada argumentación, y contradiciendo de plano las tesis de la sentencia, se expone que la contratación fue realizada en 2001 en términos de vinculación a una oferta pública de dicho año, no constando en el relato de hechos probados que esta oferta pública se llevara a efecto, «ni que la Administración autonómica realizara actividad alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza». Con la misma ironía crítica que en el supuesto anterior, aderezada y completada ahora con sustento jurídico necesario, el voto particular afirma que la sentencia mayoritaria hace referencia a una Orden del año 2008, dictada pues con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, «no invocada ni siquiera por la Administración Pública empleadora en su recurso (sin que considere que esto genere indefensión para la parte contraria), de la que, por su mera publicación en el Boletín Oficial, presume que la Administración llevó a cabo realmente actuaciones con respecto a la plaza cuestionada, lo que en ningún lugar se alegó ni consta, deduciendo de ello la existencia de una oportuna y suficiente actividad administrativa a tales fines [...]», para concluir que la genérica afirmación de que mediante aquella Orden se actualizó la OEP del período 1998 a 2004 «no acredita que se convocara la concreta plaza ocupada interinamente por la actora ni, en su caso, la suerte corrida por la misma, si se cubrió, si se cubrió pero la persona que obtuvo la plaza no la ocupó, si quedó desierta o cualquier otra circunstancia decisiva». Como puede comprobarse, ironía y fundamentación van estrechamente de la mano (jurídica, por supuesto).

El voto particular va a centrar su atención en el transcurso de amplios períodos temporales en que la trabajadora estuvo prestando sus servicios y durante los que la Administración demandada no llevó a cabo actuación alguna en orden a la convocatoria de la correspondiente OEP. Si se toma solo en consideración la fecha de entrada en vigor del EBEP, el 13 de mayo de 2007, la demandante ya había prestado sus servicios durante cinco años y nueve meses, un período, recuerda el voto, tras el que cabe razonablemente entender que el sujeto empleador «había vulnerado las reglas imperativas de la contratación temporal y de la exigencia y persistencia de causa para ella, al mantener irregularmente tal forma de contratación evidenciando una larga inactividad de la Administración Pública empleadora y durante un período que es dable de calificar como inusualmente largo e injustificado, pues excede en mucho de los límites normales previstos para la duración ordinaria de la contratación temporal, incluso para la interinidad por vacante y ello aunque se adoptara una interpretación flexible en favor de la Administración Pública empleadora respecto a los empleadores privados, visto el art. 4.2 (contrato de interinidad) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre [...]».

Apunta a favor de su tesis de vulneración de la normativa vigente por duración inusualmente larga (obsérvense, pues, las discrepancias sobre qué debe entenderse por ello entre la mayoría de la Sala y el voto particular) que no constaba la existencia de un proceso de selección, y que aunque no hubiera, con anterioridad al EBEP, un plazo máximo para la duración de un proceso de selección en el empleo público, ello no implicaba en modo alguno dar carta blanca a la Administración, ya que esta «ha de acreditar que no ha existido inactividad por su parte y que ha promovido los mecanismos adecuados, en el tiempo razonablemente exigible, para la provisión de las vacantes», tesis que encuentra apoyo en los art. 6.4 y 7.2 del Código Civil (sobre fraude de ley y abuso de derecho). En suma, ya antes de la entrada en vigor del EBEP, la trabajadora debía ser considerada indefinida no fija.

Y si nos vamos más adelante en el tiempo, sigue sin conocerse actividad alguna de la Administración para la convocatoria de OEP hasta el 3 de abril de 2009, es decir cuando la trabajadora ya llevaba prestando servicios durante siete años y ocho meses, dato que refuerza la tesis anterior y que, nuevamente con ironía crítica, subraya el voto, se destaca que todo ello se produce antes de la «grave crisis económica» citada por la sentencia.

Que dicha crisis existió no se pone, no lo pongo, en duda, y que afectó especialmente al ámbito público es cierto, y por ello supongo que el voto particular no entra a enfatizar la importancia de que debiéramos esperar siete años más, desde que se convoca el concurso hasta que se procede a la cobertura de la plaza (septiembre de 2016) para el cómputo de tiempo en que la trabajadora ha sido interina casi permanente, aunque no deja de subrayar que no constan las causas de la dilación de esos siete años ni hay en autos ninguna alegación de la Administración empleadora al respecto. Dicho sea incidentalmente, en el voto se hace referencia a la convocatoria del proceso selectivo el 3 de abril de 2009, para subrayar la diferencia entre aquello que se recoge en los hechos probados y la argumentación de la sentencia mayoritaria, ya que dicho proceso selectivo «en la sentencia de instancia confirmada en suplicación se niega que fuera de consolidación del empleo y la ahora recurrente no pretendió la modificación de los HP de la sentencia de instancia en los que no consta tal dato».

El voto coincide con la sentencia en que la Sala puede decidir aplicar la doctrina que considera más correcta, sin quedar condicionada por las argumentaciones de las partes, y en aplicación de esta tesis es como la sentencia falla a favor de la parte empleadora, criticándole que no utilice otros argumentos que pueden servir, y así lo expone a continuación, para defender la tesis favorable a la parte trabajadora con el argumento de que ello «le generaría indefensión a la empleadora».

Su tesis es que la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 24 de abril de 2019 hubiera podido perfectamente llevar a la desestimación del recurso empresarial y la confirmación de las sentencias de instancia y suplicación, y que incluso la sentencia del TJUE, caso Lucía Montero Mateos, «es muy cuestionable»

que avale la tesis de la sentencia mayoritaria de que un contrato de interinidad pueda durar más de tres años. Formula el voto una dura crítica formal, con evidente impacto sustantivo o de fondo en la decisión adoptada, a la alegación de no poder entrar, por pretendida incongruencia *extra-petita*, en un hipotético fraude de ley o abuso de derecho, destacando lo siguiente: «A pesar, de como la propia sentencia mayoritaria reconoce, para llegar a la conclusión estimatoria del recurso formulado por la empleadora se han cambiado los términos del debate planteado por la recurrente que exclusivamente invocaba inaplicación de la DT 4.ª EBEP; y dado que visto el planteamiento de la demanda y la estimación esencial de la pretensión actora en la sentencia de instancia y en la recurrida, en aplicación estricta de la doctrina de esta Sala de casación en la fecha de los hechos, no cabe entender le fuera exigible a la actora que interpusiera recursos de suplicación y de casación contra las referidas sentencias para que se le estimara igualmente su pretensión pero por motivos distintos».

