

Eduardo Rojo Torrecilla

Extinció de la relació
de treball en l'ocupació
pública interina.
L'impacte de la
jurisprudència del
TJUE (2016-2020)

14E **Estudis de Relacions Laborals**

Eduardo Rojo Torrecilla

Extinció de la
relació de treball en
l'ocupació pública
interina. L'impacte de
la jurisprudència del
TJUE (2016-2020)

© Diputació de Barcelona
Maig 2020
Disseny gràfic: Jordi Palli
Composició: Addenda
Producció: Gabinet de Premsa i Comunicació de la Diputació de Barcelona
ISBN: 978-84-9803-925-2

Índex

Abreviatures	6
Presentació	8
I. Qüestions generals sobre el personal funcionari interí i el personal estatutari temporal. De la sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 a les del TS de 26 de setembre de 2018, passant per la del TSJ del País Basc de 12 de desembre de 2016	16
1. Introducció	16
2. Sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 (assumpes C-184/15 i C-197/15)	17
3. Sentència del TSJCA del País Basc de 12 de desembre de 2016	21
4. Sentències del TSCA de 26 de setembre de 2018	22
5. Sentència del TJUE de 7 de març de 2018 (assumpte C-494/16)	30
II. Anàlisi de les conclusions presentades pels advocats generals i de les sentències dictades pel TJUE en els assumptes C-103/18, C-429/18 i C-177/18	35
1. Consideracions prèvies	35
2. Examen de les conclusions presentades en els assumptes C-103/18 i C-429/18	36
3. La limitada estabilitat del personal interí. Sentència del TJUE de 19 de març de 2020 (assumpes C-103/18 i C-429/18)	53
4. Anàlisi de les conclusions de l'assumpte C-177/18	60

5. Límits al dret a indemnització dels empleats públics temporals a l'acabament dels seus serveis. Sentència del TJUE de 22 de gener de 2020 (assumpte C-177/18).....	67
---	----

III. Interins sense indemnització. Del TJUE al TS.

Del 14 de setembre de 2016 al 13 de març de 2019	72
---	----

1. Introducció.....	72
2. Sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 (assumpte C-596/14)...	73
3. Sentència del TSJ de Madrid de 5 d'octubre de 2016	82
4. Qüestió prejudicial plantejada pel TS el 25 d'octubre de 2017	86
5. Sentències del TJUE de 5 de juny de 2018 (assumpes C-677/16 i 574/16)	95
6. Sentència del TJUE de 21 de novembre de 2018 (assumpte C-619/17)...	101
7. Sentència del TS de 13 de març de 2019	107
8. Recapitulació final	114

IV. L'impacte de la jurisprudència del TJUE sobre el TS

i els conflictes jurídics existents	115
--	-----

1. Sentència del TS de 24 d'abril de 2019	115
2. Sentència del TS de 4 de juliol de 2019	120

V. Dret a la readmissió dels treballadors fixos, i no dels altres, després d'un acomiadament disciplinari no conforme a dret. El TJUE accepta la diferència de tracte. Sentència de 25 de juliol de 2018 (C-96/17)

1. Consideracions prèvies	129
2. Qüestió prejudicial que planteja la interlocutòria del JS núm. 2 de Terrassa de 26 de gener de 2017	130
3. Sentència del TJUE de 25 de juliol de 2018	133
4. Recapitulació.....	138

VI. Observacions finals. Qüestions pendents per regular

l'extinció de la prestació de serveis	139
--	-----

Lectures complementàries d'interès per aprofundir en l'estudi de la problemàtica que tracta el llibre

L'autor	147
----------------------	-----

Abreviatures

CA	Contenciós administratiu
CDFUE	Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea
CE	Constitució espanyola
CEEP	Centre Europeu de l'Empresa Pública
CES	Confederació Europea de Sindicats
EBEP	Estatut bàsic de l'empleat públic
JCA	Jutjat contenciós administratiu
JS	Jutjat social
LET	Llei de l'Estatut dels treballadors
LOPJ	Llei orgànica del poder judicial
LRJS	Llei reguladora de la jurisdicció social
OOP	Oferta d'ocupació pública
PGE	Pressupostos generals de l'Estat
RCUD	Recurs de cassació per a la unificació de doctrina
RD	Reial decret
RDL	Reial decret llei
RDLeg	Reial decret legislatiu
Rec.	Recurs
SERMAS	Servei Madrileny de Salut
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea

TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TJUE	Tribunal de Justícia de la Unió Europea
TS	Tribunal Suprem
TSCA	Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem
TSJ	Tribunal Superior de Justícia
TSJCA	Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia
UNICE	Unió de Confederacions de la Indústria de la Comunitat Europea

Presentació

Les dades disponibles en el Butlletí estadístic del personal al servei de les administracions públiques, de l'1 de gener de 2019, ens diuen que hi ha 2.578.388 persones al servei de les administracions públiques, de les quals 1.460.831 són personal funcionari, 603.439 personal laboral i 514.118 «altre personal», amb un impacte especial del segon i el tercer col·lectius en les administracions autonòmiques i locals (126.849 i 429.614, en les autonòmiques; 312.726 i 64.554, en les locals). La tipologia de personal que es té en compte, que, evidentment, pren com a punt de referència l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), inclou, a més del personal funcionari de carrera, el personal estatutari dels serveis de salut, el personal laboral i l'«altre personal» que ja hem esmentat, dins del qual hi ha, en la seva gran majoria, el personal funcionari interí, és a dir, «el que, per raons expressament justificades de necessitat i urgència, és nomenat com a tal per a l'exercici de funcions pròpies de personal funcionari de carrera», quan es doni alguna de les circumstàncies que recull l'article 10 del RDLeg 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de l'Estatut bàsic de l'empleat públic.

Era lògic pensar –i així ha estat efectivament– que el personal interí es mobilitzaria per defensar el que considera el seu dret a l'estabilitat en l'ocupació quan no s'ha complert la normativa administrativa sobre l'oferta d'ocupació pública (OOP), o bé quan s'ha mantingut la persona afectada en la condició d'interinitat durant molts anys, sense que s'hagi procedit a complir la normativa aplicable. Una altra qüestió, certament, i que alhora resulta conflictiva jurídicament, és com es cohoïsten les peticions formulades per aconseguir l'estabilitat, bàsicament a través de la via del concurs de mèrits que, de manera excepcional, preveu l'art. 61.6 EBEP («Els sistemes selectius de funcionaris de carrera són els d'oposició i concurs oposició, que han d'incloure, en tot cas, una o diverses proves per determinar la capacitat dels aspirants i establir l'ordre de prelatió. Només en virtut de llei es pot aplicar, amb caràcter excepcional, el sistema de concurs que ha de consistir únicament en la valoració de mèrits»), amb la regla general constitucional de l'art. 23 de la Constitució espanyola (CE) i plasmada després en la normativa legal esmen-

tada, és a dir que les i els ciutadans tenen «el dret d'accedir en condicions d'igualtat a les funcions i als càrrecs públics, amb els requisits que les lleis assenyalin».

La història de la publicació que els lectors i lectores tenen ara a les seves mans s'inicia, sense que l'autor ho sabés aleshores, el 14 de setembre de 2016. En aquesta data, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) va dictar tres sentències relatives a conflictes jurídics sobre l'extinció de les relacions de treball en l'ocupació pública, que, tal com indica el títol, van canviar, almenys al meu parer, i gairebé goso afirmar que al de la gran majoria dels qui coneixen aquest tribunal, la regulació de l'extinció de les relacions de treball en la funció pública per al personal no fix o que no tingui la condició de funcionari de carrera.

És cert, i convé assenyalar-ho de bon començament, que el TJUE ja havia dictat anteriorment diverses sentències i interlocutòries d'un interès i una afectació indubtables sobre les relacions de treball de personal contractat temporal o amb nomenament funcional interí, que versaven entorn de l'aplicació del principi d'igualtat de tracte i no-discriminació entre persones que presten els seus serveis en virtut d'una relació jurídica de durada determinada i aquelles que tenen una relació contractual indefinida, en les quals donava resposta a diferents qüestions prejudicials plantejades per jutjats i tribunals dels estats membres sobre la interpretació de la clàusula 4.1 de l'Acord marc subscrit pels agents socials europeus (Unió de Confederacions de la Indústria de la Comunitat Europea [UNICE], Centre Europeu de l'Empresa Pública [CEEP] i Confederació Europea de Sindicats [CES]), el 18 de març de 1999, sobre el treball de durada determinada, que es va incorporar com a annex a la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999.¹ Precisament, una publicació de la col·lecció de publicacions del CEMICAL que acull aquesta obra va abordar gran part d'aquestes resolucions judicials i la seva aplicació a les relacions de treball en l'ocupació pública a Espanya, però només per al personal funcional interí i eventual; es tracta, concretament de l'obra la publicada per Josep Aldomà *Aplicació del principi de no-discriminació al personal temporal al servei de l'Administració pública*, almenys fins a final de 2015.²

Les sentències i les interlocutòries del TJUE versaven, i continuen versant, ja que amb posterioritat se n'han dictat diverses més que segueixen la mateixa línia, sobre condicions de treball durant la prestació de serveis, i posaven l'accent en la necessitat de parer atenció d'una manera especial al respecte del principi de no-discriminació per raó de la durada de la relació de serveis, atès que el que impor-

1. Vegeu-ne un estudi molt ampli i detallat en l'article d'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, setembre 2019, pàg. 11-38. https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284892016132/Redaccion (consulta: 28 octubre 2019).

2. En la introducció, el professor Aldomà concreta que el seu treball «se centra exclusivament en [...] l'anàlisi i l'aplicació del principi d'igualtat a les relacions laborals de durada determinada».

ta és el contingut de la prestació, de manera que la diferència de tracte només queda justificada quan hi ha una raó objectiva acreditada degudament.

Com ja he dit en més d'una ocasió, i aprofito l'avinentesa per reiterar-ho, les magistrades i els magistrats del TJUE difícilment podien imaginar que haurien de conèixer de tants litigis sobre aquesta Directiva i aquest Acord marc, i encara molt menys, per descomptat, que una bona part dels litigis provindrien de les qüestions prejudicials plantejades per jutjats i tribunals espanyols, tant de l'ordre jurisdiccional social com del contenciós administratiu (CA). Valgui com a mostra, és a dir, per confirmar que aquestes qüestions prejudicials no decauen, la interlocutòria dictada el 15 d'octubre de 2019 (assumptes acumulats C-439/18 i C-472/18) sobre com ha de computar l'antiguitat per a les treballadores i els treballadors fixos discontinus a fi i efecte d'evitar una discriminació pel que fa al personal que presta els seus serveis a temps complet.

I són encara molt més importants les qüestions prejudicials plantejades per diversos jutjats contenciosos administratius (JCA) de Madrid sobre les possibles irregularitats en la prestació de serveis de personal estatutari i funcionari interí, i quines han de ser les conseqüències jurídiques en cas que s'hi hagi vulnerat la normativa aplicable. Presto una atenció especial a aquestes qüestions en redactar aquest text, la qual cosa fa que la meua publicació sigui una història inacabada de la regulació de l'extinció de les prestacions de serveis en l'ocupació pública. Fins i tot després de les sentències que dicti el TJUE, la història no es tancarà, almenys fins que hi hagi una modificació de la normativa d'ocupació pública que tracti d'evitar, en compliment de la jurisprudència del TJUE i en aplicació de l'art. 4 bis 1 de la Llei orgànica del poder judicial (LOPJ), que continuï havent-hi una litigiositat judicial notable, tot i que no és menys cert que, almenys en l'àmbit laboral, aquesta litigiositat ha desaparegut substancialment a partir de la sentència dictada pel Ple de la Sala Social del Tribunal Suprem (TS) el 13 de març de 2019, que resolva un recurs de cassació per a la unificació de doctrina (RCUD) interposat per l'Advocacia de l'Estat contra una sentència dictada per la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (TSJ) i que va motivar que el TS presentés una qüestió prejudicial davant del TJUE que, al seu torn, va donar lloc a la important sentència de 21 de novembre de 2018.

Per tant, aquesta publicació no versa sobre totes les vicissituds de l'ocupació pública i la manera com les ha abordat el TJUE, i, molt més concretament, quin impacte han tingut sobre l'ocupació pública a Espanya, sinó que se centra en un àmbit molt concret de la relació de treball: el que es produeix justament perquè, per motius diversos, s'arriba a la finalització d'aquesta relació i, singularment, perquè es compleix el requisit que, en principi, marca la normativa vigent quan és una relació de durada determinada.

M'estic referint, com es pot deduir fàcilment, a l'extinció de la relació d'una persona que ha estat contractada temporalment amb un contracte d'interinitat per

substituir una altra persona amb reserva de lloc de treball, o bé per ocupar una plaça que és vacant i que s'ha de cobrir; o bé, l'extinció d'una prestació de serveis que té un nomenament de personal estatutari temporal o de funcionari interí i per al qual la normativa d'aplicació, tant en l'àmbit estatutari com en el més general de l'ocupació pública, fixa unes regles estrictes pel que fa a la justificació i el període de durada o la causa que doni lloc a l'extinció.

És a dir, estan en joc normes de caràcter laboral (la Llei de l'Estatut dels treballadors [LET]), de la funció pública (l'EBEP) i de la «relació funcionarial especial» en l'àmbit estatutari (l'Estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut). Es tracta, en definitiva, d'analitzar quan una extinció és conforme a dret i, si no ho és, quins són els «remeis» que els ordenaments jurídics comunitari i espanyol preveuen per tal que no es tracti una persona que prestava serveis de durada determinada (sigui quina sigui la durada) de manera desigual no justificada, discriminatòria, respecte a un treballador estable amb el qual es pugui fer la comparació. Les paraules «fixesa, indemnització, indemnitzacions» ja constitueixen un punt de referència per a les resolucions judicials, encara que no ho són menys les paraules «concurs, igualtat, mèrit i publicitat», que també sorgeixen immediatament, com si es tractés d'un puzzle o uns mots encreuats en què totes les peces, o les paraules, han de trobar l'acomodament i la cobertura jurídica. La qüestió no és d'una importància menor, no cal dir-ho, atesa la gran quantitat de personal temporal que presta servei en les administracions públiques espanyoles, molt especialment, en primer lloc, en les locals i, en segon terme, en les autonòmiques, com ja he indicat més amunt. En aquest punt, cal recordar, a més, que les competències en matèria de sanitat i educació, àmbits en què el personal temporal és més nombrós, estan transferides a les autonomies.

Al començament d'aquesta introducció, deia que quan es van dictar les sentències del TJUE jo no era conscient en absolut que faria una publicació sobre aquestes sentències i sobre l'acollida que els donarien els òrgans jurisdiccionals espanyols, i tampoc no era conscient de la importància que havien de tenir, ni de l'enrenou que farien, en l'ocupació pública.³ Vaig començar a adonar-me'n en comprovar la gran quantitat de demandes que es presentaven per reclamar una indemnització idèntica a la que percep una o un treballador amb contracte indefinit quan aquest contracte s'extingeix per causes objectives (econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció) a l'empara de l'art. 52 c) LET, basant-se en la sentència del TJUE dictada en l'assumpte C-596/14, més conegut pel nom de la treballadora interina, Ana de Diego Porras. Aquestes demandes no es presentaven únicament quan

3. Fa una anàlisi molt rigorosa de l'impacte de les tres sentències dictades en aquesta data 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»), Sepín, 2016.

s'extingia un contracte d'interinitat, sinó també quan el que s'extingia era un contracte per obra o servei, o bé una relació contractual temporal per necessitats de la producció, i els jutjats i tribunals espanyols hi van donar respostes de tota mena, tant per reconèixer el dret a la indemnització com per rebutjar-lo, aplicant-lo només als contractes d'interinitat i mantenint la regulació vigent (amb indemnització o sense) per a la resta de les relacions contractuals.

De la mateixa manera, la importància d'aquesta jurisprudència es va fer palesa en l'ocupació pública quan els jutjats i tribunals CA van intervenir i van abordar els efectes de les dues sentències més que el TJUE va dictar en la mateixa data del 14 de setembre de 2016: en uns casos, van obrir el camí a l'aplicació del règim laboral d'indemnitzacions a la relació administrativa; en d'altres, van procedir a rebutjar-los pel fet que es tracta de dos ordres jurisdiccionals diferenciats, cadascun dels quals respon a regulacions pròpies i específiques. Més endavant, es va encestar el debat sobre la possibilitat de mantenir la relació funcional interina com a resposta adequada, en aplicació de la clàusula 5 de l'Acord marc, a les actuacions de les administracions públiques qualificades d'abusives per haver mantingut durant molts anys en situació de temporalitat persones que ocupaven llocs de treball que haurien hagut de ser coberts de manera estable.