Todo ello le lleva a concluir que hubiera debido desestimarse el recurso y aplicar la doctrina de la citada sentencia de 24 de abril, así como también una interpretación del apdo. 64 de la sentencia Lucía Montero Mateos a la evitación de situaciones contractuales no conformes a los objetivos del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE de favorecer la contratación de duración indefinida, y reservar la contratación de duración determinada a supuestos en los que exista causa debidamente justificada para ello y con un período temporal concreto, afirmando el voto particular con innegable dureza dialéctica que es «difícilmente entendible que la finalidad del Acuerdo Marco se cumpla con la interpretación que se efectúa en la sentencia mayoritaria».

Concluyo. Siete años y ocho meses (sin contar los siete años de la crisis económica) parecen ciertamente excesivos para el fundamentado y documentado voto particular, incluso con interpretaciones flexibles de las normas aplicables, para un contrato de interinidad para cobertura de vacante, y mucho más si no existió actividad alguna de la Administración empleadora para la convocatoria. Pero no es esta la tesis de la sentencia en modo alguno, como he tratado de explicar.

V. Derecho a la readmisión de los trabajadores fijos, y no de los restantes, tras despido disciplinario no conforme a derecho. El TJUE acepta la diferencia de trato. Sentencia de 25 de julio de 2018 (C-96/17)

1. Consideraciones previas

El TJUE (Sala Sexta) dictó sentencia el 25 de julio de 2018 dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada el 26 de enero de 2017 por el JS núm. 2 de Terrassa (asunto C-96/17).

Se trata de una resolución de especial importancia para el personal laboral que presta sus servicios en el empleo público, ya que en la citada cuestión se planteaba si el reconocimiento del derecho de readmisión de los trabajadores fijos que se prevé en el art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE, con respecto a los indefinidos no fijos y temporales. Como explicaré más adelante, el TJUE considera posible la diferencia de trato entre unos y otros trabajadores, encontrándose ya una buena síntesis de la sentencia en la nota de prensa del gabinete de comunicación del tribunal, titulada «El Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada no se opone a que el personal laboral no fijo de la Administración española no tenga derecho a una garantía de readmisión en caso de despido disciplinario improcedente», y este muy amplio subtítulo: «En efecto, con arreglo al Derecho común en este caso el empleador puede elegir entre readmitir o indemnizar al trabajador. El trato diferenciado al que tiene derecho el personal laboral fijo, que debe ser readmitido, está justificado por la garantía de permanencia en el puesto que, en virtud del Derecho de la función pública nacional, solo puede ser invocada por este personal».

Procederé, en primer lugar, a recordar el contenido de la cuestión prejudicial y los antecedentes del litigio que llevaron a la presentación de la demanda, en procedimiento por despido, ante el juzgado. Después, realizaré el examen de la sentencia del TJUE.

2. Cuestión prejudicial planteada por el auto del JS de lo Social núm. 2 de Terrassa de 26 de enero de 2017

El auto dictado por el JS núm. 2 de Terrassa versa sobre el despido disciplinario de una trabajadora enfermera de un hospital público, que ostenta la condición jurídica de indefinida no fija, cuestionándose por el juzgador si el reconocimiento del derecho de readmisión de los trabajadores que se prevé en el art. 96.2 EBEP, es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la cláusula 4 de la Directiva 1999/70, con respecto a los indefinidos no fijos y temporales. Las cuestiones prejudiciales planteadas son las siguientes:

¿Se considera dentro del concepto «condiciones de trabajo» de la cláusula 4 apdo. 1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, la respuesta legal que ofrece el ordenamiento jurídico ante la calificación de un despido disciplinario considerado ilegal y en especial la respuesta que señala el art. 96.2 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?

¿La cláusula 4 apdo. 1 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, consideraría discriminatoria una situación como la prevista en el art. 96.2 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 en la que el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de las Administraciones Públicas si es declarado improcedente –ilegal– supone siempre la readmisión del trabajador pero si es indefinido –o temporal– realizando las mismas funciones que uno fijo, otorga la posibilidad de no readmitirlo a cambio de una indemnización?

¿Cuáles son las razones o motivaciones que llevan al juzgador a plantear la cuestión prejudicial?

En primer lugar, hay que conocer el litigio suscitado, cual es la demanda por despido presentada por una trabajadora que presta sus servicios en el Consorcio Sanitario de Terrassa, con la categoría profesional de diplomada en enfermería grupo 2, poniendo de manifiesto el juzgador ya desde el inicio del auto que realiza «actividad igual que cualquier otro trabajador de enfermería grupo 2 fijo en la empresa demandada». Estamos, pues, ante un vínculo contractual existente entre una trabajadora y una entidad pública, vínculo iniciado el 30 de mayo de 2006, mediante la suscripción de un contrato de interinidad con la Fundació Sant Llützer que concluye el 14 de agosto de 2006, si bien siguió prestando sus servicios en la misma empresa a partir del día 15, aun cuando con un nuevo contrato de interinidad, que fue transformado en indefinido el 28 de diciembre de 2006. Consta en la relación de hechos que dicho contrato se formalizó a tiempo parcial, muy poco parcial, permítanme el comentario, ya que la jornada diaria era de 7 horas 30 minutos. Muy

poco después, el 11 de enero de 2007, pasó a jornada completa. Con posterioridad se produjo una subrogación en la titularidad empresarial, que conllevó que la trabajadora pasara a prestar sus servicios para el Consorcio Sanitario de Terrassa.

Los avatares del caso guardan particular interés, ya que, además de los referenciados, nos encontramos a partir del 20 de julio de 2011 con la solicitud de una excedencia voluntaria por un año, concedida por la empresa y que posteriormente fue prorrogada en dos ocasiones, también anualmente, hasta que la trabajadora solicitó su reingreso el 19 de junio de 2015. Las disputas entre la trabajadora excedente y la empresa respecto a las condiciones del reingreso planteadas por esta última llevaron finalmente al despido disciplinario de la trabajadora por ausencias injustificadas al trabajo, negadas de plano por la demandante en el trámite abierto de expediente por la empresa como paso previo a la decisión adoptada, argumentando que «negaba la responsabilidad disciplinaria al entender que la demandada había efectuado una ficción jurídica para contrarrestar la solicitud de reingreso».

El juzgador pasa revista a la normativa nacional y europea que considera de aplicación para la resolución del litigio. Tales son, en primer lugar, los arts. 2, 7, 93 y 96 del RDLeg 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del EBEP. En segundo lugar, repasa la jurisprudencia española aplicable al caso, explicando con detalle cómo ha ido construyéndose por la jurisprudencia del TS el concepto de trabajador indefinido no fijo, concluyendo tras su estudio con la afirmación de que el TS «otorga al contrato de trabajo indefinido de los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas un estatus casi idéntico –por no decir idéntico– a los contratos de trabajo de interinidad por vacante que profusamente explica la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia transcrita» (de 24 de junio de 2014, caso Universidad Politécnica de Madrid). A continuación, se detiene en la normativa europea, con mención de las cláusulas 3 y 41 del Acuerdo Marco incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE, y el art. 20 CDFUE, que dispone que «todas las personas son iguales ante la ley».

Es a partir del apartado quinto, cuando el juzgador se plantea, y las formula, las «razones para preguntar sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea», y dado que hemos partido del estatus contractual de trabajadora indefinida no fija que plantea una demanda por despido, cuya posible declaración de improcedencia en sede judicial daría opción a la parte empresarial, ex art. 56 LET, a optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, y que el art. 96.2 EBEP dispone que procederá la readmisión del personal laboral fijo, es decir sin opción para la elección de la indemnización por la parte empresarial, «cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave» (expediente tramitado en tales términos en el caso ahora analizado), cree el juzgador que tal diferencia de regulación jurídica presenta «una peculiaridad que justifica la presentación de esta cuestión prejudicial», por entender que podría no ser

conforme a los apartados anteriormente referenciados del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y más concretamente a la cláusula 4.1. Para llegar a esta hipótesis, a tener dudas sobre la correcta adecuación del Derecho interno al comunitario, el juzgador entiende, con base comunitaria suficiente para ello, a mi parecer, que, en el caso de la trabajadora despedida, es de aplicación el apdo. 3 del Acuerdo Marco, por tratarse de un contrato que, aunque formalmente denominado de indefinido no fijo, está sujeto a una cláusula objetiva de temporalidad, cual es de la convocatoria pública de plaza para cubrir la vacante existente, y al que es de aplicación la normativa comunitaria, tal como declaró el TJUE en el asunto León Medialdea (auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14), y acogió posteriormente nuestro TS en sentencia de 6 de octubre de 2015. Interesante es la duda planteada por el juzgador respecto a la naturaleza indefinida o temporal del contrato, dado que de aceptarse formalmente la primera hipótesis, que descarta el juzgador, no estaríamos comparando un contrato temporal con otro fijo o indefinido comparable. En apoyo de su tesis jurídica, se acude al argumento de que la trabajadora no ha consolidado la plaza que ocupa, plaza en propiedad o fija, «por lo que la misma mantiene una situación precaria con respecto a trabajadores fijos comparables».

Las cuestiones prejudiciales planteadas lo serán por varios motivos. En primer lugar, por las dudas del juzgador de si la regulación o tratamiento legal del despido disciplinario regulado por el art. 96.2 EBEP es «una condición de trabajo» de acuerdo al contenido, e interpretación que se ha efectuado por la jurisprudencia comunitaria, de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. En este punto, el juzgador acude a la sentencia Ana de Diego Porras I, apdos. 28 a 30, y de la misma «intuye» que la respuesta debería ser afirmativa, pero la inexistencia de un pronunciamiento expreso sobre la cuestión es la que le mantiene en la incertidumbre, si bien no oculta el juzgador que la respuesta debería ser positiva si seguimos la sentencia Nierodzík (13 de marzo de 2014, asunto C-38/13, apdos. 27 y 29), aun cuando reafirma la duda porque es «atendiendo a la naturaleza legal de lo que sería la condición laboral... lo que lleva al planteamiento de esta particular cuestión». Recuerdo en este punto que el apdo. 27 dispone que «En el presente asunto, ha de destacarse que la normativa nacional controvertida en el litigio principal tiene por objeto las condiciones de resolución de un contrato de trabajo de duración determinada. Pues bien, una interpretación de la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo Marco que excluyese tales condiciones de resolución de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones».

Planteadas la primera duda, surge inmediatamente la segunda, cual es la de la conformidad a la normativa comunitaria de la diferente protección jurídica para

un despido disciplinario declarado procedente, según que la demandante tenga uno u otro vínculo contractual (temporal-indefinido no fijo, o fijo). Nuevamente en este punto el juzgador acude a la sentencia Ana de Diego Porras I, transcribiendo sus apdos. 35 a 44, y con respecto, más concretamente, a la llamada justificación objetiva de una diferencia de trato, acude a los apdos. 45 a 52. Cree el juzgador que no hay un pronunciamiento expreso sobre la cuestión planteada, y por ello la formula, si bien ya le avanza al TJUE que sí considera, aunque formula su tesis «con reservas», que no encuentra en la normativa comunitaria referenciada, interpretada por el TJUE, dicha justificación objetiva para diferenciar una y otra situación jurídica, por lo que, a su parecer, el diferente grado de protección en un supuesto de despido declarado improcedente sería discriminatorio por no estar la desigualdad objetivamente justificada. La cuestión prejudicial plantea su hipótesis en relación con el art. 20 CDFUE por su relación con la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, si bien no hay mayor explicación o argumentación sobre la aplicación directa de la Carta, cuestión sobre la que sí hay, ciertamente, una amplia argumentación del TJUE en varias sentencias dictadas en relación con conflictos laborales.

3. Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018

El TJUE pasa a responder conjuntamente a las tres preguntas formuladas en la cuestión prejudicial, si bien la tercera queda ya prácticamente descartada de inicio, en cuanto que el tribunal parte de la base de que el caso debe examinarse a la luz de lo dispuesto en la Directiva y el Acuerdo Marco anexo (cláusula 4), ya que ambos textos «aplica(n), en lo que respecta a los contratos de duración determinada, el principio de igualdad jurídica recogido en el art. 20 CDFUE».

Los primeros apartados de la fundamentación jurídica (núms. 19 a 24) le sirven al TJUE para recordar su consolidada doctrina sobre los objetivos y finalidad del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, cuales son garantizar el principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores temporales con respecto a los que tienen una relación contractual indefinida.