Vaig començar a parar atenció en aquestes sentències del TJUE, i en l'aplicació que en feien els jutjats i tribunals espanyols, des que van ser dictades, i l'interès va anar *in crescendo* a mesura que la litigiositat jurídica també s'incrementava, amb la previsibilitat més que raonable que els conflictes acabessin arribant al TS, tant a la Sala Social com a la Contenciosa Administrativa (TSCA), i que aquestes donessin resposta a les qüestions plantejades. I en efecte, això és el que va passar a final de setembre de 2018, per a la segona, i a mitjan març de 2019, per a la primera, després que aquesta sala hagués presentat una qüestió prejudicial el 25 d'octubre de 2017 que va donar peu a un tomb jurídic en la interpretació que el TJUE feia de la normativa espanyola, de manera que va canviar la que havia mantingut en la sentència de 14 de setembre de 2016. És important remarcar que aquesta sentència la va dictar la Sala Desena, mentre que la de 21 novembre de 2018 la va dictar la Gran Sala. En el moment de redactar aquest text, encara estan pendents de resolució algunes sentències importants que s'han de pronunciar entorn dels remeis adequats per corregir l'actuació abusiva i contrària a dret de les administracions, si es considera que s'escau, que no han respectat les regles sobre la normativa laboral o funcional que permet la contractació o els nomenaments de durada determinada només per motius i causes taxats i, en principi, respecte a una durada concreta.⁴

4. A més dels assumptes que analitzarem més endavant, cal esmentar també C-760/18 (petició de decisió prejudicial presentada per un tribunal grec el 4 de desembre 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>, i C-103/19 (presentat per 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>.

No obstant això, la meua explicació introductòria seria del tot incompleta si acabés en aquest punt, atès que des de setembre de 2016 fins a febrer de 2020 s'han dictat altres sentències i interlocutòries importants amb relació a l'adequació de l'ordenament espanyol a la normativa comunitària, que han canviat també d'una manera ostensible el criteri favorable a una indemnització semblant a la que rep una o un treballador indefinit quan s'extingeix la relació contractual. Així doncs, es pot dir que hem retornat a la casella de sortida del joc, si entenem que el joc és una relació contractual laboral o un nomenament funcional de personal interí, ja que, almenys en l'àmbit social, després de la sentència del TS de 13 de març de 2019 (Rec. 3970/2016) hi ha hagut, o millor dit continua havent-hi en l'actualitat, més de 150 sentències que es pronuncien en els mateixos termes que aquella i que resolen els RCU presentats en la seva gran majoria per les administracions públiques condemnades, a instància i/o en suplicatori, a l'abonament d'una indemnització, de 12 o de 20 dies, en contractes d'interinitat.⁵

Tampoc no es pot menysprear, de cap manera, la litigiositat en seu CA, que se centra, unes vegades, en les diferències entre els dos ordres jurisdiccionals i, d'altres, en la determinació de quin pot ser el remei adequat enfront d'una actuació abusiva per part de l'ocupador públic.

En efecte, la rectificació del camí que va seguir Ana de Diego Porras I la van començar dues sentències dictades el 5 de juny de 2018, conegudes com a casos Lucía Montero Mateos i Grupo Norte Facility, en què el TJUE va acceptar les tesis del Govern espanyol i va centrar la seva atenció, a causa d'aquest canvi de criteri, en el fet que, en el moment que se'l contractava, el personal temporal no tenia la «previsió de fixesa» que sí que tenia el personal amb una relació estable, atès que el personal temporal sabia que hi havia una causa, amb data fixa o orientativa, que donaria lloc a l'extinció del contracte, mentre que aquesta circumstància no concorria en el personal amb una relació estable, per al qual l'extinció del vincle contractual només es podria donar en el cas que es produís una causa (econòmica, tècnica, organitzativa o de producció) que no existia quan es va iniciar la prestació laboral.

No va ser menys important la intervenció del TJUE, novament com a resposta a una qüestió prejudicial plantejada per un jutjat social (JS) espanyol, sobre l'adequació de la normativa espanyola a la comunitària quan l'acomiadament d'una o un treballador indefinit no fix és declarat improcedent i no es fa efectiva la readmissió obligatòria, a diferència del que preveu l'art. 96.2 EBEP en el supòsit d'acomiadaments disciplinaris del personal fix que siguin declarats conformes a dret. En sentència del 25 de juliol de 2018, el TJUE va acceptar aquesta diferència de

5. Es pot trobar una anàlisi de la sentència del TS en l'article de CANO GALÁN, Yolanda, publicat en el *Diario La Ley*, núm. 9397, 15 d'abril de 2019. Segons l'autora, aquesta sentència posa fi a la saga Ana de Diego Porras, encara que matisa d'una manera immediata que «no és extrapolable a altres supòsits d'extinció de contractes temporals [...]», ni tampoc «a altres supòsits d'extinció del contracte de treball d'interinitat per substitució, ja que la sentència no examina els efectes indemnitzatoris que pot tenir el fet que el contracte s'hagués concertat en frau de llei».

tracte com a objectiva i va posar l'accent en el fet que ha de tenir més estabilitat qui ha accedit a l'ocupació pública, i ha adquirit fixesa, pels canals reglamentaris i ha hagut de superar les proves corresponents.

Aquest seguiment que duc a terme des del setembre de 2016 –val a dir, però, que ja havia parat atenció a la jurisprudència del TJUE des de molts anys abans, i, per descomptat, no només a la de l'ocupació pública– és el que em va animar a suggerir al CEMICAL, quan vaig ser convidat amablement per la gerència a participar en aquesta col·lecció amb alguna aportació, que podia publicar un text relatiu a l'impacte de la jurisprudència del TJUE sobre l'extinció de les relacions de treball en l'ocupació pública. Ara bé, quan vaig rebre l'escrit i vaig respondre afirmativament, pels volts de l'abril de 2018, no era gens conscient de la importància que adquiriria aquesta temàtica i de quina manera les resolucions judicials del TJUE serien esperades pels milers de persones que tenen una relació laboral temporal amb les administracions públiques i que porten ja molts anys d'interinitat, a causa, en gran manera, però no només per això, de les restriccions pressupostàries que han sofert totes les administracions (inclosa la universitària, sobre la qual em podria estendre amb un detall que ara no correspon pel que fa a la congelació de places de professorat titular i càtedres durant diversos anys) des de l'inici de la crisi econòmica el 2008 i, com a mínim, fins a 2015.⁶

Doncs bé, aquesta és la meua aportació, producte inacabat de l'estudi de les sentències més importants dictades pel TJUE, i també d'altres de dictades per la Sala Social i la Sala CA del TS. Presto una atenció especial a les conclusions que els advocats generals del TJUE han presentat sobre diverses qüestions prejudicials en les quals es planteja, ho dic clarament i sense embuts, que la manera de reparar les irregularitats que ha sofert el personal estatutari temporal seria l'adquisició de fixesa en la seva ocupació. Aquesta tesi no és acceptada en les conclusions esmentades, en les quals sí que deixen la porta oberta al fet que les indemnitzacions per extinció siguin d'una quantia que permeti a la persona afectada corregir adequadament el dany sofert per l'incompliment del seu ocupador.

Aquesta obra, per tant, no és un estudi doctrinal sobre l'ocupació en el sector públic, i més concretament sobre la regulació, en el marc més general del dret de l'ocupació pública, de l'extinció de la relació contractual o funcional interina, cosa que, d'altra banda, seria pretensions voler fer, quan ja hi ha molts i molt bons estudis monogràfics sobre aquesta qüestió;⁷ tampoc no és un estudi detallat de la

6. En aquest sentit, vegeu BOLTAINA BOSCH, Xavier, «Empleo público temporal en España: precariedad del modelo y recuperación del sistema (2010-2016)», *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016, pàg. 9-32. Aquesta problemàtica, però, ja s'havia plantejat uns quants anys abans, com fa palès l'informe elaborat pel Defensor del Poble el 2003 dedicat 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> (consulta: 15 octubre 2019).

7. Vegeu MONEREO PÉREZ, José Luís (dir.), i VILA TIerno, Francisco (coord.), *Curso de Derecho del empleo público*, Tecnos, 2018.

jurisprudència del TJUE sobre l'adequació de la normativa espanyola a la comunitària quan hi ha diferències de tracte entre el personal temporal i el personal estable, tema entorn del qual també hi ha una aportació doctrinal àmplia i prolífica.⁸

És un estudi pràctic d'algunes sentències molt importants del TJUE, acompanyades d'altres no menys importants del TS i d'altres del TSJ, que són les que van acabar arribant al TS, en què es plantegen els problemes dels efectes jurídics que ha de tenir l'extinció d'una relació temporal en aquest i l'adopció, si escau, de mesures correctores d'una actuació contrària a dret per part de l'ocupador. L'estudi es complementa amb alguna aportació jurisprudencial del TJUE relacionada amb la temàtica de l'estudi en tant que subratlla les diferències existents en l'exercici d'alguns drets per part de personal en funció de la forma d'accedir a l'ocupació pública.

Divideixo la meua exposició de la manera següent: en primer lloc, procedeixo a estudiar les sentències del TJUE de 14 de setembre de 2016, assumptes C-16/15, C-184/15 i C-197/15, i com les apliquen el TSCA, en dues sentències de 26 de setembre de 2018, i el TSJ, en algunes sentències. És a dir, es tracta de la problemàtica del nomenament de personal estatutari temporal en l'àmbit sanitari públic, d'una banda, i dels nomenaments indefinits no fixos, d'una altra. En fi, l'examen molt detallat de les conclusions dels advocats generals en les qüestions prejudicials sobre fixesa i/o indemnització del personal interí amb molts anys de prestació de serveis en l'ocupació pública, com també una àmplia anàlisi de les importants sentències dictades el 22 de gener i el 19 de març de 2020, mereixeran, per descomptat, la meua atenció.

A continuació, la sentències del cas Ana de Diego Porras, tant les de 14 de setembre de 2016 com la de 21 de novembre de 2018, que versen sobre el dret a indemnització del personal interí a la fi del seu contracte, amb una atenció especial a la sentència del TS, Sala Social, de 13 de març de 2019. En tercer lloc, ens aturarem a estudiar la manera com ha abordat el TJUE la problemàtica de la readmissió obligatòria d'un empleat públic amb relació laboral quan l'acomiadament disciplinari ha estat declarat improcedent i les diferències existents entre el personal fix i l'indefinit no fix. Acabaré el treball amb algunes reflexions per recapitular, a manera de síntesi, tot el que s'ha exposat anteriorment.

I com sempre dic en tots els meus escrits, bona lectura.

Eduardo Rojo Torrecilla

Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona

Bellaterra, 23 de març de 2020

8. En especial, en matèria de contractació laboral, vegeu 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> (consulta: 15 octubre 2019).

I. Qüestions generals sobre el personal funcionari interí i el personal estatutari temporal. De la sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 a les del TS de 26 de setembre de 2018, passant per la del TSJ del País Basc de 12 de desembre de 2016

1. Introducció

Hi ha dues sentències (de contingut substancialment idèntic) dictades per la secció quarta de la TSCA el 26 de setembre de 2018 (Rec. 1305/2017 i 1425/2017) que són objecte d'atenció d'aquest estudi. Totes dues tracten sobre la nul·litat del cessament d'interins contractats de manera abusiva.

Els conflictes jurídics suscitats són els següents: el primer tracta sobre la possible situació d'abús en la relació d'ocupació d'un funcionari interí de l'Ajuntament de Vitòria mitjançant un nomenament inicial i un altre de posterior, després del qual la relació d'ocupació es manté durant catorze anys sense solució de continuïtat, no per cobrir necessitats temporals, sinó per prestar funcions permanents i estables pròpies de la plantilla municipal; i el segon enjudicia el cas d'un empleat, personal estatutari temporal de caràcter eventual dels serveis de salut, i el possible abús en els seus successius nomenaments o pròrrogues (Rec. 1425/2017).⁹

Com que les sentències del TS resolten els recursos de cassació interposats contra la sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia (TSJCA) del País Basc de 12 de desembre de 2016, a la qual donen raó de ser les sentències del TJUE de 14 de setembre de 2016 (assumples C-184/15 i 197/15), és obligat que em refereixi en primer lloc a la jurisprudència del tribunal europeu i després a la resolució judicial de la sala autonòmica basca, per tal de poder analitzar a continuació les sentències del TS, els antecedents de fets i diversos fonaments de dret de les quals reproduïen fragments amplis d'aquelles dues sentències.

9. Totes dues sentències ja han estat objecte d'una anàlisi acurada i rigorosa a càrrec del professor BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi, en l'entrada publicada al seu blog el 8 d'octubre de 2019 titulada «Funcionarios interinos y personal estatutario eventual: medidas contra la temporalidad abusiva (STS/CA 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/> (consulta: 10 octubre 2019).

2. Sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 (assumpes C-184/15 i C-197/15)

Aquesta sentència, sense conclusions de l'advocat general, dona resposta a dues peticions de decisió prejudicial plantejades per dues interlocutòries amb data 9 de març de 2015, dictades per la TSJCA del País Basc. Els dos litigis que mereixen l'atenció especial del TSJ basc es refereixen als problemes derivats de nomenaments i relacions de serveis de durada determinada que l'Administració decideix extingir. El TSJ planteja que per a aquests litigis la normativa espanyola podria no oferir una protecció adequada enfront de l'actuació abusiva l'Administració, de manera que es vulneraria l'Acord marc de la Directiva 1999/70/CE, que estableix el principi d'igualtat de tracte per als treballadors amb contractes de durada determinada respecte als treballadors amb contracte indefinit que puguin ser comparables. En el primer cas, l'ocupador és el Servei Basc de Salut - Osakidetza i en el segon, l'Ajuntament de Vitòria. En efecte, tal com es pot llegir-se en l'apartat 2 de la sentència, el primer conflicte versa entorn de la relació «amb les renovacions del seu nomenament de durada determinada i amb la legalitat de la resolució per la qual es va posar fi a aquest nomenament», mentre que el segon es refereix a la «relació amb la qualificació jurídica de la seva relació de servei i amb la legalitat de la resolució mitjançant la qual aquesta relació va concloure».

L'assumpte C-184/15 tracta d'una persona que presta serveis en el Servei Basc de Salut amb un nomenament com a personal estatutari temporal eventual de data 2 de febrer de 2010 que és prorrogat en tretze ocasions fins al seu acabament l'1 d'octubre de 2012. El nomenament es va fer a l'empara de l'art. 9.3 de l'Estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut (Llei 55/2003) i per prestar serveis «de naturalesa temporal, conjuntural o extraordinària», mentre que en les pròrrogues només hi ha una referència a «les necessitats del servei». La treballadora (faig servir aquest terme en sentit material, i no formal, de manera que inclou qualsevol persona que desenvolupi una activitat remunerada per a una altra, amb independència que estigui regulada per la LET o no) va interposar un recurs contenciós administratiu contra la decisió de donar per acabada la relació estatutària, que va ser desestimat pel JCA núm. 6 de Bilbao, i, posteriorment, va interposar un recurs davant del TSJ basc, per considerar que els tres supòsits que recull el precepte esmentat «no es poden fondre en una categoria global per motivar l'existència d'un nomenament de durada determinada».¹⁰

En l'assumpte C-197/15, la relació del treballador amb l'Ajuntament de Vitòria comença l'1 de desembre de 1993, amb la formalització d'un contracte de durada

10. Vegeu la STC de 16 d'octubre de 2019, el fonament jurídic 3 de la qual recorda que «la jurisprudència constitucional ha apreciat l'evolució del règim del personal estatutari dels serveis de salut cap a una relació funcional de caràcter especial (STC 215/2013, de 19 de desembre, FJ 2, i 20/2017, de 2 de febrer, FJ 2) [...]». https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_120/2019-2360STC.pdf (consulta: 31 octubre 2019).

determinada, al qual va seguir, dos anys més tard, un nou contracte temporal. La relació jurídica del treballador amb l'Ajuntament va passar a ser de funcionari interí, per nomenament que es va fer el 22 de gener de 1998, per dur a terme la mateixa tasca que li assignava el segon contracte i fins a l'acabament del programa. Des de llavors, i fins a catorze anys més tard, el treballador va continuar prestant els seus serveis, moment en què l'Administració li va notificar el cessament amb efectes el 31 de desembre de 2012, amb la justificació que el programa «havia estat executat en la seva totalitat i que el context actual de crisi imposava la reducció de despeses de les administracions públiques». De la mateixa manera que en el primer supòsit, el recurs contenciós administratiu va ser desestimat en instància i s'hi va interposar, posteriorment, un recurs d'apel·lació davant del TSJ basc en el qual es posava de manifest que el jutjat no s'havia pronunciat sobre la naturalesa jurídica de la seva relació amb l'Administració, és a dir, si era de caràcter laboral o administrativa.

En la interlocutòria de plantejament de la qüestió prejudicial, el TSJ manifesta que tots dos litigants estan inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 1999/70/CE i que en tots dos casos «s'ha produït un ús abusiu de la contractació de durada determinada» (suposo que el TSJ es refereix a l'existència d'un contracte o relació laboral), ja que, en el primer –i sempre a partir de les dades disponibles–, li era impossible determinar si les pròrrogues responien a necessitats temporals o permanents de l'Administració i, en el segon, la relació de servei es va estendre durant molts anys per dur a terme un projecte i fins i tot «més enllà de la utilització del projecte».