Sí me parece conveniente resaltar que prácticamente todas las citas jurisprudenciales que se encuentran en esta sentencia son referidas a la nueva doctrina del TJUE sentadas en las sentencias de 5 de junio, y más concretamente en la dictada en el asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, ya que solo hay una en la que se cita el caso Ana de Diego Porras I. Siendo incidental esta referencia a los efectos de análisis del caso ahora enjuiciado, no es menos cierto que marca una clara orientación del TJUE respecto a los criterios jurisprudenciales a tomar en consideración en nuevas sentencias, o lo que es lo mismo, el claro y evidente «desapego» del caso Ana de Diego Porras I.

¿Qué es un trabajador indefinido no fijo? ¿Es indefinido o es temporal? Con la complejidad de las idas y venidas de las sentencias del TS, no sabemos muy bien cuál sería su estatus, pero ello no me parece que en esta ocasión tenga importancia, ya que el TJUE asume, hace suya, la tesis del órgano jurisdiccional remitente, que considera que estamos en presencia de una trabajadora cuya relación contractual es de «duración determinada», por lo que, sin mayores argumentaciones jurídicas, considera que está dentro del ámbito de aplicación personal (cláusula 3) del Acuerdo Marco.

La cuestión litigiosa versa sobre la posible readmisión en caso de despido disciplinario no ajustado a derecho, que se predica para los trabajadores fijos (únicamente) en el art. 96.2 EBEP, y no hay referencia alguna a otras categorías de trabajadores que presten servicios en el sector público, como es el caso ahora analizado de una trabajadora indefinida no fija. ¿Estamos en presencia de una condición de trabajo, a la que es de aplicación el Acuerdo Marco? Sí, en cuanto que se trata (doctrina jurisprudencial consolidada, aunque ahora solo se cite la sentencia C-574/16) de una medida incluida en el ámbito de la relación laboral entre la parte empleadora y la trabajadora, siendo su exclusión contraria al objetivo perseguido de garantizar la igualdad de trato de los trabajadores temporales. No obstante, cabe señalar que el TJUE sufre una confusión, a mi parecer, entre aquello que se plantea (la readmisión) y aquello que es posible en el ordenamiento jurídico laboral en general y en el sector público para los trabajadores no fijos (la posible sustitución de la readmisión por la indemnización), aun cuando no tenga relevancia para la resolución del litigio en cuanto que ambos supuestos quedan incluidos, a mi parecer, dentro del concepto de «condiciones de trabajo». No está en juego, como erróneamente plantea el TJUE, «una indemnización como la controvertida en el litigio principal» (apdo. 31), sino la regulación del régimen jurídico de readmisión o reincorporación del trabajador despedido de manera no conforme a derecho, y de lo que se trata es de determinar si dicha regulación (que insisto que entre dentro del concepto de condiciones de trabajo) es aplicable también a los trabajadores no fijos.

Los apdos. 32 a 39 parecen más bien un recordatorio general de la doctrina de la sentencia del Grupo Norte Facility, en cuanto a que deben tratarse de forma semejante situaciones comparables, siendo la posibilidad de un trato diferente posible cuando este sea o esté «objetivamente justificado». Que existe una diferencia de trato entre el recibido por la parte demandante, respecto a la posibilidad que tiene la empresa de optar entre readmitir o indemnizar en caso de despido improcedente, con relación a un trabajador fijo, para el que únicamente se prevé la readmisión, es claro y evidente. Cuestión distinta (ya nos vamos acercando al núcleo duro o parte fundamental de la sentencia) es que nos encontremos ante una situación que permita diferenciarse de otra comparable «por razones objetivas». No obstante dejar claramente planteada que esta comparabilidad existe en el caso

enjuiciado, el TJUE remite al órgano jurisdiccional nacional remitente (le ha dado algo más que meras orientaciones), para determinar, por ser «el único competente para examinar los hechos», si la trabajadora demandante (indefinida no fija) «se encontraba en una situación comparable a la de los trabajadores fijos contratados por el mismo empresario durante el mismo período».

El amplio sometimiento a la doctrina de la sentencia del Grupo Norte Facility, que se comprueba en el apdo. 39, va a tener concreción en los siguientes, para llegar finalmente a la aceptación de las tesis formuladas por el Gobierno español respecto a la justificación de la diferencia de trato entre unos y otros trabajadores, aceptación que sigue la misma línea que la manifestada por el TJUE en las sentencias de 5 de junio de 2018 y que ponen de manifiesto un cambio de tendencia con respecto a litigios anteriores en los que también se debatía la aplicación de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco.

Sorprende, de entrada, que el TJUE no aborde directamente la resolución del litigio, sino que lo haga después de exponer que la regla general en el ordenamiento jurídico laboral español es la opción empresarial entre la readmisión o la indemnización (justificación que encuentra en la documentación obrante en autos y en las preguntas formuladas en el acto de la vista pública), para inmediatamente ya apuntar que la excepción es justamente la regulación del art. 96.2, es decir la readmisión de un trabajador fijo cuando su despido disciplinario es declarado no conforme a derecho. Es necesario efectuar esta referencia, ya que, justamente, la regla general de la no readmisión obligatoria será una de las tesis defendidas por el Gobierno español para justificar que en casos bien diferenciados y justificados, como son los del personal laboral fijo, que ha accedido por la vía regular al empleo público, exista esta diferencia de trato para que dicho personal «pueda beneficiarse de esta garantía de permanencia que constituye una excepción al régimen general del Derecho Laboral».

¿Existen, por consiguiente, diferencias de trato «debidamente justificadas», entre aquellos que han accedido al empleo público por la vía de las reglas, constitucional y legalmente previstas, que vinculan tal acceso al respeto de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y quienes lo han hecho «por la puerta trasera» en cuanto que quizás pudieron acceder inicialmente de forma regular en la contratación laboral o nombramiento de funcionario interino pero después pasaron a indefinido no fijo por incumplimiento de la normativa sobre la contratación temporal? La respuesta será afirmativa para el TJUE, que hará suyas prácticamente, y sin valoración crítica alguna, las tesis del Gobierno español, para considerar que estamos en presencia de dos situaciones ciertamente comparables que pueden diferenciarse en cuanto a la normativa aplicable por existir «elementos precisos y concretos», «criterios objetivos y transparentes», que así lo justifican. La mayor protección de los trabajadores fijos, su readmisión automática en caso de despido disciplinario no conforme a derecho, forma parte, afirma el TJUE después

de aceptar las tesis del Gobierno español, «de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos». El jurídico, apunto por mi parte, quizás pueda serlo, pero desde luego, respecto al fáctico, no atisbo a ver las diferencias que justificarían el trato desigual.