El nucli argumental de la interlocutòria és les diferències que hi ha en la protecció que tenen les i els treballadors en sentit estricte, és a dir, amb contracte laboral, i el personal sotmès a regulació funcionarial o estatutària pel que fa a l'acabament de la prestació laboral quan l'Administració hagi actuat de manera no conforme a dret. En la relació contractual laboral, el TS va encunyar la figura del treballador indefinit no fix, i l'EBEP la va recollir després de manera expressa, mentre que en el supòsit contrari aquesta protecció no existeix, o almenys el TS encara no s'hi havia pronunciat, ja que la seva actuació es limitava als litigis que plantejaven un conflicte que afectava funcionaris de carrera, amb sentències contradictòries en els tribunals inferiors respecte a la protecció del personal estatutari temporal o de personal funcionari interí.

Aquestes diferències en la protecció (millor dit: que hi és en un cas i que depèn del criteri judicial en l'altre) són les que porten el TSJ a plantejar-se si és conforme a la Directiva que no n'hi hagi el mateix nivell, i li crida l'atenció especialment el segon supòsit, en què una primera relació contractual laboral va ser renovada després en forma de nomenament de personal funcionari interí, perquè, si s'hagués mantingut el primer estatut hauria tingut una protecció enfront d'una extinció no conforme a dret de la seva relació amb l'Administració que li és negada en el se-

gon. El TSJ es qüestiona si seria possible que hi hagués diferència de tracte pel que fa a l'acabament d'una relació contractual o funcional/estatutària, cas en el qual no es vulneraria la clàusula 5.1 de l'Acord marc, i cita com a possible raó que justificaria aquesta decisió la naturalesa jurídica diferent de la relació, com també la facultat d'autoorganització de l'Administració. Les qüestions prejudicials plantejades (la tercera és únicament per al segon supòsit) són les següents:

1) ¿La clàusula 5, apartat 1, de l'Acord marc s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una legislació nacional que, en els supòsits d'abusos com a conseqüència de l'ús de contractes de treball de durada determinada, no reconeix amb caràcter general, en el cas del personal estatutari temporal eventual [(assumpte C-184/15) i els funcionaris interins (assumpte C-197/15)] i a diferència del que passa en idèntica situació per als contractats laborals per la Administració, el dret al manteniment del vincle com a indefinits no fixos, és a dir, amb dret a ocupar la plaça exercida temporalment fins a la seva cobertura en forma reglamentària o la seva amortització pels procediments establerts legalment?

2) En el cas que la resposta a la qüestió anterior sigui negativa, ¿el principi d'equivalència ha de ser interpretat en el sentit que el [j]utge nacional pot considerar que totes dues situacions, la del contractat laboral per temps determinat per l'Administració i la del personal estatutari temporal eventual [(assumpte C-184/15) i la del funcionari interí (assumpte C-197/15)], són similars quan es produeix un abús en l'ús de contractes de treball de durada determinada, o bé, a part de la identitat de l'empresari, la identitat o similitud dels serveis prestats i la durada determinada del contracte de treball, el [j]utge nacional ha de considerar altres elements en fer el judici de similitud, com ara, la naturalesa específica de la relació laboral o funcional de l'empleat o la potestat de l'Administració per autoorganitzar-se, que justifiquen un tractament diferenciat de les dues situacions?

3) En el cas que la resposta a les qüestions anteriors sigui negativa, ¿el principi d'efectivitat ha de ser interpretat en el sentit que s'ha de debatre i declarar-se la sanció procedent en el si del mateix procediment en què es constata l'ús abusiu de contractes de treball de durada determinada, mitjançant l'incident corresponent en el qual les parts puguin sol·licitar, al·legar i provar el que considerin oportú a l'efecte], o, per contra, és compatible amb el fet de remetre el perjudicat, amb aquesta finalitat, a un nou procediment administratiu i, si escau, judicial?

El TJUE aborda la resposta a les dues primeres qüestions plantejades, que són, sens dubte, d'una importància rellevant atès el gran nombre de persones que presten serveis a l'Administració pública en règim de dret administratiu i que no tenen la condició de personal funcionari de carrera; és a dir, d'acord amb la normativa comunitària, ¿pot haver-hi un grau de protecció diferent enfront de l'ús abusiu de la contractació o dels nomenaments en cas de finalització en funció que la persona que presta els serveis ho faci en virtut de règim jurídic laboral o administratiu?

El TJUE, després analitzar el contingut de l'Acord marc, es pronuncia en els mateixos termes que ho ha fet en la seva doctrina jurisprudencial consolidada. La nor-

ma remet als estats l'adopció de mesures per corregir l'ús abusiu de la contractació, ja que l'Acord marc no enuncia sancions específiques en aquest sentit, si bé les normes que es dictin «no han de ser, però, menys favorables que les aplicables a situacions similars de caràcter intern (principi d'equivalència) ni fer impossible en la pràctica o excessivament difícil l'exercici dels drets que confereix l'ordenament jurídic de la Unió (principi d'efectivitat)». És important recordar també –continuo amb la doctrina jurisprudencial del TJUE– que la clàusula 5 de l'Acord marc «no imposa als estats membres una obligació general de transformar en contractes per temps indefinit els contractes de treball de durada determinada», de manera que no s'oposa «[...] al fet que l'ús abusiu de successius contractes o relacions laborals de durada determinada rebi respostes diferents en un Estat membre segons si aquests contractes o relacions s'han subscrit amb un subjecte ocupador del sector privat o del sector públic». No obstant això, el fet que aquesta transformació no es produeixi, en el cas que es tracti d'un empresari del sector públic, i per garantir la protecció de la persona treballadora perseguida per l'Acord marc, ha d'anar acompanyat de mesures efectives en l'ordenament intern «per evitar i, si escau, sancionar l'ús abusiu de successius contractes de treball de durada determinada», i correspon als tribunals nacionals esbrinar si hi ha i si compleix la normativa comunitària, amb el benentès, reitera un cop més el TJUE, que aquest tribunal pot aportar a l'òrgan jurisdiccional intern «precisions destinades a orientar[lo] en la seva apreciació».

Quines són aquestes «precisions» en els casos ara enjudiciats? Després de recordar el contingut de la interlocutòria del TSJ i subratllar la diferència en la protecció de la persona treballadora segons la naturalesa jurídica de la relació que la vincula amb l'Administració, el TJUE conclou que si, havent fet les investigacions pertinents, el tribunal intern conforma la convicció que no hi ha cap mesura que permeti evitar i que sancioni l'actuació abusiva de l'ocupador envers les persones que presten els seus serveis en règim de dret administratiu, «aquesta situació podria menyscar l'objectiu i l'efecte útil de l'acord», de manera que hauria d'adoptar les mesures adequades per aconseguir aquest efecte útil, ja que, reiterant la seva doctrina, el TJUE recorda que l'obligació d'assolir el resultat que prevegi una directiva s'imposa a totes les autoritats de l'Estat, «incloses, en el marc de les seves competències, les autoritats judicials».

En aquest punt arriba la resposta del TJUE, a la qual cal prestar una atenció especial, atès que concreta la protecció que han de tenir totes les persones que treballen en règim de dret administratiu en una administració que actua de manera abusiva amb els seus nomenaments de personal temporal eventual o funcionari interí: si no hi ha cap mesura de protecció equivalent i eficaç (i així és), «l'assimilació d'aquest personal amb relacions de servei de durada determinada als treballadors indefinits no fixos, d'acord amb la jurisprudència nacional existent, podria ser una mesura apta per sancionar l'ús abusiu dels contractes de treball de durada determinada i eliminar les conseqüències de la infracció d'allò que disposa l'Acord marc».

Pel que fa a la tercera qüestió prejudicial, que només es pot aplicar al cas del treballador que prestava serveis per a l'Ajuntament de Vitòria, el TJUE recorda que la resolució de litigis i queixes derivats de l'aplicació de l'Acord marc s'ha d'ajustar a la normativa, legal i convencional, que ha de regular cada Estat, i que cal adoptar les mesures oportunes per garantir l'eficàcia plena d'aquelles normes, mesures que «han de ser conformes als principis d'equivalència i d'efectivitat». En el marc normatiu espanyol vigent aleshores, el TJUE constata que el tribunal que coneix del litigi en el qual s'ha de resoldre si l'Administració ha actuat de manera abusiva mitjançant successius nomenaments de durada determinada sense causa o raó degudament justificada «no pot pronunciar-se sobre una possible sol·licitud de reparació del dany sofert per l'empleat afectat». Per al TJUE, en una altra manifestació important a la qual cal prestar molta atenció, «l'obligació que incumbeix al treballador amb contracte de durada determinada d'exercitar una nova acció, si escau davant d'un tribunal diferent, per determinar la sanció apropiada quan una autoritat judicial ha declarat l'existència d'un ús abusiu de contractes de treball de durada determinada successius, no mostra ser conforme amb el principi d'efectivitat, en la mesura que se'n deriven necessàriament per aquest treballador inconvenients processals, en particular, en forma de costos, de durada i de normativa de representació processal», de manera que conclou que la normativa comunitària s'oposa a les normes processals nacionals que creïn aquesta obligació.

3. Sentència del TSJCA del País Basc de 12 de desembre de 2016

Faig referència tot seguit a la sentència dictada per la secció tercera de la TSJCA del País Basc el 12 de desembre de 2016 (Rec. 735/2013).

Precisament va ser la TSJCA basc, com ja he indicat més amunt, la que va plantejar les qüestions prejudicials que van ser resoltes en els assumptes acumulats. Així doncs, la Sala, després de recordar que en la interlocutòria que havia remès al TJUE considerava que la política de personal constituïda a base d'una successió de nomenaments eventuais era abusiva i contrària a dret, i que el TJUE, en l'apartat 1 de la seva decisió, es va manifestar en aquest sentit amb molta claredat («La clàusula 5, apartat 1, de l'Acord marc sobre el treball de durada determinada, subscrit el 18 de març de 1999, que figura en l'annex a la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada, s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa al fet que una norma nacional, com la controvertida en el litigi principal, sigui aplicada pels tribunals de l'Estat membre de què es tracti, de tal manera que, en el supòsit que hi hagi un ús abusiu de contractes successius de durada determinada, es concedeix a les persones que han subscrit un con-

tracte de treball amb l'Administració un dret al manteniment de la relació laboral, mentre que, amb caràcter general, no es reconeix aquest dret al personal que presta serveis per a aquesta Administració en règim de dret administratiu, llevat que hi hagi una mesura eficaç en l'ordenament jurídic nacional per sancionar els abusos comesos amb relació a aquest personal, cosa que incumbeix al jutge nacional comprovar»), simplement manifesta que cal remetre's a la decisió esmentada, i que la solució que ha de donar-se al cas enjudiciat consisteix a aplicar la jurisprudència de l'ordre jurisdiccional social respecte de l'ús abusiu de la contractació temporal amb empleades i empleats públics, «[...] és a dir, anul·lar l'extinció i considerar la relació com a indefinida no fixa, perllongada en el temps fins a la cobertura reglamentària de la plaça».

Per al TSJ, aquest nou estatus jurídic deriva del fet que la treballadora «va ser nomenada sense atendre els límits objectius que configuren el nomenament de naturalesa temporal». Per tant, l'extinció de la relació jurídica que vincula la treballadora estatutària amb el Servei Basc de Salut es pot produir sempre que hi hagi una causa degudament justificada, com és ara, a més de la cobertura reglamentària, l'amortització o la seva conversió en estructural i la cobertura posterior a través dels procediments legals establerts, de manera que, a fi i efecte d'aplicar la jurisprudència del TJUE, la treballadora ha de percebre en aquest cas una indemnització semblant a la que percebria el personal laboral indefinit que fes tasques i funcions comparables.¹¹

4. Sentències del TSCA de 26 de setembre de 2018

Encara que, com ja he indicat, la fonamentació jurídica de totes dues sentències és substancialment idèntica, crec que és interessant examinar separatament les dades fàctiques de cada litigi i l'argumentació de les parts recurrents i les al·legacions de les parts objecte de recurs, per tenir un coneixement més ampli de tots els avatars de cadascun dels conflictes.

A) Començo la meua explicació pel Rec. 1305/2017, interposat per l'Ajuntament de Vitòria. La sentència del TS va donar resposta a les qüestions que plantejava el recurs i per a les quals va entendre, mitjançant interlocutòria de 13 de juny de 2017, que hi havia un interès cassacional objectiu per formar la jurisprudència. Les qüestions eren aquestes:

11. La particularitat del cas respecte a una altra sentència dictada en seu CA del TSJ d'Andalusia de 30 de setembre de 2016 (Rec. 250/15) és que, en aquell cas, la relació estatutària continuava viva, mentre que en l'assumpte que examinem ara el cessament ja s'havia produït, diferències que potser mereixien el TSJ basc els hagués prestat més atenció per tal de formular la seva resposta al cas enjudiciat. <https://www.csif.es/sites/default/files/field/file/SENTENCIA%20INTERINOS.pdf> (consulta: 16 octubre 2019).

1a. Si, constatat un ús abusiu dels nomenaments successius de qui va subscriure, primer, un contracte laboral de durada determinada, i després va ser nomenat i tornat a ser nomenat funcionari interí, i d'acord amb la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Desena) de 14 de setembre de 2016, dictada en els assumptes acumulats C-184/15 i C-197/15, cal adoptar com a única solució jurídica aplicable la de convertir la relació de serveis en una altra de caràcter indefinit no fixa, aplicant de manera analògica la jurisprudència de l'ordre social, o bé si cal afirmar que en el nostre ordenament jurídic hi ha altres mesures d'aplicació preferent i igualment eficaces per sancionar els abusos comesos en aquesta relació.

2a. Amb independència de la resposta que s'ofereixi a la qüestió anterior, si l'afectat per l'ús abusiu d'aquests nomenaments té dret a indemnització o si no en té, i per quin concepte i en quin moment.

3a. Identificar com a normes jurídiques que, en principi, han de ser objecte d'interpretació, les que contenen l'article 10 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, i l'article 135 de la Constitució.

El recurs interposat per la corporació local de Vitòria manifesta la seva discrepància amb la tesi del TSJ, perquè entén que, d'acord amb la normativa vigent, la figura del personal funcionari interí no pot assimilar-se amb la del personal laboral contractat per una durada determinada –figures regulades per l'art. 10.1 c) EBEP, la primera, i l'art. 15 LET, la segona– i que les raons que el 1998 la van portar a nomenar la que ara és la part recorreguda van respectar la normativa administrativa, de manera que el nomenament no podia ser qualificat d'abusiu o fraudulent, ni tampoc no es pot considerar de cap manera semblant a un «nomenament indefinit no fix». D'altra banda, critica que la sentència faci servir una terminologia pròpia del dret del treball i, per tant, de la jurisdicció social, amb expressions com ara «contracte» o «extinció del contracte», que no tindrien cabuda en casos com el que es jutjava aleshores, en el qual es debatia sobre la conformitat a dret dels nomenaments de personal funcionari interí subjecte al dret administratiu. Aquesta tesi la fonamenta sobre el fet que el personal funcionari, tant interí com de carrera, «no poden pactar condicions individuals amb l'Administració pública», mentre que la situació és diferent en l'àmbit laboral, en què la persona treballadora i l'empresa «pacten les circumstàncies que han de regir la seva relació mitjançant un acord de voluntats d'un contracte». Si bé la tesi apuntada és formalment certa i correcta, no ho és menys, des d'un acostament a la vida laboral real, el fet que el pacte pretès no deixa de ser, en moltes ocasions, una adhesió del subjecte treballador a les condicions que fixa l'empresa, moltes de les quals, a més, ja les ha prefixades el conveni col·lectiu que sigui d'aplicació.

La recurrent es refereix a l'art. 135 CE i a la impossibilitat que, a partir de la seva translació als pressupostos generals de l'Estat (PGE), va comportar de crear noves places estructurals de plantilla, fins que es complissin els objectius d'estabilitat pressupostària. Rebutja que s'hagi d'abonar una indemnització al funcionari

interí cessat, ja que la normativa administrativa no en fa cap previsió expressa, ni tampoc era tesi jurisprudencial, encara més quan, al seu parer, el terme de comparació a què es refereix la clàusula 4.1 de l'Acord marc annex a la Directiva 1999/70/CE hauria hagut de ser el personal funcionari de carrera fix, al qual no se li reconeix el dret a cap indemnització en el cas que perdi aquesta condició. Així doncs, el recurs conclou que «el personal funcionari interí no pot tenir un dret sobre una cosa que no té el personal funcionari de carrera. Si aquest no té dret a cap indemnització quan perd aquesta condició, tampoc no el pot tenir el funcionari interí».