Y digo que el TJUE hace suyas prácticamente sin crítica alguna las tesis del Gobierno español porque ello queda manifiestamente puesto en evidencia en el apdo. 46 cuando afirma que dichas tesis pueden justificar las diferencias, tras previamente haber rechazado que el concepto de «interés público» tenga tal entidad suficiente por sí solo para justificar tales diferencias.

Como estoy citando en varias ocasiones las tesis del Gobierno español y aún no he hecho mención concreta a ellas, es oportuno señalar que están ampliamente recogidas en los apdos. 42 a 44, y que a mi parecer guardan bastantes puntos en común con otras observaciones formuladas por el Gobierno en litigios en los que estaba en juego la diferencia de trato, por ejemplo, entre personal fijo e interino y que el TJUE no tomó en consideración, por lo que me parece pertinente insistir en la importancia del cambio de rumbo del tribunal europeo al respecto. Por su interés, las reproduzco a continuación, y paso a su comentario posteriormente.

42. El Gobierno español alega que esta diferencia de trato está justificada en virtud de las normas de contratación de esta categoría de trabajadores y del contexto específico en el que se produce su contratación. De este modo, a su juicio, la garantía de readmisión controvertida está indisolublemente vinculada al sistema de acceso a puestos de personal laboral fijo. En efecto, el Estatuto Básico del Empleado Público prevé que el sistema de acceso del personal laboral fijo tiene carácter selectivo y que, a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, deberá incluir una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación o resultar de un procedimiento de valoración de méritos. Mediante la readmisión automática en caso de despido declarado improcedente, el legislador español ha querido proteger a los trabajadores fijos de la Administración Pública, respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

43. El Gobierno español alega a este respecto que el mantenimiento en las funciones constituye un imperativo que deriva de la superación de una oposición, la cual justifica conceder más garantías al personal laboral fijo, como el derecho de permanencia en el puesto, que al personal laboral temporal o al indefinido no fijo.

44. Según dicho Gobierno, para el personal fijo, la readmisión obligatoria garantiza la estabilidad en el empleo, teniendo en cuenta los principios consagrados en la Constitución Española, mientras que, para el personal no fijo, el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de la relación laboral, de modo que, en este caso, el legislador español no ha considerado conveniente privar a la Administración empleadora de la facultad de elegir entre readmitir al trabajador cuyo despido disciplinario es declarado improcedente y concederle una indemnización.

Tan devoto y respetuoso de las tesis del Gobierno español (parece que las repi-mendas que se hicieron al TJUE con ocasión de la sentencia Ana de Diego Porras I están surtiendo algo más que un mero efecto) es el tribunal europeo que la lectura del apdo. 45 parece una repetición de los tres anteriores, si no fuera porque ahora el TJUE hace suyas las tesis del Gobierno español, manifestándose en estos térmi-nos: «[...] A este respecto, las consideraciones de imparcialidad, eficacia e inde-pendencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Estas consideraciones, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e in-demnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente».

Bueno, afirmo, parece que hay dos criterios, uno del Gobierno español y otro del TJUE (si bien basado esencialmente en las tesis del primero) que deben me-recer nuestra atención.

La primera, la diferencia de trato, la «preferencia» (= estabilidad) de los traba-jadores fijos para mantener su empleo cuando la decisión disciplinaria empresarial no sea conforme a derecho se basa en la superación de unas determinadas prue-bas para el acceso a la plaza ocupada, habiéndose debido respetar en el precep-tivo concurso los principios de igualdad, mérito y capacidad (además de la debida publicidad de la convocatoria). Sus «funciones», siempre siguiendo la tesis del Go-bierno español, requieren que tengan una especial protección ante la máxima san-ción disciplinaria que puede imponer el empleador (despido), algo que no ocurre en el supuesto de los trabajadores no fijos para quienes el mantenimiento de sus funciones «no constituye un elemento esencial de la relación laboral».

Pues bien, ¿está apuntando el Gobierno español a la menor importancia, prác-tica, del trabajo efectuado por un trabajador en el ámbito público cuya única (pero, a lo que parece en esta sentencia, muy importante) diferencia con otro es la dura-ción, determinada o indefinida, del vínculo jurídico contractual que le une a su em-pleador? Supongo que es la vía para reforzar la importancia del mandato constitu-cional, desarrollado legalmente, sobre la forma regular, y estable, de acceso al empleo público, pero no me parece de recibo que las «funciones», el trabajo de-sarrollado en suma, por trabajadores «no fijos», que pueden haber accedido de forma regular y conforme a derecho a la Administración (¿Qué son, por ejemplo, los concursos de profesorado universitario para plazas de profesor asociado, en los que las personas aspirantes han tenido que pasar por un proceso selectivo?), aun cuando después las irregularidades administrativas hayan llevado a un cambio en su estatus contractual, tenga menor importancia «sustancial» que el de aquellos que tienen mayor estabilidad. ¿Es esta una diferencia que puede justificar, ser una causa objetiva, la diferencia de trato? Sí para el Gobierno español, sí para el TJUE, y con mis amplias dudas al respecto.

La segunda, la tesis del TJUE que considera que «las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo». Mi parecer, que a buen seguro será el de todas las personas que trabajan en el ámbito de las Administraciones Públicas, es que el desarrollo de la actividad laboral, de la prestación de servicios, sea una persona «contratada temporal» o «contratada fija», ha de producirse con estricto respeto de los principios más arriba enunciados, no solo porque debe ser consustancial al desempeño de la actividad, sino también porque de su incumplimiento pueden derivarse responsabilidades jurídicas diversas en los ámbitos laborales, administrativos y penales. ¿Quiere dejar abierta la posibilidad el TJUE, al estilo de la ventana abierta en la sentencia Lucía Montero Mateos, y que ya ha sido utilizada por el TSJ de Madrid en su sentencia de 26 de junio de 2018, a que en el supuesto de que la prestación de servicios cumpla con tales principios ello lleve aparejada la «mayor estabilidad» en el empleo, a imagen y semejanza de los trabajadores fijos? No parece descabellada, ciertamente, esta hipótesis.