Per la seva banda, l'escrit d'oposició al recurs se sustenta en arguments substancialment semblants als que empra la sentència del TSJ recorreguda: parteix de l'ús abusiu tant de la contractació temporal com dels nomenaments com a funcionari interí, critica que la part recurrent no porti cap solució o proposta per donar resposta als abusos de la corporació local, quan la qüestió que està en joc en el recurs, i tenint ben present la jurisprudència del TJUE, és «què passa quan es produeix un abús pel fet d'haver fet servir contractes temporals successius durant més de 19 anys seguits amb una persona, i què s'ha de fer quan s'incompleix la normativa comunitària i no hi ha cap regulació nacional específica que sancioni els abusos comesos», i considera que la decisió judicial de convertir el recurrent en un treballador indefinit no fix és una mesura eficaç «d'acord amb la normativa comunitària i que esmena una llacuna legal de la normativa nacional [...]». Rebutja la tesi de l'incompliment de l'art. 135 CE, perquè del que es tracta aquí és de donar compliment a una resolució judicial, i reitera el seu suport a la tesi del dret de la part recurrent a percebre la indemnització que estableix l'ordenament jurídic laboral (20 dies de salari per any, amb un màxim de 12 mensualitats) quan es produeix el cessament per cobertura de la plaça o per l'amortització, i opina que la reclamació d'aquesta indemnització és procedent quan s'extingeix la relació de serveis.

B) A continuació, donem pas a les al·legacions de la part recurrent, Servei Basc de Salut - Osakidetza, en el Rec. 785/2017, en el qual es dona resposta a les qüestions que la Sala va entendre, mitjançant interlocutòria de 30 de maig de 2017, que presentaven «interès cassacional objectiu per a la formació de jurisprudència» i que eren les següents:

1a. Si, constatat un ús abusiu dels nomenaments de personal estatutari eventual *ex article 9.3 EMPE*, d'acord amb la sentència del Tribunal de Justícia de 14 de setembre de 2016 (assumptes acumulats C-184/15 i C-197/15), l'única solució jurídica aplicable és la de convertir el personal estatutari eventual en personal indefinit no fix, aplicant de manera analògica la jurisprudència de l'ordre social, o bé si cal afirmar que en el nostre ordenament jurídic hi ha altres mesures d'aplicació preferent i igualment eficaces per sancionar els abusos comesos respecte d'aquest personal.

2a. Amb independència de la resposta que s'ofereixi a la qüestió anterior, si l'afectat per l'ús abusiu dels nomenaments temporals té dret a indemnització o si no en té, i per quin concepte i en quin moment.

La interlocutòria identifica «com a normes jurídiques que, en principi, han de ser objecte d'interpretació, els articles 2.2 i 9.3 de la Llei 55/2003, de 16 de desembre, de l'Estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut; l'article 2.3 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic; i l'article 135 de la Constitució».

L'argumentació de la part recurrent, de la mateixa com ho va fer la corporació local de Vitòria en el recurs analitzat anteriorment, negava que es pugui assimilar la figura del personal funcional eventual a la del contractat laboral de durada determinada, entenent que, en actuar d'aquesta manera, la Sala del TSJ infringia l'art. 9.3 de la Llei 55/2003, de l'Estatut marc del personal estatutari dels serveis de salut, i també els principis bàsics d'accés a l'ocupació pública que recull l'art. 103.3 CE. Ni la durada dels contractes ni les raons que els van justificar no permeten, de cap manera, sempre segons la recurrent, que l'actuació empresarial pugui ser qualificada d'abusiva i de no respondre a unes causes objectives, encara més si es té en compte que la normativa autonòmica basca de salut (Llei 8/1987, de 26 de juny) preveu un termini màxim de tres anys per a la durada dels nomenaments estatutaris temporals. A més, enfront d'un hipotètic frau en l'actuació empresarial –que la recurrent no accepta de cap manera–, l'única solució que admet el dret administratiu és de la convertir el nomenament eventual en un altre d'interinitat per vacant, ja que «la declaració d'indefinit no fix només serveix per corregir el frau en la contractació laboral temporal», i és necessària una modificació de la normativa vigent que acollí aquesta figura en l'àmbit administratiu, de manera que, argumenta amb contundència el recurs, els tribunals «han d'interpretar el dret, però no fer-ne una novació, i no poden imposar una obligació que no té empara legal». De la mateixa manera que el recurs anterior, aquest recurs al·lega vulneració de l'art. 135 CE i la seva posterior translació als PGE per la impossibilitat de crear noves places en el sector públic, i també considera que el personal cessat no té cap dret a indemnització, atès que l'element de comparació ha de ser el personal estatutari fix, el qual tampoc no té aquest presumpte dret.

L'escrit d'oposició defensa tesis semblants, com és obvi, a les de la sentència recorreguda. Posa de manifest que, en realitat, la treballadora (personal estatutari) feia més de vuit anys que prestava serveis de manera continuada, sense que mai no se sabés quines raons objectives van fer que la, primer, demandant i, ara, recorreguda prestés els seus serveis de manera temporal. El fet que l'EBEP no contingui una resposta concreta a casos com aquest que es planteja comporta que s'hi apliqui una solució que protegeixi els drets de la part treballadora, que en aquest cas passaran per mantenir la persona afectada en el seu lloc de treball

mentre no se'n faci l'amortització o la cobertura reglamentària. Pel que fa a la indemnització que s'ha de percebre, defensa l'aplicació «traslladada» de la regulació que conté l'ordenament jurídic laboral en el supòsit d'extinció de contractes per causes objectives (econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció), ja sigui per via individual/plural, o col·lectiva, i també l'abonament de totes les quantitats salarials degudes des que va tenir el lloc el cessament, que s'hauran de reclamar un cop es faci efectiva la readmissió.

El TS va dictar una interlocutòria el 30 de maig de 2017 (Rec. 785/2017), mitjançant la qual va admetre a tràmit el recurs interposat per la part empresarial, i precisava que «les qüestions que presenten interès cassacional objectiu per a la formació de la jurisprudència» eren aquestes:

1a. Si, constatat un ús abusiu dels nomenaments de personal estatutari eventual *ex article 9.3 EMPE*, d'acord amb la sentència del Tribunal de Justícia de 14 de setembre de 2016 (assumpes acumulats C-184/15 i C-197/15), l'única solució jurídica aplicable és la de convertir el personal estatutari eventual en personal indefinit no fix, aplicant de manera analògica la jurisprudència de l'ordre social, o bé si cal afirmar que en el nostre ordenament jurídic hi ha altres mesures d'aplicació preferent i igualment eficaces per sancionar els abusos comesos respecte d'aquest personal.

2a. Amb independència de la resposta que s'ofereixi a la qüestió anterior, si l'afectat per l'ús abusiu dels nomenaments temporals té dret a indemnització o si no en té, i per quin concepte i en quin moment.

C) Ja és procedent entrar a examinar la fonamentació jurídica de les dues resolucions judicials, cosa a la qual la Sala es dedica mitjançant unes acotacions prèvies, en el primer cas, «sobre els límits de l'objecte del recurs al·legats» i, en el segon, «sobre els principis (comunitaris) d'eficàcia directa i de primacia» i «un breu apunt sobre la inexistència de cap tatxa d'inconstitucionalitat en la creació jurisprudencial de la relació d'ocupació indefinida no fixa», que també els recull la primera resolució, tot i que molt més endavant. A partir d'aquí, la fonamentació és pràcticament idèntica en tots dos recursos, de manera que els tractaré conjuntament i només faré alguna especificació més concreta per a cada cas, si escau.

La Sala es deté a examinar, en primer lloc, la clàusula 1 de l'Acord marc i, tot seguit, la núm. 5, com també el preàmbul, i, a continuació, fa un recordatori ampli de la jurisprudència del TJUE sobre la darrera sentència esmentada, reproduïx literalment els apartats 34 a 64 de la sentència que resolva els assumpes C-184/15 i 197/15, i després hi afegeix altres referències molt extenses d'aquesta jurisprudència. Recorda que ha dictaminat que hi ha d'haver una protecció eficaç per al personal que presta serveis a l'Administració quan aquesta ha actuat de manera abusiva; protecció que pot passar pel fet de mantenir la relació o per establir-ne una altra de la mateixa eficàcia, sempre que l'ordenament intern la inclogui.

A partir d'aquet moment s'entra en la part central de la qüestió litigiosa, i la Sala passa a examinar si es produeix, tant en un cas com en l'altre, «una situació d'abús en l'ús successiu de relacions d'ocupació de durada determinada». La Sala afirma que aquest abús es dona, a partir tant de les afirmacions que conté, no desvirtua- des, la sentència recorreguda, com també com a resultat de la documentació ad- ministrativa que consta en les actuacions, que pel seu interès em permeto repro- duir. En la sentència de l'Ajuntament de Vitòria, «[...] perquè la documentació que es troba en l'expedient administratiu, provinent de la mateixa Administració deman- dada, i molt en particular l'informe que emet el cap administratiu de Medi Ambient i Espai Públic el 13 de febrer de 2013 a petició de la directora general del Depar- tament de Funció Pública, com també el Decret de l'alcalde-president de l'Ajunta- ment de Vitòria de 10 de desembre de 2012, avalen com a única interpretació raonable que, durant el molt temps (1998-2012) en què l'actor va prestar serveis per a aquest Ajuntament sota la cobertura jurídica del seu nomenament com a funcionari interí, va cobrir necessitats que, de fet, no tenien caràcter provisional, sinó permanent i estable, la qual cosa, tal com consta en la jurisprudència del TJUE transcrita anteriorment, no està justificat en el sentit de la clàusula 5, apartat 1, lletra a), de l'Acord marc repetidament esmentat». En la sentència d'Osakidetza, perquè «la documentació que consta en l'expedient administratiu, provinent de la mateixa Administració demandada, desautoritza tant la invocació que aquell escrit fa respecte que s'ha observat el que preveu l'últim paràgraf de l'art. 9.3 de l'Estatut marc de personal estatutari dels serveis de salut, aprovat per la Llei 55/2003, de 16 desembre», segons el qual «Si es fessin més de dos nomenaments per a la prestació dels mateixos serveis per un període acumulat de 12 mesos o més en un període de dos anys, seria procedent estudiar les causes que els van motivar, per valorar, en aquest cas, si és procedent la creació d'una plaça estructural en la plantilla del centre». També el que es refereix a l'acompliment del que disposa l'art. 26.5, paràgraf segon, de la Llei 8/1997, de 26 de juny, d'ordenació sanitària d'Euskadi, d'acord amb el qual, «Així mateix, les necessitats d'efectius per a les quals no es prevegi d'una manera definitiva una existència estructural o que no responguin a la realització de tasques de durada determinada podran donar lloc, sempre que hi hagi prou dotació econòmica, a una relació d'ocupació estatutària de caràcter eventual i amb règim de dedicació tant a temps parcial com a temps complet. Aquesta relació d'ocupació podrà tenir una durada de fins a 6 mesos, prorrogable fins a un màxim de 3 anys».

L'existència d'aquest abús porta inexorablement a la conclusió que no hi ha ra- ons objectives que justifiquin les successives contractacions i nomenaments de les administracions demandades, amb vulneració de la clàusula 5 de l'Acord marc, i «el lloable desig de prestar els serveis amb tota l'efectivitat» no és en absolut cap excusa per «desconèixer abusivament els drets socials que pretén tutelar l'Acord esmentat» (sentència Ajuntament Vitòria), i la necessitat de garantir la deguda pro-

tecció del dret constitucional a la salut de la ciutadania tampoc no és excusa per a aquest desconeixement (sentència Osakidetza). No es van respectar les «mesures legals equivalents» que recullen tant l'EBEP com la normativa estatutària per evitar una prolongació abusiva de les situacions jurídiques de temporalitat dilatada, de manera que la Sala conclou que ha de ser aplicable la clàusula 5 de l'Acord marc i la jurisprudència del TJUE que reiteradament l'ha aplicat, ja que –subratlla la Sala, amb encert, al meu parer– «la consecució del que vol aquest acte normatiu de la Unió no queda, en absolut, a disposició de l'Estat membre». També decau la demanda per infracció de l'art. 135 CE i la seva posterior translació als PGE, amb la impossibilitat d'aplicar taxes de reposició, atès que la submissió de la normativa interna a la comunitària i a la jurisprudència del TJUE ha d'implacar que «no [s']hagin d'impedir les conseqüències i l'efecte útil derivat d'allò que l'Acord marc repetidament esmentat i la jurisprudència del TJUE ordenen a l'Estat espanyol».

D) Arriba el moment de determinar quines conseqüències jurídiques s'han de derivar de la situació produïda d'abusos per part de les administracions demandades, sense que la Sala apliqués l'art. 7.2 del Codi civil, encara que certament hauria estat possible («La llei no empara l'abús del dret o l'exercici antisocial del dret. Qualsevol acte o omissió que, per la intenció del seu autor, per l'objecte o per les circumstàncies en què es dugui a terme depassi manifestament els límits normals de l'exercici d'un dret, amb dany per a un tercer, dona lloc a la indemnització corresponent i a l'adopció de les mesures judicials o administratives que impedeixin la persistència en l'abús»), ja que no va ser objecte d'anàlisi en el procés, «i sobre el qual la part recurrent no ha pogut al·legar el que convingués al seu dret». La Sala construeix la seva tesi a partir dels principis comunitaris d'efecte directe i primàcia, per arribar a les conclusions que segueixen.

En tots dos casos, els cessaments del funcionari interí i del personal estatutari temporal no van tenir una justificació objectiva d'acord amb la normativa administrativa aplicable (aleshores, la Llei 30/1992); és a dir, no s'adequaven a les finalitats de l'ordenament jurídic, de manera que van incórrer en supòsits d'anul·labilitat. Per aquest motiu, la relació jurídica ha de subsistir fins que l'administració corresponent compleixi el que disposa la normativa administrativa tant per garantir el compliment efectiu de la normativa sobre nomenaments temporals com pel que fa a la desaparició de la plaça, i la Sala entén que així es garanteix, d'una prou efectiva i dissuasiva, la plena eficàcia de l'Acord marc, ja que «una conseqüència que consistís només a reconèixer un dret al rescabament dels danys i perjudicis que pogués haver causat l'abús, no seria prou dissuasiva per garantir aquesta plena eficàcia, per raó del *quantum* reduït que en bona lògica caldria fixar per a l'eventual indemnització», i ha de valorar-se, «de manera motivada, fundada i referida a elles en concret, si és procedent o no l'increment de la plantilla... amb les conseqüències lligades a la decisió que s'adopti, entre les quals, si la decisió és negativa per

què no aprecia un dèficit estructural de llocs fixos, la de mantenir la seva pròpia coherència, de manera que es recorri a aquell tipus de nomenament quan es doni algun dels supòsits que preveu aquest art. 10.1, s'identifiqui quin és, es justifiqui la seva presència, i s'impedeixi en qualsevol cas que perduri la situació de precarietat dels qui eventualment i temporalment hagin de prestar aquestes funcions».

Sens dubte, és important el plantejament que la Sala fa respecte al possible reconeixement d'un dret d'indemnització, que, en aquest cas, no es concedeix perquè la sentència d'instància va negar que la demanda concretés quins eren els danys i perjudicis causats, perquè la part demandada pogués donar la resposta adequada a aquesta pretensió, i va reconèixer un dret d'indemnització «de futur», que no és procedent ara, ja que el TS ha reconegut el dret que es mantingui la relació jurídica mentre no es compleixin les condicions que estableix la normativa (provisió de la plaça per concurs, o amortització) per extingir-la. Cal observar bé, és important remarcar-ho, que el TS no s'oposa de cap manera al fet que es pugui reconèixer un dret d'indemnització, però sí que posa de manifest que aquest dret ha d'atendre a les circumstàncies singulars de cada cas; és a dir, «ha de ser fet en el mateix procés en què es declara l'existència de la situació d'abús; i només hauria pogut ser fet si la part actora, a més de deduir aquesta pretensió: a) hagués invocat en el moment processal oportú quins danys i perjudicis, i per quin concepte o conceptes en concret, li van ser causats; i b) hagués acreditat, per qualsevol dels mitjans de prova admesos en dret, la realitat d'aquests danys i/o perjudicis, de manera que només pogués quedar per a l'execució de la sentència la fixació o determinació del *quantum* de la indemnització deguda».

En definitiva, i vaig acabant, la Sala s'allunya de l'aplicació de la normativa laboral (de creació jurisprudencial) sobre l'aplicació a l'àmbit administratiu de la figura del treballador indefinit no fix quan hi hagi una vulneració de la normativa entorn dels nomenaments de personal funcionari interí o estatutari temporal,¹² per considerar que la sentència recorreguda «ha interpretat de manera errònia l'ordenament jurídic», i també per entendre que «arribat i justificat el seu cessament, ha de percebre la indemnització –diu– que indica el TJUE si es mantenen les circumstàncies legals actuals».

I, d'altra banda, amb una vinculació estreta amb l'anterior, que la relació d'ocupació de les parts recurrents en tots dos casos ha de subsistir des del moment posterior al cessament, amb els drets professionals i econòmics inherents, fins que

12. En la mateixa línia, vegeu la sentència del TSJCA de Madrid de 28 de juny de 2019 (Rec. 138/2019), en la qual s'afirma que «la temporalitat és consubstancial al nomenament com a funcionari interí, i això vol dir que la recurrent era coneixedora que arribaria el moment del seu cessament». També, la sentència del TSJCA de Galícia de 17 de juliol de 2019 (Rec. 349/2018), en la qual s'afirma que la doctrina que el TJUE estableix en l'assumpte C-16/15 «ha de ser matisada a la llum de la doctrina que el Tribunal Suprem estableix en la sentència de 26 de setembre de 2018 (recurs de cassació 785/2017), segons la qual no és procedent reconèixer cap dret d'indemnització diferent del que comporta la subsistència i continuïtat de la relació d'ocupació, de manera que descarta la possibilitat de reconèixer un dret d'indemnització de futur».

compleixin la normativa bàsica que se'ls ha d'aplicar (en el primer recurs, l'art. 10.1 EBEP; en el segon, l'art. 9.3 de la Llei 55/2003, de 16 de desembre).