4. Recapitulación

Concluyo. Me parece que las sentencias Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility, junto con la analizada en este bloque del trabajo, marcan una línea de tendencia mucho más sensible a la aceptación de las diferencias de trato entre trabajadores fijos o indefinidos, por una parte, y temporales por otra. Quedan todavía bastantes cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados y tribunales españoles sobre la misma temática (desigualdad de trato que se plantea si está justificada por existir razones objetivas para ella en cada caso concreto), por lo que habrá que seguir, muy especialmente las personas trabajadoras afectadas, muy atentos a su evolución.

VI. Observaciones finales. Cuestiones pendientes para regular la extinción de la prestación de servicios

Llega el momento de finalizar este trabajo. Bueno, quizás el término finalizar, o concluir, pueda ser válido formalmente, en cuanto que se trata del último tramo del estudio, pero, en realidad, no lo es si prestamos atención a todo lo que queda pendiente, justamente, sobre la materia que ha sido objeto de mi análisis en las páginas anteriores.

Porque, no se trata solo de que el TJUE responda en sus sentencias pendientes a las cuestiones prejudiciales planteadas sobre el alcance, si así lo considera, de la vulneración del derecho de las y los trabajadores temporales en el empleo público que acreditan muchos años de antigüedad en sus puestos de trabajo, una duración «inusualmente larga», por utilizar la polémica expresión mencionada en el apdo. 64 de la sentencia de 5 de junio de 2018, caso Lucía Montero Mateos (asunto C-677/16), y que no pueden acceder, por diversos motivos y dos de ellos, y no poco importantes, desde luego, son la falta de convocatorias de OEP o la dilación en el tiempo desde que se convocan hasta que se celebra el concurso, a la tan deseada estabilidad en el empleo.

En efecto, el TJUE puede dictaminar, y así lo ha hecho en numerosas ocasiones, en litigios que afectaban a diversas condiciones de trabajo y en los que se ponía de manifiesto la diferencia injustificada de trato, por consiguiente, la existencia de una situación discriminatoria, entre trabajadores «indefinidos» (fijos laborales, funcionarios de carrera) y «temporales» (interinos, personal estatutario temporal) que se está vulnerando la cláusula 5 del Acuerdo Marco por no haber adoptado España las medidas oportunas para prevenir y corregir el abuso del empleo temporal en el ámbito público.

En tal caso, proporcionará «orientaciones» o «recomendaciones», a los órganos jurisdiccionales remitentes de las cuestiones prejudiciales para que resuelvan los litigios pendientes ante los mismos, si bien siempre recordará el amplio margen de apreciación de que disponen los poderes públicos en la regulación del acceso a la función pública, y si mantiene las tesis plasmadas en las sentencias tantas veces citadas a lo largo de mi trabajo en los casos Lucía Montero Mateo, Grupo Norte Facility y Ana de

Diego Porras II, confirmará la diferencia en la regulación de la extinción de trabajo entre quienes tienen «presunción de fijeza» (las y los trabajadores temporales) y aquellos que, siempre según su parecer al interpretar la normativa española y acoger las tesis defendidas por el Gobierno, no la tienen (las y los trabajadores temporales).

Ya hemos visto con anterioridad que la tesis de la «fijeza» en el empleo, o dicho de forma más clara, que la irregularidad en la situación laboral deba conducir inexorablemente a una declaración de fijeza que colocaría al personal temporal afectado en idéntica situación a la del personal indefinido, no ha sido, al menos hasta ahora, la tesis acogida por el TJUE, y así se confirma en la sentencia de 19 de marzo de 2020, que sigue en este punto las conclusiones de la abogada general. Sí se deja la puerta abierta a la posibilidad de fijar una regulación indemnizatoria suficientemente persuasiva y disuasoria que lleve a la Administración Pública condenada a evitar seguir haciendo un uso abusivo de las contrataciones o nombramientos temporales, y se abre el camino para que tales cuantías, si finalmente se extingue la relación de servicios, puedan ser fijadas en atención al perjuicio causado por los muchos años de inestabilidad laboral en situaciones que no hubieran debido producirse.

En tal caso, el debate puede plantearse en términos de equiparar la indemnización a la del despido declarado improcedente en las relaciones contractuales a las que son de aplicación el Derecho del Trabajo; tesis, ciertamente, no querida por un sector de la doctrina administrativista, y por supuesto tampoco de sus órganos jurisdiccionales, que manifiestan con toda claridad que se trata de dos ramas del ordenamiento jurídico bien diferenciadas por sus características propias; diferencias, cada vez menores a mi parecer, si se repara en que se concretan en la forma de acceso y en el régimen extintivo cuando nos referimos al personal funcionario de carrera, o a la estabilidad obligatoria para el personal funcionario temporal si nos encontramos ante un despido disciplinario declarado improcedente. También puede plantearse el abono de una indemnización que será fijada por el juzgado o tribunal competente en atención al perjuicio efectivamente sufrido.

Por ello, el debate al que me refería en la presentación entre diversas palabras y aquello que representan en la vida laboral de una persona trabajadora en el empleo público y también para la Administración empleadora (fijeza, indemnización, indemnizaciones, mérito, igualdad, capacidad, publicidad) sigue vigente, y creo que lo seguirá más allá de las sentencias del TJUE, porque aquello que debería intentarse corregir, las situaciones indebidas de mal uso de las contrataciones y nombramientos laborales, deberá producirse por medio de un cambio normativo, que es el que corresponde aprobar al poder legislativo, y tratar por ello de dar seguridad, y no solo «presunción de no fijeza o fijeza» a las relaciones de trabajo de cada persona trabajadora²⁰.

20. Que ello es reconocido como una necesidad se comprueba, por ejemplo, en el programa electoral del partido político más votado en las elecciones generales celebradas el 10 de noviembre de 2019, PSOE, que dispone, en el apartado relativo a empleo digno

Y como cada vez hay un mayor número de personal temporal interino, con diferente antigüedad, y no menor número de personas que desean acceder al empleo público a través de las plazas que se convocan en las, todavía pocas, ofertas de empleo público, la pugna no solo jurídica sino también social está servida y se traslada, como he explicado en este trabajo, a los Parlamentos, tanto estatal como autonómicos, y a las propias Administraciones afectadas, por la búsqueda de acuerdos por los primeros que permitan aprobar normas que posibiliten su acceso al empleo estable a través, preferentemente, del concurso de méritos en relación con el puesto de trabajo ocupado y en función de los años de antigüedad (y también de la edad de la persona trabajadora en algunas ocasiones), y las críticas de quienes están preparando las oposiciones y desean que la regulación de acceso coloque en igualdad de condiciones a todas las personas que se presenten a las plazas ofertadas, con independencia de que algunas de ellas (muchas, si recordamos los datos estadísticos referenciados al principio de mi exposición) lleven prestando ya desde hace unos (o muchos) años sus servicios para la Administración convocante.

En cualquier caso, el debate no puede ni debe centrarse solo sobre la problemática del empleo público, al menos a mi parecer, sino que aquello a lo que debemos enfrentarnos es a una nueva, o cuando menos renovada, regulación de la contratación laboral temporal, con impacto tanto en el sector privado como en el público. No se olvide, en efecto, que la regulación originaria del art. 10 EBEP, y mucho más la modificación posterior sobre las características del funcionario interino, se asemejan como dos gotas de agua a la regulación del art. 15.1 LET.

Por ello, cualquier cambio en el sector privado impacta de inmediato en el sector público, aunque ciertamente para este último quedan cuestiones propias, como son la OEP y su regulación, que queda condicionada tanto por el marco normativo propio, y al que convendría dar certeza jurídica para tratar de evitar, en la medida de lo posible, los vaivenes jurisprudenciales sobre qué debe entenderse por el plazo de tres años fijado en el art. 70.1 EBEP para su ejecución, como por decisiones políticas vinculadas al uso de los recursos presupuestarios existentes y que pueden provocar (la crisis de 2009 a 2015 así lo ha puesto de manifiesto) un incremento del número de personas empleadas con carácter temporal, y los consiguientes problemas jurídicos posteriores que llegan a los tribunales.

Sin ningún ánimo de abordar ahora con detalle dicha nueva, o renovada, regulación, de la normativa sobre la contratación temporal, que deberá llevarse a cabo en el marco del nuevo, tan prometido y aún no iniciada su elaboración, Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI, sí creo que pueden apuntarse algunas líneas al res-

y pensiones justas, que «1.11. Desarrollaremos el Estatuto Básico del Empleado Público, fomentando la evaluación del desempeño, la carrera profesional [...] y se evitará el uso abusivo de la interinidad». https://www.eldiario.es/politica/DOCUMENTO-programa-electoral-PSOE-elecciones_0_957854533.html (consultado: 31 de octubre de 2019).

pecto que refuercen la causalidad en la contratación y la respuesta adecuada ante el uso contrario a derecho de la normativa, y recuérdese el elevado número de personal laboral existente, por ejemplo, en las Administraciones locales.

Una duración máxima de tal contratación, perfectamente posible en los contratos por necesidades de la producción, y más difícil, pero que puede también vincularse a un período máximo en los contratos para obra o servicio e interinidad, ya que la obra o servicio «permanente» y la interinidad «permanente» desvirtúan de principio la nota de temporalidad. Ciertamente, en el ámbito público, debe concretarse el plazo máximo que un puesto de trabajo vacante puede estar ocupado por una misma persona trabajadora en situación de temporalidad, y cuándo debe salir a concurso, o quizá baste con cumplir la normativa vigente ¿no les parece?

El incumplimiento puede llevar aparejado sanciones disuasorias, tanto de índole económica como respecto a los efectos para el mantenimiento del trabajador en su puesto de trabajo.

Las primeras pueden ir por la vía de un incremento de las cuantías económicas fijadas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, e igualmente, y en el ámbito público (ya está previsto en la Ley de PGE y ha sido también admitido por la jurisprudencia del TJUE) que la responsabilidad económica por el mal uso de la contratación temporal recaiga sobre el titular del departamento que haya autorizado la contratación irregular o haya permitido que una contratación regular se haya convertido en contraria a derecho.

Las segundas plantean una cuestión polémica, ciertamente, pero que necesariamente debe abordarse, cual es la declaración de nulidad del despido y la condena a la readmisión del trabajador, que en el sector público pudiera afectar a trabajadores laborales tanto temporales como indefinidos no fijos despedidos disciplinariamente y con declaración de improcedencia del despido (aunque ya sabemos que no es esta la tesis del TJUE, en su sentencia de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17). Mucho más difícil ciertamente, parece la conversión de una situación irregular en otra de fijeza por una decisión judicial, por cuanto el marco normativo para el acceso a dicha fijeza en el empleo público lo limita extraordinariamente, como he tenido oportunidad de explicar con anterioridad y así también se pone de manifiesto en la jurisprudencia del TJUE.

Muchas cuestiones pendientes, en definitiva, y a las que hay que tratar de encontrar soluciones que permitan tanto garantizar el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas como la estabilidad en el empleo de las personas que prestan sus servicios para las mismas. En esta tarea deberán estar implicados todos los poderes públicos y todos los agentes sociales, siendo el único objetivo y finalidad el del beneficio que puede obtener toda la ciudadanía, y la cohesión social, si se consigue. Vale la pena el empeño por muy difícil que parezca en la actualidad.

Y puestos a pedir, lo más importante sería una regulación clara que diera carpetazo a la problemática actual en el empleo público, tanto de cara al futuro como

para resolver la litigiosidad presente. No es una tarea fácil congeniar el apoyo del TJUE en gran medida a las reivindicaciones del personal laboral interino con el respeto de lo dispuesto en los arts. 23 y 103 de la CE, pero sin duda habrá que buscar soluciones para no perder ni dilapidar el capital humano, y los conocimientos, de las personas que llevan muchos años de forma temporal prestando sus servicios en el empleo público. Un reto para el Gobierno y los agentes sociales, que debería evitar una microconflictualidad permanente en sede judicial y una respuesta distinta para cada juzgado y tribunal. O, al menos, ese es mi parecer.