5. Sentència del TJUE de 7 de març de 2018 (assumpte C-494/16)

Completo l'exposició del primer bloc d'aquest treball amb l'examen d'una sentència del TJUE important, dictada per la Sala Primera el 7 de març de 2018, que dona resposta a les preguntes formulades pel tribunal de la ciutat italiana de Trapani. L'interès de la sentència rau en el fet de saber de quina manera aborda el TJUE la qüestió de l'adequació de l'ordenament jurídic italià, pel que fa a l'adopció de mesures contra l'ús abusiu de la contractació de durada determinada en l'Administració pública, a la Directiva 1999/70/CE, i en concret a la clàusula 5.1 de l'Acord marc annex a aquesta Directiva, tot i que, òbviament, la seva doctrina és aplicable a tots els ordenaments jurídics de la UE. Com veurem, el TJUE arriba a concloure que és possible una regulació que no estableixi la readmissió del treballador, sinó una sanció pecuniària i la responsabilitat dels gestors que hagin adoptat les decisions contràries a dret.

Les preguntes que formula la qüestió prejudicial són les següents:

1) ¿És una mesura efectiva i equivalent, en el sentit de les sentències del Tribunal de Justícia de 7 de setembre de 2006, Marrosu i Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517), i de 26 de novembre de 2014, Mascolo i altres (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 i C-418/13, EU:C:2014:2401), concedir a l'empleat públic víctima d'una successió abusiva de contractes de treball de durada determinada una indemnització d'entre 2,5 i 12 mensualitats de l'última retribució (article 32, apartat 5, de la Llei núm. 183/2010), juntament amb la possibilitat d'obtenir una reparació íntegra del perjudici sofert únicament si acredita que ha perdut altres oportunitats laborals o que si s'hagués convocat un procés selectiu de manera regular l'hauria superat?

2) ¿Cal interpretar el principi d'equivalència invocat pel Tribunal de Justícia en les sentències del Tribunal de Justícia de 7 de setembre de 2006, Marrosu i Sardino (C-53/04, EU:C:2006:517), i de 26 de novembre de 2014, Mascolo i altres (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 i C-418/13, EU:C:2014:2401), entre d'altres, en el sentit que un Estat membre que hagi decidit no aplicar al sector públic la conversió de la relació laboral (reconeguda en el sector privat) està obligat, però, a garantir al treballador un efecte similar, si escau mitjançant el rescabament del perjudici sofert, l'objecte del qual sigui necessàriament el valor del lloc de treball per temps indefinit?

El TJUE considera admissible la qüestió prejudicial, tot i que el Govern italià hagi manifestat els seus dubtes sobre l'admissibilitat perquè considera que el tribunal remitent no precisava en quin sector d'activitat la recurrent prestava serveis ni tampoc les funcions que exercia. El TJUE recorda el principi de cooperació amb els

òrgans jurisdiccionals nacionals i que tenen l'obligació de pronunciar-se quan les qüestions plantejades es refereixen a la interpretació del dret de la Unió, atès que aquestes qüestions prejudicials contenen el marc jurídic i fàctic adequat perquè el TJUE les respongui, i ressalta el fet que el tribunal de Trapani es pregunta si la indemnització d'entre 2,5 i 12 mensualitats «constitueix una mesura adequada de reparació del perjudici resultant de l'ús abusiu de contractes de treball de durada determinada», i assenyala que la resposta a aquesta qüestió és necessària per pronunciar-se sobre el litigi principal», juntament amb la possibilitat que el treballador el contracte del qual s'ha extingit té «d'obtenir la reparació íntegra del dany si demostra la pèrdua d'oportunitats de trobar una feina o que, si s'hagués organitzat un procés selectiu de manera regular, l'hauria superat».

El TJUE examina conjuntament les dues preguntes formulades i dona resposta a totes dues després de fer una anàlisi prèvia, a manera de recordatori, dels objectius i les finalitats que persegueix l'Acord marc de 1999 i el marge d'apreciació i actuació que deixa als estats membres perquè regulin les contractacions temporals i les mesures adequades per reparar i sancionar l'ús abusiu que se'n pugui fer. Per la meua part, recordo un cop més que la normativa europea és aplicable a les relacions laborals tant en el sector privat com en el públic.

Així doncs, es tracta d'establir «un cert nombre de disposicions protectores mínimes a fi d'evitar la precarització de la situació dels assalariats», de manera que, en adoptar les mesures, es poden prendre en consideració «les necessitats dels diferents sectors o categories de treballadors». Això vol dir que les mesures adoptades poden ser de caràcter divers i diferent, «mentre no posi en perill l'objectiu o efecte útil de l'Acord marc», i en tot cas (i la referència cobra un interès especial en el cas ara enjudiciat) les mesures no han de ser únicament proporcionades, «sinó també prou efectives i dissuasives per garantir la plena eficàcia de les normes adoptades en l'aplicació de l'Acord marc».

Com que l'òrgan jurisdiccional remitent va plantejar com calia interpretar el principi d'equivalència en el cas en litigi, el TJUE recorda que les modalitats d'aplicació de la normativa europea per evitar l'ús abusiu dels contractes temporals «no han de ser menys favorables que les aplicables a situacions similars de caràcter intern», i afegeix també la menció al principi d'efectivitat, és a dir, que la normativa dictada per aplicar el dret europeu impossibiliti o dificulti excessivament en la pràctica l'exercici dels drets que confereix.

En suma, el marge d'apreciació que l'Acord marc annex a la Directiva 1999/70/CE deixa als estats membres per adoptar les mesures que considerin més adequades permet que la protecció davant d'un ús contractual abusiu per part de l'ocupador sigui diferent en funció que la relació laboral tingui lloc en el sector privat o en el sector públic, cosa que és, reitero, totalment diferent de l'aplicació indiferenciada de la normativa, pel que fa a l'objectiu i la finalitat perseguida en tots dos sectors.

Un cop acceptada la diferència, doncs, no és menys obligat emfatitzar que subsisteix l'obligació de l'Estat membre d'adoptar mesures que, obviat la transformació (que no és permesa) d'un contracte temporal en indefinit en l'Administració, corregeixin adequadament les actuacions contràries a dret.

En aquest punt el TJUE recorda quin és el contingut de la normativa interna aplicable i com ha estat interpretada per la jurisprudència del TS. És a dir, no és aplicable únicament la indemnització a preu fet, sinó que també hi ha la possibilitat de sol·licitar «la reparació del perjudici resultant de la pèrdua d'oportunitats d'ocupació», amb el benentès que el tribunal remitent considera que en l'àmbit d'una relació contractual amb l'Administració «pot ser molt difícil, fins i tot impossible... provar la pèrdua de l'oportunitat de superar un procés selectiu per ingressar a l'Administració», i per això, en el cas ara enjudiciat, la reparació adequada que la normativa interna ha de regular per permetre que el treballador afectat vegi reparada la vulneració contractual produïda pot acabar sent merament teòrica, perquè quedaria reduïda a la indemnització a preu fet.

El TJUE no és d'aquest parer, i tot seguit n'exposaré les raons i els arguments, amb l'explicació prèvia que el TJUE no disposa d'elements que li permetin «dubtar de les disposicions controvertides en el litigi principal amb el principi d'equivalència», ja que allò que regula el legislador italià per sancionar l'ús abusiu de contractes temporals és, en realitat, l'aplicació del dret de la Unió i no de la normativa de caràcter merament intern. En aquest punt, la sentència fa seves les conclusions de l'advocat general, per al qual «les mesures adoptades pel legislador nacional en el marc de l'exercici de les obligacions derivades de la Directiva 1999/70 [...] [per al] sector privat s'adopta com a aplicació del dret de la Unió, tot i que l'ordenament jurídic nacional preveu altres mesures aplicables al sector públic. Per tant, no es pot establir una comparació entre les modalitats d'aquests dos tipus de mesures amb relació al principi d'equivalència, atès que aquestes mesures versen exclusivament sobre l'exercici dels drets conferits per l'ordenament jurídic de la Unió», i per aquest motiu «[...] si l'Estat membre únicament preveu en el sector públic mesures indemnitzatòries com a mesures de sanció en el sentit de la clàusula 5, apartat 2, de l'Acord marc i exclou la conversió de la relació laboral, que està reconeguda en el sector privat, no és possible comparar les dues situacions per determinar si es respecta aquest principi, ja que en ambdós casos es tracta de l'exercici de drets conferits per l'ordenament jurídic de la Unió».

En abordar l'aplicació del principi d'efectivitat, el TJUE dona resposta a les qüestions plantejades, partint de la necessitat de tenir en compte totes les disposicions internes que regulin la qüestió en litigi, tant les que imposen sancions econòmiques al subjecte ocupador incomplidor com un altre tipus de sancions als responsables directes de l'actuació fraudulenta, sempre des de l'assumpció prèvia, perquè així està regulat, que la interpretació del dret intern és una competència exclusiva de

l'òrgan jurisdiccional remitent, encara que el TJUE pugui facilitar «orientacions» o «precisions» per ajudar el tribunal nacional a formar la seva convicció.

Un cop arribats a aquest punt, i després de tornar a recordar els dubtes del tribunal remitent sobre el caràcter merament teòric de la possibilitat que el treballador afectat sol·liciti la reparació per compensació per la contractació abusiva en l'Administració, considero que és important indicar que el Govern italià, en les observacions presentades, va manifestar que els tribunals nacionals aplicaven criteris que afavorien especialment la part treballadora, i feia palès (suposo que amb el suport corresponent en forma de referències de les seves sentències) que això era així «tant amb relació a l'establiment del dany resultant de la pèrdua d'oportunitats d'ocupació com a la seva avaluació», i que l'única prova exigida, mitjançant presumpció, no era «la de la pèrdua d'un avantatge, sinó la de la mera possibilitat d'obtenir-lo i portant a terme l'avaluació del perjudici sofert, fins i tot no havent-hi presentat elements el treballador de prova concrets».

Extrapolada del sector privat a l'àmbit de l'Administració, aquesta tesi li sembla vàlida al TJUE per arribar a la conclusió que es respecta el principi d'efectivitat, ja que trasllada la càrrega de la prova al subjecte infractor (Administració i directiu responsable directe de la contractació fraudulenta), de manera que es poden corregir les dificultats que el tribunal remitent fa paleses perquè el treballador afectat demostrï la pèrdua d'oportunitat d'accés a una ocupació indefinida en l'Administració (cosa que, certament, pel que fa a la convocatòria del procés selectiu, és obvi que no és a les seves mans, sinó a les de l'Administració, i que, un cop hi hagi una convocatòria, el treballador esmentat ha de superar el procés, en el qual es pot trobar en situació d'igualtat d'oportunitats que la resta de persones participants).

Ara bé, si s'accepta que aquesta pot ser la via més adequada, dins del marge d'apreciació de què disposa l'Estat italià, per reparar les infraccions comeses en el sector privat, això no impedeix que no es reconeixin com a prou efectives les mesures que s'adrecen directament als treballadors del sector públic (entre les quals vull recordar ara que no hi és la conversió d'un contracte temporal fraudulent en indefinit).

Una d'aquestes mesures, com ja he indicat anteriorment, és que les administracions afectades puguin rescabalar-se econòmicament dels directius que siguin responsables directes de les infraccions contractuals comeses, i també que la carrera professional d'aquests directius es pugui veure afectada pel fet que no puguin obtenir determinats complements salarials vinculats als resultats de la seva activitat; i igualment, entre les mesures sancionadores, hi ha les que afecten directament l'Administració infractora de la normativa, com és ara la prohibició de dur a terme processos selectius durant els tres anys posteriors a la infracció.

Al tribunal remitent, a partir de les orientacions i les precisions aportades pel TJUE, li correspon decidir, en la seva resolució posterior, si aquestes possibles sancions, que certament no tenen cap repercussió sobre el treballador afectat pel

que fa a una possible indemnització superior o fins i tot una conversió del contracte, sí que tenen el caràcter «efectiu i dissuasiu» que permeti garantir la plena aplicació del que disposa l'Acord marc per prevenir l'ús abusiu dels contractes de durada determinada.

En definitiva, es pot observar que la resposta del TJUE és bidireccional, atès que la normativa italiana preveu dues vies, una que s'adreça directament al subjecte treballador afectat (indemnització a preu fet) i una altra al subjecte infractor (ocupador o directiu responsable directe). Totes dues vies poden ser vàlides per complir l'Acord marc, sempre que, a partir de la interpretació que han fet els tribunals nacionals per al sector privat i que pot extrapolar-se al sector públic per garantir-hi el principi d'efectivitat, quedi oberta la via d'obtenir «la reparació íntegra del dany» si el treballador aporta la presumpció, prou indicis, que l'extinció li ha suposat «la pèrdua d'oportunitats de trobar una feina», o bé que, «si s'hagués organitzat un procés selectiu de manera regular, l'hauria superat», i sempre que aquesta normativa «vagi acompanyada d'un mecanisme de sancions efectiu i dissuasiu», com poden ser les accions de responsabilitat contra l'Administració i contra els seus directius, però, en qualsevol cas, es tracta d'un extrem «la verificació del qual correspon a l'òrgan jurisdiccional remitent».

Una sentència important, sens dubte, i que obre un ampli espai d'actuació als tribunals nacionals per determinar com es pot reparar íntegrament el dany patit pel treballador, amb l'única excepció de la conversió del contracte temporal en indefinit.

II. Anàlisi de les conclusions presentades pels advocats generals i de les sentències dictades pel TJUE en els assumptes C-103/18, C-429/18 i C-177/18

1. Consideracions prèvies

Es tracta d'examinar ara quina és la situació jurídica d'una persona que fa bastants anys que està en situació d'interinitat i l'Administració per a la qual presta serveis extingeix el vincle jurídic que la unia fins llavors amb aquesta persona, sense tenir en compte, atesa la jurisprudència consolidada del TJUE sobre la interpretació de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 1999/70/CE, si es tracta d'una relació contractual laboral, d'un nomenament com a personal funcionari interí o d'una relació estatutària.

L'assumpte té un interès i una rellevància particulars, i no només, per descomptat, a efectes jurídics, encara que aquest és l'àmbit en el qual vull centrar la meua explicació, en funció que la interinitat derivi de l'ocupació d'un lloc de treball reservat per a una altra persona (llicència sindical, suspensió per maternitat/paternitat, serveis especials...), o bé que es tracti d'una plaça vacant que s'ha de cobrir mitjançant el procés de selecció corresponent. La qüestió adquireix encara més interès segons si, en el segon supòsit, l'Administració ha adoptat les mesures oportunes (OOP) per treure a concurs la plaça, amb la problemàtica jurídica que planteja l'art. 70.1 EBEP respecte a l'acompliment en un termini màxim de tres anys de l'execució d'aquesta OOP. Per descomptat, el nombre d'anys que la persona afectada romangui en situació d'interinitat i el nombre de contractes/nomenaments que hagi tingut durant aquest període també tenen importància, i en la realitat espanyola del final de la primera dècada del segle XXI (des de l'inici de la crisi econòmica) i de la dècada present (almenys fins a la recuperació econòmica –per a un sector de la població– a mitjan dècada) cobra una importància especial la política pràcticament de congelació de places en l'ocupació pública, cosa que va provocar en totes les administracions públiques, però molt especialment en les locals i en les autonòmiques, un increment notable del nombre de personal interí, amb una afectació particular sobre els àmbits de sanitat i d'ensenyament.

2. Examen de les conclusions presentades en els assumptes C-103/18 i C-429/18

Les va presentar l'advocada general en els assumptes acumulats que havien despertat més interès entre la població laboral interina per les conseqüències que poden tenir sobre la tan desitjada consecució de l'estabilitat en la seva ocupació, o dit d'una altra manera el fet d'aconseguir la «fixesa» tan desitjada per qui porta diversos anys en la incertesa (per a la o el treballador, i no pas per al TJUE, si ens guiem per la seva jurisprudència des de les sentències de 5 de juny de 2018, casos *Lucía Montero Mateos* i *Grupo Norte Facility*) de no saber durant quant de temps mantindrà el vincle amb l'Administració, incertesa que és encara més gran si no s'ha convocat l'OOP, o bé si, tot i haver-se convocat, no s'està duent a terme.

És obvi, però no està de més recordar-ho cada vegada que em refereixo a unes conclusions dels advocats generals del TJUE, que es tracta d'això, conclusions, que allò únicament i realment important als efectes jurídics pràctics és la resolució que dicti el TJUE i, per descomptat, com l'aplicarà i la recollirà l'òrgan jurisdiccional remitent que va plantejar la qüestió prejudicial quan hagi de resoldre l'assumpte litigiós un cop coneguda la sentència del TJUE.

Es van crear unes expectatives excessives entre gran part de la població laboral interina sobre aquestes conclusions? Probablement sí, aquest és el meu parer, però en qualsevol cas el que importa ara és analitzar-les i extreure'n les conclusions –valgui la redundància– més importants, abans d'analitzar en un epígraf posterior la sentència dictada el 19 de març de 2020.

A) Es tracta de dues qüestions prejudicials plantejades pels JCA núm. 8 i 14 de Madrid, mitjançant interlocutòries de 30 de gener¹³ i 8 de juny de 2018, en què una bona part de les preguntes formulades en la segona qüestió prejudicial són reiteració de les que exposa la primera. La advocada general ja subratlla en la seva introducció que totes dues qüestions connecten amb la petició formulada pel JCA núm. 4 de Madrid que va donar lloc a la important sentència del TJUE en l'assumpte C-16/15.

13. Aquesta interlocutòria ha estat objecte d'anàlisi per CASAS BAAMONDE, M. 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-2019-0000000385 (consulta: 29 octubre 2019).

També cal fer esment de la petició de decisió prejudicial que el JCA núm. 24 de Madrid va presentar mitjançant interlocutòria de 29 de gener passat. La petició es formula en uns termes molt semblants als de dues interlocutòries anteriors, de 30 de gener i 8 de juny de 2018. Cal parar atenció, tenint en compte la data de la interlocutòria, en el fet que no hi ha cap referència a la sentència dictada pel TJUE el 21 de novembre de 2018, en l'anomenat cas *Ana de Diego Porras II* (assumpte C-619/17), ni a les sentències de 5 de juny del mateix any, en els casos *Lucía Montero Mateos* i *Grupo Norte Facility* (assumpes C-677/16 i C-574/16), que, si bé realment no aborden la problemàtica concreta de l'ocupació estatutària, sí que fan una interpretació de la normativa comunitària d'indubtable impacte en l'espanyola en matèria de contractació temporal. També sorprèn l'omissió de referències a dues sentències importants del TSCA de 26 de setembre en què ja es dona una resposta determinada al litigi de què va conèixer el TJUE en l'assumpte C-16/15.

D'una manera clara i precisa, l'advocada general sintetitza els termes del debat, o, més exactament, els termes de les peticions, substancialment idèntiques, formulades en les dues qüestions: després de criticar l'ús prolongat i permanent de nomenaments temporals per cobrir necessitats del servei públic de salut de la comunitat autònoma madrilenya, «s'adrecen al Tribunal de Justícia amb un total de 16 qüestions prejudicials per tal que dilucidi quines facultats tenen per sancionar els eventuais abusos derivats de l'ús successiu de nomenaments temporals, d'acord amb la clàusula 5 de l'Acord marc sobre el treball de durada determinada, de 18 de març de 1999».

Els apartats 10 a 15 conformen una bona síntesi del litigi suscitat en l'assumpte C-103/18 i els apartats 16 a 22, de l'assumpte C-429/18, com també de les respectives qüestions prejudicials plantejades. En primer lloc, convé recordar els continguts més rellevants de cadascun dels assumptes.

a) L'assumpte C-103/18 versa sobre un treballador que presta serveis com a informàtic per al Servei Madrileny de Salut (SERMAS) des del 2 de novembre de 1999, amb un nomenament de personal estatutari temporal interí. En ser suprimida la seva categoria professional «com a conseqüència d'una reforma legal», la seva relació de servei es va extingir el 28 de desembre de 2011, si bé, i sense solució de continuïtat, el mateix dia va rebre un nou nomenament, en els mateixos termes i per al mateix lloc de treball. És a dir, que el que va desaparèixer va ser únicament una categoria professional, la de «grup tècnic de la funció administrativa», i el canvi que es va produir únicament va ser la creació d'una altra categoria nova, amb la denominació de «personal estatutari de l'àmbit de les tecnologies de la informació i les comunicacions». No hi va haver impugnació de la cessació ni del nou nomenament per part del treballador.

En els fets provats consta que el 27 de maig de 2015 es van convocar proves selectives per a l'accés a la condició de personal estatutari fix –la primera convocatòria que es feia des de 1999– i que el treballador no va participar en la convocatòria ni la va recórrer.

El litigi de què finalment ha conegut l'advocada general comença el 21 de desembre de 2016, quan el treballador sol·licita que se li reconegui «la condició d'empleat públic fix o de personal estatutari equiparable al fix», sol·licitud que va ser desestimada. Un cop interposat recurs en seu judicial CA contra la decisió denegatòria de l'Administració sanitària, el JCA en va suspendre el procediment i va elevar nou qüestions prejudicials extensíssimes perquè el TJUE s'hi pronunciés. En aquestes qüestions, al meu parer, la petició pròpiament dita es barreja amb la valoració de la jutgessa, directament dirigida al TJUE perquè es pronunciï, en sentit afirmatiu, sobre el reconeixement de fixesa en la relació de serveis de les persones que es troben en una situació d'interinitat com la del treballador que va accionar les qüestions per reclamar l'estabilitat laboral.

Les qüestions prejudicials plantejades van ser les següents:

1) Una situació com la que es descriu en aquest supòsit (en què l'ocupador públic incompleix els límits temporals que la norma li exigeix i, d'aquesta manera, permet la successió de contractes temporals o manté la temporalitat modificant el tipus de nomenament d'eventual a interí o de substitució), ¿es pot entendre com un ús abusiu de nomenaments successius, i pot ser considerada, per tant, com una situació de les que descriu la clàusula 5 de l'Acord marc annex a la Directiva [1999/70]?

2) ¿El que disposa l'Acord marc sobre el treball de durada determinada, que figura en l'annex a la Directiva 1999/70, amb relació al principi d'efectivitat, s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a normes processals nacionals que [...] exigeixen al treballador en règim de temporalitat una conducta activa d'impugnació o recurs (de tots els nomenaments i cessaments successius) per tal de, i només així, estar emparat per la Directiva comunitària i poder reclamar els drets que li confereix l'ordenament jurídic de la Unió?

3) En la consideració que, en el sector públic i en l'exercici de serveis essencials, la necessitat de cobrir vacants, malalties, vacances [...] en essència és «permanent», i atès que es fa necessari delimitar el concepte de «causa objectiva», que justificaria la contractació temporal:

a) ¿Es pot entendre que seria contrari a la Directiva [1999/70], clàusula 5, 1, a), i, per tant, no hi hauria causa objectiva, el fet que el treballador temporal encadeni, sense solució de continuïtat, contractes d'interinitat successius, treballant tots o gairebé tots els dies de l'any, amb nomenaments/crides consecutius i successius, que es dilaten, amb plena estabilitat, en el transcurs dels anys, això sí, complint-se sempre la causa per a la qual va ser cridat?

b) ¿Cal entendre que és necessitat permanent, i no temporal i, per tant, no emparada com a «raó objectiva» continguda en la clàusula 5, 1, a), partint tant dels paràmetres descrits, és a dir, de l'existència d'innombrables nomenaments i crides que es dilaten durant anys, com de l'existència de defecte estructural, defecte que es plasmaria en el percentatge d'interinitat en el sector de què es tracti, o/i [en el fet] que aquestes necessitats sempre com a norma es cobreixen amb treballadors temporals, que esdevenen de manera estable peça essencial en el desenvolupament del servei públic?

c) ¿[?]O podem entendre que en essència, per fixar quin és el límit consentit de temporalitat, només hem d'acudir a la literalitat de la norma que empara l'ús d'aquests treballadors temporals, quan diu que poden ser nomenats per raons de necessitat, d'urgència o per desenvolupar programes de caràcter temporal, conjuntural o extraordinari; en definitiva, l'ús, perquè s'entengui com a causa objectiva, ha de respondre a aquestes circumstàncies d'excepcionalitat, i deixa de ser-ho, i, per tant, hi ha abús, quan l'ús deixa de ser puntual, ocasional o circumstancial[?]

4) És conforme amb l'Acord marc annex a la Directiva [1999/70] entendre com a causa objectiva per a la contractació i la renovació successives dels informàtics estatutaris temporals, raons de necessitat, d'urgència [o] per al desenvolupament de programes de caràcter temporal, conjuntural o extraordinari, quan aquests empleats públics exerceixen de manera permanent i estable funcions ordinàries pròpies dels empleats estatutaris fixos, sense que l'Administració ocupadora estableixi límits màxims en aquests nomenaments, ni compleixi les obligacions legals

per proveir aquestes places i aquestes necessitats amb funcionaris fixos, ni s'estableixi cap mesura equivalent per prevenir i evitar l'abús en la relació temporal successiva, i es perpetuïn els serveis prestats pels empleats informàtics estatutaris temporals per terminis, en aquest supòsit de 17 anys de serveis continuats?

5) El que disposa l'Acord marc sobre el treball de durada determinada, que figura en l'annex a la Directiva 1999/70, i la interpretació que en fa el TJUE és compatible amb la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem, atès que fixa, sense atendre a cap altre paràmetre, l'existència de causa objectiva en el respecte a la causa de nomenament, en el seu límit temporal, o determina la impossibilitat d'un terme de comparació amb el funcionari de carrera, a causa de les diferències de règim jurídic, de sistema d'accés o en la permanència mateixa en les funcions dels funcionaris de carrera i temporals en els interins?

6) Constatat pel jutge nacional l'abús en la contractació successiva de l'empleat públic estatutari temporal interí al servei del SERMAS, que es destina a cobrir necessitats permanents i estructurals de la prestació de serveis dels empleats estatutaris fixos, al no haver-hi cap mesura efectiva en l'ordenament jurídic intern per sancionar aquest abús i eliminar les conseqüències de la infracció de la norma comunitària, ¿cal interpretar la clàusula 5 de l'Acord marc annex a la Directiva [1999/70] en el sentit que obliga el jutge nacional a adoptar mesures efectives i dissuasives que garanteixin l'efecte útil de l'Acord marc i, per tant, a sancionar aquest abús i eliminar les conseqüències de la infracció d'aquesta norma europea deixant inaplicable la norma interna que ho impedeixi?

Si la resposta fos positiva, i com declara en [l']apartat 41, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la seva sentència de 14 de setembre de 2016, assumptes C 184/15 i C 197/15:

¿Seria conforme als objectius que persegueix la Directiva [1999/70], com a mesura per prevenir i sancionar l'abús en la relació temporal successiva i eliminar la conseqüència de la infracció del dret de la Unió, la transformació de la relació estatutària temporal interina/eventual/substitutòria, en una relació estatutària estable, ja sigui des de la denominació d'empleat públic fix o indefinit, amb la mateixa estabilitat en l'ocupació que els empleats estatutaris fixos comparables?

7) En cas d'abús en la relació temporal successiva, la conversió de la relació estatutària temporal interina en una relació indefinida o fixa, ¿es pot entendre que aquesta conversió només compleix els objectius de la Directiva [1999/70] i el seu Acord marc quan l'empleat estatutari temporal que ha patit l'abús assoleix les mateixes i idèntiques condicions de treball que el personal estatutari fix (en matèria de protecció social, promoció professional, provisió de vacants, formació professional, excedències, situacions administratives, llicències i permisos, drets passius, i cessament en els llocs de treball, així [com] participació en els concursos convocats per a la provisió de vacants i la promoció professional) sota els principis de permanència i inamobilitat, amb tots els drets i obligacions inherents, en règim d'igualtat amb els informàtics estatutaris fixos?

8) El dret comunitari obliga a revisar sentències judicials / interlocutòries administratives fermes en les circumstàncies que es descriuen quan es donen les quatre condicions que exigeix el cas Kühne & Heitz NV (C-453/00, de 13 de gener de 2004): 1) En el dret nacional espanyol,

l'Administració i els tribunals disposen de la possibilitat de revisió, però amb les restriccions advertides, que fan molt difícil o impossible d'assolir-la; 2) Les resolucions controvertides han adquirit fermesa arran d'una sentència d'un òrgan jurisdiccional nacional que resol en última/única instància; 3) La sentència esmentada es basa en una interpretació del dret comunitari que no està d'acord amb la jurisprudència del TJUE i s'ha adoptat sense sotmetre prèviament una qüestió prejudicial al TJUE; i [4]) L'interessat s'ha dirigit a l'òrgan administratiu immediatament després d'haver tingut coneixement d'aquesta jurisprudència[?].

9) ¿Els jutges nacionals, com a jutges europeus que han de garantir als estats membres el ple efecte del dret de la Unió, poden exigir i han d'exigir i de condemnar l'autoritat administrativa interna dels estats membres al fet que –dins de les seves competències respectives– adoptin les disposicions pertinents per eliminar les normes internes incompatibles amb el dret de la Unió, en general, i amb la Directiva [1999/70], i el seu Acord marc, en particular?

b) En l'assumpte C-429/18 també es tracta de personal estatutari temporal interí, que prestava serveis com ara odontòlegs, amb molts anys d'antiguitat (alguns des de 1993), i els havien exercit amb una cobertura jurídica diversa, atès que els van prestar com a estatutaris temporals interins, eventuais o de substitució. Queda constància que aquests treballadors, que no van recórrer els nomenaments i els cessaments que es van produir durant la seva relació laboral, van exercir les seves activitats «de manera constant i continuada, [amb] funcions idèntiques a les del personal estatutari fix».

Aquest personal va plantejar la mateixa petició de «fixesa» que en el cas anterior el 22 de juliol de 2016, i va obtenir el mateix resultat desestimatori. Va conèixer del recurs el JCA, i les persones recurrents van al·legar que la decisió de l'Administració era contrària a la Directiva 1999/70/CE i suposava una discriminació envers els treballadors temporals respecte dels fixos, i per això feien aquesta petició de fixesa o estabilitat, amb l'argumentació substancial que les places que ocupaven «no es van incloure en l'oferta d'ocupació pública de l'any del nomenament o de l'any següent perquè fossin cobertes per odontòlegs especialistes estatutaris fixos ni es va executar l'oferta d'ocupació pública o un instrument similar en el termini improrrogable de tres anys que exigeix la normativa nacional».

A continuació, reproduïxo les quatre primeres qüestions prejudicials plantejades, i per a la resta, em remeto a les plantejades en el cas anterior.

1) ¿És correcta la interpretació que fa aquesta jutjadora de l'Acord marc annex a la Directiva [1999/70] i entendre que en la contractació temporal de les recurrents es produeix abús en el sentit que l'ocupador públic fa servir diferents formes de contractació, totes elles temporals, perquè s'exercitin de manera permanent i estable funcions ordinàries pròpies dels empleats estatutaris fixos; i cobrir defectes estructurals i necessitats que, de fet, no tenen caràcter provisional, sinó permanent i estable. Per això, la contractació temporal descrita no està justificada en el sentit de la clàusula 5, apartat 1, lletra a), de l'Acord marc, com a causa objectiva, en la mesura

que aquest ús de contractes de durada determinada s'oposa directament al paràgraf segon del preàmbul de l'Acord marc i dels punts 6 i 8 de les consideracions generals de l'Acord esmentat, en no donar-se les circumstàncies que justificarien aquests contractes de treball de durada determinada?

2) ¿És correcta la interpretació que fa aquesta jutjadora de l'Acord marc annex a la Directiva [1999/70] i en la seva aplicació entendre que la convocatòria d'un procés selectiu convencional amb les característiques descrites no és una mesura equivalent, ni pot ser considerada com a sanció, atès que no és proporcional a l'abús comès, la conseqüència de la qual és el cessament del treballador temporal, de manera que s'incompleixen els objectius de la Directiva i es perpetua la situació desfavorable dels empleats estatutaris temporals, ni pot ser considerada com a mesura efectiva, ja que no genera cap perjudici a l'empresari, ni compleix cap funció dissuasiva, i per això no s'adequa a l'article 2, paràgraf primer, de la Directiva 1999/70, perquè l'Estat espanyol no garanteix els resultats que fixa la Directiva?

3) ¿És correcta la interpretació que fa aquesta jutjadora de l'article 2, paràgraf primer, de la Directiva 1999/70 i de la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de data 14 de setembre de 2016, assumpte C-16/15, en entendre en la seva aplicació que no és mesura sancionadora adequada per sancionar l'abús en la temporalitat successiva la convocatòria d'un procés selectiu de lliure concurrència, atès que en la normativa espanyola no hi ha cap mecanisme de sanció efectiu i dissuasiu que posi fi a l'abús en el nomenament del personal estatuari temporal, i no permet proporcionar els llocs estructurals creats amb el personal que va ser objecte d'abús, de manera que la situació de precarietat d'aquests treballadors perdura?

4) ¿És correcta la interpretació que fa aquesta jutjadora sobre el fet que la conversió del treballador temporal objecte d'abús en «indefinit no fix» no és sanció eficaç perquè el treballador qualificat d'aquesta manera pot ser cessat, ja sigui per cobrir el seu lloc mitjançant un procés selectiu, ja sigui per amortitzar la plaça, i per això no és conforme a l'Acord marc per prevenir l'ús utilització abusiu dels contractes de treball de durada determinada pel fet que no es compleix l'article 2, paràgraf primer, de la Directiva 1999/70, perquè l'Estat espanyol no garanteix els resultats que fixa la Directiva?