Lecturas complementarias de interés para profundizar en el estudio de la problemática abordada en el libro

1. ALFONSO MELLADO, Carlos L. «¿Interino indefinido?: dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018». *Revista de Derecho Social*, núm. 84/2018.
2. ALONSO GARCÍA, Ricardo, y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (directores). *La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, IVAP, 2019.
3. BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi. «Caso “De Diego Porras 2”: los interinos podrían tener derecho a 12 días (y cuestionamiento de las medidas contra el abuso en la temporalidad)». 21 de noviembre de 2018.
<<https://ignasibeltran.com/2018/11/21/caso-de-diego-porras-2-los-interinos-podrian-tener-derecho-a-12-dias-y-cuestionamiento-de-las-medidas-contra-el-abuso-en-la-temporalidad/>>
4. BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi. «El apartado 64 del caso Montero Mateos: impacto en las relaciones laborales». 21 de mayo de 2019.
<<https://ignasibeltran.com/2019/05/21/el-apartado-64-del-caso-montero-mateos-impacto-en-las-relaciones-laborales/>>
5. BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi. «La jurisprudencia del TJUE en relación con el personal interino» (Ponencia). 2 de julio de 2019.
<<https://ignasibeltran.com/2019/07/02/la-jurisprudencia-del-tjue-en-relacion-con-el-personal-interino-ponencia/>>
6. CABRERA RODRÍGUEZ, José. «¿Fin del derecho a indemnización por cese del personal laboral interino al servicio de la Administración?: La STS (Social) de 13 de marzo de 2019». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114/2019.
<<https://www.euskadi.eus/t59auUdaWar/t59aMostrarFicheroServlet?R01HNoPortal=true&t59aldRevista=2&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=40&t59aContenido=1&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=114>>

7. CASAS BAAMONDE, María Emilia. «El derecho de los trabajadores con contrato de interinidad a la indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva prevista en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores fijos. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa». <<http://www.ejaso.es/wp-content/uploads/2018/01/maria-emilia-casas-analisis.pdf>>
8. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*. Ed. Laborum, 2018.
9. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. «El empleo temporal irregular en el empleo público». *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, vol. 35, núm. 2/2017. <<https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/296931/224451>>
10. DESDENTADO BONETE, Aurelio. «Los problemas procesales del caso Diego Porras. Una reflexión crítica sobre la congruencia del proceso social». 20 de marzo de 2019. <<https://elderecho.com/los-problemas-procesales-del-caso-diego-porras-una-reflexion-critica-sobre-la-congruencia-del-proceso-social>>
11. LÓPEZ HERNÁNDEZ, Aitana. «La contratación laboral temporal a partir del caso Diego Porras (asunto C-596/2014)». *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10/2007.
12. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. «La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin? Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/16) y Grupo Norte Facility (C-574/16)». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 424, 2018, págs. 158-174.
13. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (coordinador). *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019. <<https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=4a8c9fa6-0f2c-4998-9ef7-1dd71cd85508.pdf>>
14. MONEREO PÉREZ, José Luis, y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. «Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión in natura)». *Revista de Derecho Social*, núm. 84/2018.
15. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. «El TJUE corrige la doctrina “De Diego Porras”: a propósito de las sentencias de 5 de junio de 2018 (asuntos C-677/16, Montero Mateos y 574/16, Grupo Norte Facility)». *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2018, págs. 1139-1150.

16. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. «De nuevo sobre la temporalidad en el empleo público y la Directiva 1999/70». *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10/2016.
17. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. «La rectificación de la doctrina De Diego Porras sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada». *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6/2018.
18. ROJO TORRECILLA, Eduardo. «Las dificultades para concretar cuando un contrato de interinidad por vacante tiene una duración “inusualmente larga”. STS-SOC, núm. 536, de 4 de julio». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2018.
<https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000542>
19. SALA FRANCO, Tomás. «Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporales de los trabajadores interinos». *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3/2007.
20. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «La consagración del funcionario interino indefinido». *Revista de Administración Pública*, núm. 208/2019.
<<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=1410&IDA=38618>>
21. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. «Incidencia de la reciente doctrina del TJUE sobre temporalidad en el empleo público». *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, vol. 35, núm. 2/2017.
<<https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/275521/224391>>
22. VV.AA. *La modalidad de contratación laboral. Libro homenaje al prof. Francisco J. Prado Reyes*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018.

El autor

Eduardo Rojo Torrecilla es catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona desde 2008. Con anterioridad fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona, desde junio de 1994 hasta marzo de 2000, y director de su Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía, desde octubre de 2001 a diciembre de 2007.

Fue director del comité científico encargado de los trabajos de elaboración del Plan General de Empleo de Cataluña 2006-2008, y coordinador (de noviembre de 2007 a febrero 2008) del grupo de trabajo sobre el acceso al mercado de trabajo, creado en el marco del proceso de elaboración del Pacto Nacional para la Inmigración en Cataluña.

Es autor y coautor de numerosas publicaciones sobre políticas laborales, de empleo y de inmigración. Da a conocer sus reflexiones jurídicas y sociales a todas las personas interesadas a través de su blog (www.eduardorojotorrecilla.es) y, en general, de las redes sociales.



cemical

consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

cemical.diba.cat

ISBN 978-84-9803-926-9



9 788498 039269

El CEMICAL, constituido por la Diputación de Barcelona, la Federación de Municipios de Cataluña, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la Federación de Servicios Públicos de la UGT de Cataluña y la Federación de Servicios Públicos de CC.OO., tiene dos objetivos: promocionar el progreso de las relaciones entre los representantes de las entidades locales y el personal a su servicio, y favorecer la resolución de los conflictos laborales. Con la colección Estudios de Relaciones Laborales, el consorcio se propone facilitar el diálogo social, mediante la reflexión y el debate, y abordar cuestiones objeto de discusión en las mesas de negociación.

El 14 de septiembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó tres importantes sentencias para España, relativas a conflictos jurídicos sobre la extinción de las relaciones de trabajo en el empleo público.

Este libro versa sobre su impacto en la extinción de la relación de una persona que ha sido contratada temporal e interinamente para sustituir a otra con reserva de puesto de trabajo o bien para ocupar una plaza vacante que ha de ser cubierta, o bien la extinción de una relación de servicios de personal funcionario interino o estatutario temporal.

- 1** La carrera administrativa: nuevas perspectivas
- 2** La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las entidades locales
- 3** El acoso moral: incidencia en el sector público
- 4** El personal directivo en la Administración local
- 5** El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público
- 6** Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal. Una visión crítica
- 7** El despido colectivo en las administraciones y entes públicos. Marco general, causas y procedimiento
- 8** Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública
- 9** La reducción de la jornada y la excedencia por cuidado de hijos o familiares en las administraciones públicas
- 10** La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas
- 11** La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales
- 12** Transparencia y Función Pública
- 13** Extinción de la relación de trabajo en el empleo público interino. El impacto de la jurisprudencia del TJUE (2016-2020)