B) Després de reiterar els motius pels quals els litigants consideren que la seva relació amb l'Administració hauria de ser fixa (una precisió important: no «indefinita no fixa», ja que aquesta relació es pot extingir si s'amortitza la plaça o es proveeix mitjançant el procés de selecció oportú), perquè, segons ells, el subjecte ocupador ha actuat palesament amb abús de dret, l'advocada general repassa el contingut de la clàusula 5 de l'Acord marc, que el TJUE ja ha interpretat en nombroses ocasions. Al meu parer, és important assenyalar que es posa de manifest que, malgrat la sentència C-16/15 i la jurisprudència espanyola, els JCA referenciats i, en realitat, la mateixa jutgessa, «continuen albergant seriosos dubtes sobre el compliment, en aquest servei públic, de les exigències del dret de la Unió derivades de la clàusula 5 de l'Acord marc, i per això han considerat necessari dirigir-se de nou al tribunal de Justícia».

Primera precisió de les conclusions que crec que cal destacar: remetent-se a la sentència de 8 de maig de 2019 (assumpte C-494/17), l'advocada general manifesta que si s'hi ha hagut un ús abusiu de la contractació (o dels nomenaments) de durada determinada, encara que la normativa de l'Estat en qüestió disposi de mesures tendents a evitar-lo, «correspon a les autoritats nacionals vetllar per l'eficàcia pràctica de l'Acord marc mitjançant l'adopció de mesures que garanteixin una sanció adequada d'aquest abús i l'eliminació de les conseqüències de la infracció del dret de la Unió».

Segona precisió rellevant, en aquest cas d'índole conceptual. Què ha d'abordar el TJUE en la seva sentència, segons l'advocada general? En el primer cas, i en el marc de la primera qüestió prejudicial, «d'acord amb quins requisits s'ha d'aplicar la clàusula 5 de l'Acord marc a la continuació de relacions de servei temporals en el sector públic fins a la cobertura permanent de les places»? I a continuació, per respondre a les altres qüestions prejudicials, en tots dos casos, «cal esclarir, en essència, si el dret espanyol preveu mesures adequades per evitar l'abús, en el sentit de la clàusula 5, apartat 1, de l'Acord marc, i sancions, en el cas que es produeixi l'abús, que satisfacin les exigències derivades del dret de la Unió recordades anteriorment».

C) Delimitat, d'aquesta manera, l'àmbit d'anàlisi de les qüestions prejudicials plantejades, l'advocada general s'atura en la primera, és a dir, si és aplicable la clàusula 5 de l'Acord marc. Aquí trobarem una tercera consideració rellevant, i de transcendència per a litigis futurs, que es plasmarà un cop hagi donat resposta a les divergències que hi ha entre les dues parts respecte de si, el cas concret en judici, és un supòsit en què s'hagin donat «successius nomenaments o relacions de servei», ja que el possible caràcter abusiu es donarà, segons la clàusula esmentada, quan hi hagi successius contractes o nomenaments. Insisteixo, la importància d'aquesta qüestió no és menor, atès que allò a què cal respondre, segons els termes de la qüestió prejudicial, és si la clàusula 5 «també és aplicable quan un empleat públic temporal presti serveis durant molts anys sobre la base, formalment, d'un únic nomenament o relació de servei, però continuï exercint les seves funcions perquè la plaça vacant no s'ha cobert de manera permanent ni s'ha posat fi, en conseqüència, al nomenament o relació de servei temporal perquè l'empresari públic ha omès el fet de dur a terme la selecció de personal estatutari fix».

Qui decideix si estem davant de contractes o nomenaments successius o no? Per descomptat, i de manera exclusiva, els òrgans jurisdiccionals nacionals..., sempre que, raona l'advocada general, «no es posi en perill l'objectiu o l'eficàcia pràctica de l'Acord marc».

D) Arribats a aquest punt, al meu parer, la tercera consideració rellevant passa a ser la primera tesi important de la sentència, tal com es fa palès en les con-

clusions (una altra qüestió –que deixo plantejada aquí– és que el TJUE l'aculli en els mateixos termes), i ara començarà a aparèixer una paraula que no s'utilitza gaire ni en conclusions ni en sentències del Tribunal europeu com «precarietat» o expressions com «precarització de la relació de treball», molt característica del debat a Espanya sobre la contractació laboral i les condicions de treball. Per a l'advocada general, «La protecció que persegueix la clàusula 5 de l'Acord marc enfront de la precarització de la situació dels treballadors quedaria buida de contingut si el legislador nacional tingués la possibilitat d'excloure sense més de l'àmbit d'aplicació de l'Acord marc certes relacions laborals de llarga durada, que formalment són temporals, declarant, per exemple, que, malgrat les eventuais modificacions, constitueixen una relació laboral unitària o configurant des d'un principi aquestes relacions laborals, certament temporals, com a relacions laborals per temps indefinit fins a l'ocupació permanent de la plaça en un moment indeterminat».

Existia aquest risc en el cas concret enjudiciat en l'assumpte del treballador informàtic del SERMAS? La resposta és afirmativa, atès que el segon nomenament (successiu?) no va tenir cap conseqüència pràctica sobre el fet de mantenir la prestació de serveis en les mateixes condicions que amb anterioritat, i per això podia continuar prestant la seva activitat per un temps indeterminat (una durada inusualment llarga?, em pregunto) mentre no es dugués a terme el procés selectiu per cobrir la plaça vacant, la qual cosa resulta clar que no es va produir, almenys, fins a 2015. Amb una interpretació que s'acull a la realitat social, i no és merament formalista, les conclusions rebutgen que amb una extinció i un nomenament posterior hi hagi prou per considerar que es tracta de successives relacions laborals i que, per contra, caldria entendre que aquest caràcter successiu apareix quan el treballador resulta afectat per una inseguretat més gran (i jo hi afegeixo ara: tant si es tracta, doncs, d'un contracte o nomenament o de més d'un), cosa que es produeix «quan la modificació de què es tracti tingui per objecte el període de durada del contracte o de la relació laboral, les condicions per a la seva finalització o les expectatives d'aconseguir un lloc fix aparellades al tipus de lloc en qüestió», de manera que en el cas enjudiciat ara «podria estar en dubte particularment l'expectativa d'obtenir un lloc fix».

Aquest raonament incidental porta l'advocada general a remetre a l'òrgan jurisdiccional remitent el fet que dilucidi «si el règim d'ocupació corresponent ha experimentat una modificació rellevant que equivalgui al recurs a un nou nomenament o relació de servei». Però, a més, immediatament, apareix a consideració la continuació, i reforç, de la primera tesi, com és, dit amb rotunditat, que «la clàusula 5 de l'Acord marc també s'ha d'aplicar al manteniment d'un únic nomenament o relació de servei temporal quan la seva continuació per temps indefinit és deguda al fet que no s'han complert les exigències legals relatives a la cobertura de places vacants».

En una barreja d'aplicació de les normatives comunitària i nacional, i criticant que no es compleixin o es garanteixi «la deguda organització de processos de selecció dins d'uns terminis vinculants» (diré de passada que em sembla que les tesis del TS sobre la interpretació de l'art. 70.1 EBEP difereixen del plantejament de l'advocada general), remet a l'òrgan jurisdiccional nacional perquè esbrini i dicta-mini «[...] mitjançant una interpretació conforme de les normes nacionals pertinents, [...] si cal considerar que hi ha nomenaments o relacions de servei successius des del moment en què venç el termini que el dret nacional estableix per convocar o per amortitzar la plaça de què es tracti».

En definitiva, es proposa al TJUE que respongui a la primera qüestió prejudicial en l'assumpte C-103/18 de la manera següent: «En apreciar, d'acord amb el dret nacional, si hi ha successius nomenaments o relacions de servei, com a requisit per a l'aplicació de la clàusula 5 de l'Acord marc, l'element determinant, tenint en compte els objectius que persegueix aquesta disposició, és si, durant el període de temps de què es tracti, el contingut del règim d'ocupació ha experimentat cap modificació que tingui per objecte el període de durada del nomenament o la relació de servei, les condicions per a la seva finalització o la possibilitat de participar en un procés selectiu de personal estatutari fix, de manera que l'empleat temporal afectat es vegi exposat a una inseguretat més gran».

Em permeto respondre. Se n'ha modificat el període de durada? Sí. Se n'han modificat les condicions per a la finalització? En principi no, ja que queda condicionada a la cobertura per concurs de la plaça. S'ha modificat la possibilitat de participar en un procés selectiu de personal estatutari fix? No; i és una qüestió diferent, i no objecte d'aquesta, si es poden establir alguns requisits que permetin valorar prou els mèrits d'una persona que ha estat ocupant un lloc de treball durant més de 17 anys, és a dir amb una interinitat gairebé permanent o «inusualment llarga».

E) A continuació, les conclusions aborden les qüestions prejudicials tercera a cinquena de l'assumpte C-103/18 i la primera de l'assumpte C-429/18, en què, en síntesi, es formulen les preguntes de si cal considerar abusiu «l'ús de successives relacions de serveis temporals que s'han de jutjar».

Sembla evident, i així ho subratllen també les conclusions, que hi ha una relació directa entre les qüestions plantejades amb el cas resolt pel TJUE en l'assumpte C-16-15, el conegut cas «Pérez López» i, més concretament, què s'ha d'entendre per «raó objectiva» per tal de justificar la renovació de contractes o relacions laborals, havent de ser provisionals les necessitats que aquestes relacions contractuals temporals poden cobrir. Tot i així, en l'àmbit de la sanitat, l'art. 9.3 de la Llei de l'Estatut marc va validar la substitució temporal de treballadors per considerar-la «una raó objectiva en el sentit de la clàusula 5, apartat 1, lletra a), de l'Acord marc, que justifica, en certes circumstàncies, tant la durada determinada dels contractes conclosos amb el personal substitut com la renovació d'aquests contractes en fun-

ció de noves necessitats». Aquesta raó també té sentit en altres ocasions, com, per exemple, en l'àmbit de l'ensenyament quan es tracti d'una normativa que permeti renovar contractes successius de treball de durada determinada, «amb la finalitat de cobrir places vacants en escoles públiques fins que concloguin els processos de selecció, pot estar justificada per una raó objectiva».

Per contra, i acudint a una jurisprudència consolidada del TJUE, es rebutja que hi hagi una raó objectiva si el que s'està cobrint no són necessitats provisionals, sinó d'altres de permanents i duradores. És a dir, el fet que hi hagi una norma que permeti donar una resposta adequada a necessitats temporals, com és l'art. 9.3 esmentat, no pot servir per justificar decisions en matèria contractual o de nomenaments que, en realitat, sota l'aparença d'un estatus temporal, pretenen cobrir necessitats de personal permanents i duradores. Si això és així en els casos enjudiciats, i aquesta és, per descomptat, la tesi de cadascuna de les dues qüestions prejudicials elevades al TJUE, l'aplicació de la normativa nacional per justificar la temporalitat estaria vulnerant la normativa comunitària.

Per tot això, l'advocada general conclou que la clàusula 5.1 de l'Acord marc «s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a l'aplicació d'una normativa nacional, com la controvertida en els litigis principals, d'acord amb la qual la renovació de nomenaments temporals successius en la sanitat pública es considera justificada per “raons objectives”, als efectes de la disposició esmentada, pel fet que els nomenaments es basin en normes que permeten la renovació per tal de garantir la prestació de determinats serveis de naturalesa temporal, conjuntural o extraordinària, encara que, en realitat, la necessitat de personal sigui permanent i duradora i no hi hagi una garantia que l'autoritat de què es tracti compleix les seves obligacions legals per atendre aquesta necessitat i perquè s'ocupin de manera permanent aquestes places, o adopta mesures equivalents per prevenir i evitar l'ús abusiu de nomenaments temporals successius».

F) Molt més polèmica em sembla la resposta que l'advocada general dona pel que fa a la seva apreciació negativa de l'acompliment dels requisits temporals de l'art. 9.3 de l'Estatut marc i de l'art. 70.1 EBEP, relatiu a les cobertures de les places, ja que coneixem la jurisprudència del TS respecte a aquests preceptes, i valgui per totes la referència a la sentència de la Sala Social del TS de 4 de juliol de 2019, en la qual, certament hi ha un vot particular discrepant d'un valor jurídic indubtable i que donaria suport a l'existència d'una relació contractual inicialment temporal que hauria esdevingut indefinida per la seva durada inusualment llarga i per la poca diligència de l'Administració afectada per convocar el concurs preceptiu.

L'advocada general es pregunta «si s'ha establert amb caràcter vinculant un marc temporal precís per organitzar i concloure els processos selectius», i arriba a una conclusió afirmativa en els termes exposats més amunt. En conseqüència, la resposta que es proposa a la cinquena qüestió prejudicial en l'assumpte C-103/18

és que la clàusula 5.1 s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una jurisprudència nacional, com la controvertida, «que, per considerar que hi ha una raó objectiva que justifica la renovació de nomenaments temporals successius en la sanitat pública, es basa exclusivament, sense prendre en consideració altres paràmetres, en què s'hagi respectat la causa del nomenament i la corresponent limitació temporal o en què les funcions que han d'ocupar-se estiguin limitades temporalment, sense valorar adequadament les particularitats de l'activitat de què es tracti i les condicions del seu exercici en el cas concret». Primer xoc de trens (jurídics), i no en serà l'últim, entre el TS i el TJUE.

G) A continuació, les conclusions es refereixen a l'examen de les mesures nacionals que cal adoptar per sancionar els abusos que s'hagin produït amb les contractacions o els nomenaments temporals, i centren l'atenció en les qüestions prejudicials sisena i setena del primer assumpte, i de la segona a la setena del segon.

Primera afirmació, síntesi de la jurisprudència consolidada del TJUE i menció especial a la sentència de 7 de març de 2018, C-494/16, explicada amb anterioritat: correspon als estats membres adoptar les mesures necessàries per garantir la plena eficàcia de les normes adoptades en aplicació de l'Acord marc, és a dir que han de ser «no només proporcionades, sinó també efectives i dissuasives», cosa que els JCA remittents de les qüestions prejudicials consideren que no es compleix en els casos enjudiciats, de manera que el TJUE –aquesta és la tesi de les conclusions i efectivament és el que s'infereix de la normativa UE i de la jurisprudència consolidada del TJUE–, ha d'aportar «precisions» que orientin els òrgans jurisdiccionals nacionals per resoldre els litigis.

Es pronuncia, en primer lloc, entorn de les qüestions prejudicials segona i tercera en l'assumpte C-429/18, que versen sobre la possibilitat de considerar si els processos de selecció, i també la possibilitat de participar-hi que té la persona que està ocupant interinament una plaça, ja serien una mesura eficaç per sancionar l'ús abusiu de la contractació o els nomenaments de durada determinada. Intueixo que aquest és un dels blocs de les conclusions que més pot satisfer les i els treballadors interins, ja que obre les portes a una certa selecció dels processos selectius, o, dit d'una altra manera, al fet que es tingui en compte el temps prestat en la plaça convocada a concurs.

Quina és la raó de la meua afirmació anterior? Continueu llegint. En primer lloc, i després d'insistir que no s'han complert les normes nacionals sobre organització de processos selectius (amb tesi contrària del TS) i que aquest incompliment no ha tingut «conseqüències visibles», s'exposa, a manera de crítica, però sense afirmar-ho amb rotunditat, que «en tot cas, la convocatòria de processos de selecció depèn de les possibilitats financeres de l'Estat i de la discrecionalitat de l'Administració». En segon lloc, i és un argument formalment cert, però que no em sembla el més sòlid per defensar la tesi de l'advocada general, atès que depèn de nom-

broses circumstàncies, entre les quals hi ha les pròpies de la política pressupostària (encara que el TJUE no les accepta com a «excusa jurídica» en els casos que ha estat al·legada per una Administració demandada), que «fins i tot havent-se superat un procés de selecció, no queda determinat el moment del nomenament amb caràcter permanent».

Encara més important, sempre des de la perspectiva dels interessos més concrets del personal interí, que es fan palesos en les nombroses propostes presentades als grups polítics i els parlaments, tant estatal com autonòmics,¹⁴ és la tesi de l'advocada general que la convocatòria del concurs –aparentment neutra– no posaria totes les persones participants en una situació d'igualtat real de condicions, ja que «el jutjat remitent es refereix a un “procés selectiu de lliure concurrència”, de la qual cosa es dedueix que també hi poden participar candidats que no hagin patit un ús abusiu de nomenaments successius, i sembla que no es prengui degudament en consideració aquest abús (per exemple, mitjançant un nomenament preferent en cas que hagin superat el procés selectiu)». Més clar que l'aigua, oi?

El corollari de tot plegat és que la convocatòria del procés de selecció no elimina la infracció del dret de la Unió produïda amb anterioritat, de manera que es proposa al TJUE que es pronunciï en el sentit que la clàusula 5 de l'Acord marc s'ha d'interpretar en el sentit que, «per sancionar adequadament l'ús abusiu de successius nomenaments de caràcter temporal i eliminar les conseqüències de la infracció del dret de la Unió, no n'hi ha prou amb convocar processos selectius de lliure concurrència quan l'accés a una relació de servei fixa, derivat del fet que la persona que hagi patit l'ús abusiu d'aquests nomenaments successius ha superat el procés selectiu, sigui imprevisible i incert i la normativa nacional pertinent no estableixi cap altra mesura sancionadora».

H) A continuació, es tracta la temàtica de la possible transformació d'una relació de servei temporal en una relació indefinida –tot i que el més correcte seria referir-se a una relació fixa, per tal de diferenciar-la clarament de la indefinida no fixa–, de manera que les conclusions a partir d'ara donen resposta a la quarta

14. En efecte, la Llei de pressupostos generals canària, 7/2018, de 28 de desembre, en l'art. 54 regula un pla d'estabilització de l'ocupació temporal, a l'empara de l'EBEP i de l'art. 19.U.9 de la Llei de PGE per a l'any 2018. La particularitat és el que preveu l'últim paràgraf d'aquest precepte: «Així mateix, el pla ha de reservar com a mesura excepcional un nombre de places destinades a l'estabilització de l'ocupació temporal i la consolidació de l'ocupació temporal de personal de més de 50 anys mitjançant el sistema de concurs de mèrits, en les condicions d'antiguitat que determini el pla mateix». Després del requeriment formulat pel Govern de l'Estat, en considerar que aquesta mesura vulnera la legislació estatal, i com que no es va arribar a un acord entre les dues administracions en el si de la comissió bilateral, el text ha estat impugnat pel Govern de l'Estat davant del TC, per la qual cosa s'ha procedit a suspendre la norma impugnada.

Més recentment, el Parlament andalús aprovava en sessió plenària celebrada el 25 de setembre la presa en consideració i la tramitació d'una iniciativa legislativa popular (ILP), presentada el 14 de maig de 2018 (subratllo la importància de la data per les resolucions judicials del TJUE dictades amb posterioritat i també perquè la composició del Govern autonòmic quan es va presentar la ILP era diferent del que la va tramitar) «relativa a aplicació de sistema de concurs, consistent únicament en la valoració de mèrits, que regirà en la convocatòria de processos selectius per a l'estabilització definitiva de l'ocupació pública temporal en la Junta d'Andalusia, de funcionaris interins en l'Administració General, Administració de Justícia i Administració Educativa, com també amb el personal eventual de l'Administració Sanitària, d'acord amb l'article 61.6 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic». <http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=bopa&id=139814> (consulta: 20 octubre 2019).

qüestió prejudicial de l'assumpte C-429/18. I és aquí on el rictus del personal interí amb relació a les expectatives del «reconeixement de la seva fixesa», o almenys aquest és el missatge que va tenir una certa difusió a les xarxes socials aleshores, és possible que canviï respecte a somriure anterior, encara que, certament, tampoc no crec que acabi sent de preocupació. M'explicaré.

Primer recordatori de la jurisprudència del TJUE. La clàusula 5.2 de l'Acord marc deixa en mans dels estats membres la determinació sobre quan s'han de considerar subscrits per temps indefinit els contractes de treball o les relacions laborals de durada determinada, de manera que, acudeix a la important sentència de 7 de març de 2018, cas C-494/16, per exposar que no hi ha «una obligació general» de transformar contractes temporals, que esdevinguin irregulars o que hagin estat concertats sense complir els requisits que regula la normativa aplicable, en contractes indefinits. En aquest sentit, és ben sabut, i també és font de molts conflictes que han arribat als tribunals, que la irregularitat o l'actuació fraudulenta en la contractació laboral pot fer una novació del contracte temporal en indefinit, mentre que una situació semblant en l'àmbit públic comporta, en tot cas, l'adquisició de la condició de treballador indefinit no fix, és a dir, amb un grau de protecció jurídica clarament inferior al dels treballadors fixos en l'ocupació pública, i respecte d'això, n'hi ha prou amb citar la sentència de 25 de juliol de 2018 (assumpte C-96/17) sobre la conformitat a dret d'una normativa nacional, com l'espanyola, l'art. 96 EBEP, que regula la readmissió d'un treballador fix quan l'acomiadament ha estat declarat improcedent, però que no estén aquesta mateixa protecció a la resta de treballadors indefinits no fixos o temporals.

A partir de l'apartat 73 comencen les referències a com ha abordat aquesta problemàtica de la possible novació en el sector públic el TS, en concret la Sala CA, en dues sentències de 26 de setembre de 2018 que van ser dictades després que s'elevessin les qüestions prejudicials ara jutjades (tot i que, sigui dit de pas, no quan la mateixa jutgessa va elevar una nova qüestió prejudicial per interlocutòria de 24 de gener d'aquest any, en la qual hi ha arguments substancialment semblants als que contenen les dues anteriors). Es recorda, amb bon criteri, al meu parer, quina és la doctrina establerta i es remet a l'òrgan jurisdiccional remitent perquè valori si «pot considerar-se una mesura prou eficaç per sancionar els abusos».

Per a l'advocada general, la qüestió que cal debatre ja no se centra a adquirir la fixesa (rebutjada amb contundència en l'apartat 84), sinó en quina indemnització podria significar una reparació proporcionada, efectiva i dissuasiva de l'incompliment contractual de l'Administració, quins perjudicis reals li ha produït. Fixem-nos, en qualsevol cas, que la problemàtica se centra únicament en la quantia de la indemnització, ja que, respecte a les condicions de treball, moltes sentències i interlocutòries del TJUE han aplicat de ple l'Acord marc i han reconegut la igualtat de tracte entre treballadors temporals i indefinits, o entre personal interí o temporal en les administracions públiques i el personal fix o funcionari de carrera.

Segon xoc de trens jurídics entre el TS i l'advocada general, en aquesta ocasió no tan sensible a les argumentacions del Govern espanyol com en els casos *Lucía Montero Mateos* i *Grupo Norte Facility* «i que van portar el TJUE a allunyar-se de la doctrina que establia la sentència *Ana de Diego Porras I*, allunyament que va confirmar la sentència de 21 de novembre de 2018, cas *Ana de Diego Porras II*, i que va suposar el tancament del debat sobre la indemnització a un treballador interí quan acaba el seu contracte de treball amb la sentència de la Sala Social del TS de 13 de març de 2019. Per a la Sra. Kokot, la solució que va oferir el TS, encara que hagi de ser valorada per l'òrgan jurisdiccional nacional, «no constitueix una mesura [adequada perquè] es mantingui la relació de servei, ja que l'empleat públic de què es tracti serà cessat en cas d'amortització de la plaça o d'incorporació de personal fix en aquesta plaça», considerant el nostre alt tribunal poc menys que com un paladí de la precarietat, encara que l'origen de la seva afirmació prové de les tesis de la jutjadora que va elevar les qüestions prejudicials, en què deia que «el manteniment de la relació de servei temporal, que exigeix la jurisprudència del Tribunal Suprem, només suposa, en aquestes circumstàncies, una perpetuació de la precarietat».

Així doncs, serà vàlida la jurisprudència del TS per donar el degut compliment a la normativa comunitària o no ho serà? Si haguéssim de guiar-nos pel que diu el paràgraf anterior, la resposta seria clarament negativa si el TJUE hagués acollit les tesis de l'advocada general. Però no serà així, perquè poc després es matisen molt les tesis anteriors i s'admet la possibilitat de dues alternatives que, al meu parer, per cert, de cap manera no havien estat desestimades en les sentències citades del TS, tot i que, realment, el fet de concretar-les no era senzill. En fi, es proposa al TJUE que respongui a la quarta qüestió prejudicial en l'assumpte C-429/18 de la manera següent: «La clàusula 5 de l'Acord marc no s'oposa a una jurisprudència dels tribunals nacionals d'acord amb la qual l'ús abusiu de successius nomenaments temporals per part d'una Administració pública no se sanciona automàticament amb la transformació de la relació de servei temporal en una relació de servei fixa. Aquesta jurisprudència pot reconèixer al personal afectat, d'una banda, un dret a continuar en el lloc de treball fins que l'ocupador hagi estudiat, com li correspon, les necessitats de personal i hagi complert les obligacions que se'n deriven, i, d'una altra, un dret a una indemnització completa dels perjudicis que li hagi causat l'abús. Aquestes mesures han d'anar acompanyades d'un mecanisme de sancions efectiu i dissuasiu».

Un menú a la carta per a la judicatura? Auguro noves demandes i nous litigis, mentre esperem la jurisprudència del TS. I sant tornem-hi?

1) ¿Fixesa, sí: pels anys passats com a treballador interí, per l'experiència acumulada en el lloc o els llocs de treball exercits, per haver-hi prestat un servei en condicions semblants a les d'un treballador laboral fix o un funcionari de carrera?

Sens dubte, almenys al meu parer, aquesta era la tesi fonamental de la jutjadora en les qüestions prejudicials plantejades.

Les conclusions han de donar resposta a les qüestions prejudicials sisena, setena i novena en l'assumpte C-103/18, i a la cinquena i la sisena de l'assumpte C-429/18, que tracten «sobre el reconeixement d'un lloc fix amb garantia d'equiparació amb el personal estatutari fix».

De menys a més intensitat, els apartats 81-85 van respondre negativament a la pregunta formulada amb anterioritat. La jutjadora, que no creu que hi hagi cap mesura en l'àmbit públic que garanteixi una protecció adequada contra l'ús abusiu de la contractació, o el nomenament, temporal, ha de revisar si l'ordenament espanyol disposa de mesures adequades que permetin donar compliment a l'objectiu i la finalitat de l'Acord marc, i ja d'entrada el TJUE li recorda que «tenint en compte el desenvolupament de la jurisprudència del Tribunal Suprem a què s'ha fet referència anteriorment, ja no es pot suposar sense més que aquest sigui el cas».

L'advocada general s'hauria pogut aturar aquí per donar una resposta negativa i tancar l'assumpte, però, per si el TJUE vol abordar aquestes qüestions prejudicials, exposa els seus arguments en contra de la tesi plantejada de manera indirecta per la jutjadora en les seves interlocutòries, i ho fa sobre el suport tant de la normativa comunitària com de l'estatal, i tenint en compte les competències en matèria laboral i fins on pot arribar l'actuació de la normativa comunitària sense infringir els àmbits competencials, i també, per descomptat, fins on pot arribar la interpretació del TJUE.

La conversió d'una relació laboral temporal, estatutària temporal o interina en fixa, podria eliminar l'abús causat per l'ús contrari a dret de la contractació temporal? L'advocada general afirma clarament que sí, i penso que no s'hi pot estar en desacord. Ara bé, un Estat té l'obligació d'adoptar aquesta mesura? Resposta clarament negativa que parteix, en primer lloc, de la jurisprudència mateixa del TJUE, com és ara el fet que les mesures que exigeix el dret de la Unió «han de ser en tot cas proporcionades i no anar més enllà del que és necessari per aconseguir l'objectiu que persegueix la clàusula 5 de l'Acord marc».

Encara amb més claredat, les conclusions tanquen l'aixeta jurídica a una interpretació judicial que pogués estar en la línia de reconèixer la condició de fixesa, tant pels problemes que plantejaria pel que fa al marc constitucional i legal com per les dificultats de valorar d'una manera adequada totes les circumstàncies concretes de cada situació en què es trobi un treballador interí. En aquest punt, em ve a la ment el record d'alguns pactes que han establert una prioritat, per la via del concurs de mèrits, per a treballadors de més de 50 anys, i em pregunto, amb plena consciència de la complexitat del tema, si l'edat (entenc que, sens dubte, acompanyada d'un bon nombre d'anys d'antiguitat en el lloc o els llocs de treball) pot ser un camí jurídic per adquirir aquesta fixesa. És cert que en casos com els que acabo de plantejar, i que l'advocada general no descarta que es puguin donar (cor-

regeixo, que es pretén que es donin) caldria, ningú no en dubta, o almenys així ho crec, «un procediment ordenat per executar la sanció, per tal que es pugui determinar de manera entenedora, sobre la base de criteris objectius i transparents, l'ordre en els nomenaments». Es pot prendre aquesta decisió en seu judicial? L'advocada general deriva la resposta a les competències que li atribueixi el dret nacional –que, per descomptat, no crec que el dret espanyol les hi atribueixi, però que podria ser objecte de debat–, i apunta que s'ha de donar la mateixa resposta a la novena qüestió prejudicial de l'assumpte C-103/18.

Amb tot això, m'estic oblidant del que, al meu parer, és el paràgraf més important de la sentència respecte a un punt tan controvertit com és el de la possible adquisició de fixesa. La resposta negativa és contundent amb caràcter general, i prefereixo reproduir el text literal de l'apartat 84 per tal que les i els lectors conformin la seva pròpia opinió:

Si es permetés als tribunals nacionals sancionar l'abús amb el reconeixent en el cas concret un lloc fix al personal temporal, això tindria unes conseqüències greus per accedir a la funció pública en conjunt i posaria seriosament en qüestió l'objectiu dels processos de selecció. En primer lloc, les persones que hagin superat un procés selectiu, però que encara no hagin rebut un nomenament per exercir les seves funcions amb caràcter permanent, serien tractades de la mateixa manera que aquelles que no hagin participat en aquest procés o que no l'hagin superat. A més, gairebé no es podria prendre degudament en consideració la diversa durada de l'ús abusiu i els mèrits adquirits per l'interessat.

Per tot el que s'ha exposat, es considera que no cal «tractar la qüestió prejudicial setena en l'assumpte C-103/18, ni la qüestió prejudicial sisena, que té el mateix tenor, en l'assumpte C-429/18 amb relació a la determinació de les condicions de treball després de la transformació de la relació de servei».

J) Una de les qüestions prejudicials, la setena de l'assumpte C-429/18, versava sobre el reconeixement d'una indemnització semblant a la de l'acomiadament improcedent (33 dies de salari per any de servei, amb un màxim de 24 mensualitats) com a possible mesura proporcionada i efectiva per curar l'efecte negatiu de l'ús indegut de les contractacions o els nomenaments laborals, de manera que aquesta mesura significaria per a la jutjadora una aplicació analògica al sector públic de la normativa de dret privat en l'apartat relatiu a la protecció dels treballadors contra l'acomiadament, és a dir, els art. 55 i 56 LET.

Les conclusions hi deixen la porta oberta, però sense una argumentació que afegixi cap plus de contingut a la defensa feta anteriorment respecte al fet que la indemnització sigui efectivament adequada per reparar el perjudici produït, i també que pugui haver-hi més d'una indemnització, cosa que, d'altra banda, no és aliena a l'ordenament jurídic laboral espanyol (vegeu la regulació que contenen els

art. 177 a 184 de la Llei reguladora de la jurisdicció social [LRJS] sobre el procediment de tutela de drets fonamentals i llibertats públiques).

K) La penúltima qüestió abordada tracta sobre la «proposta de resposta amb relació a les possibilitats de sanció necessàries», que recull les que l'advocada general aconsella al TJUE que aculli respecte de les qüestions prejudicials sisena i setena en l'assumpte C-103/18 i les qüestions prejudicials segona a setena en l'assumpte C-429/18. No són sinó la síntesi de tot el que s'ha exposat.

En primer lloc, i seguint el mateix criteri que la jurisprudència consolidada del TJUE en aquest sentit, que la clàusula 5 de l'Acord marc s'ha d'interpretar en el sentit que «correspon al jutge nacional apreciar, sobre la base de totes les disposicions del seu dret nacional aplicables, si mesures com les considerades en les qüestions prejudicials constitueixen mesures adequades per sancionar l'ús abusiu de nomenaments o relacions de servei temporals successius».

En segon lloc, i, com sempre, «sense perjudici de la valoració definitiva que han de fer els jutjats remitents», per sancionar l'ús abusiu de les contractacions o els nomenaments temporals i eliminar les conseqüències de la infracció del dret de la Unió, «no n'hi ha prou amb convocar processos selectius de lliure concurrència quan l'accés a una relació de servei fixa, derivat de la superació del procés selectiu, a causa de les seves modalitats, sigui imprevisible i incert, i la normativa nacional pertinent no hi estableixi cap altra mesura sancionadora».

Finalment, i aquesta és, al meu parer, l'autènticament més important, la clàusula 5 de l'Acord marc «no s'oposa a una jurisprudència dels tribunals nacionals d'acord amb la qual l'ús abusiu de nomenaments temporals successius per part d'una Administració pública no se sanciona automàticament amb la transformació de la relació de servei temporal en una relació de servei fixa. Aquesta jurisprudència pot reconèixer al personal afectat, d'una banda, un dret a continuar en el lloc de treball fins que l'ocupador hagi estudiat, com li correspon, les necessitats de personal i hagi complert les obligacions que se'n deriven, i, d'altra, un dret a una indemnització completa dels perjudicis que li hagi causat l'abús. Aquestes mesures han d'anar acompanyades d'un mecanisme de sancions efectiu i dissuasiu. Es podria pensar en una obligació addicional de pagament d'una indemnització per un import a preu fet prou dissuasiu. Els jutjats remitents han de valorar si la indemnització per acomiadament improcedent satisfà aquestes exigències».

L) Les conclusions s'acaben, abans de recollir en l'apartat final totes les propostes de decisió que es fan al TJUE perquè les aculli, amb l'examen de les qüestions prejudicials segona i vuitena en l'assumpte C-103/18, que versen sobre la situació processal del personal temporal. En aquest apartat es conclou que la normativa comunitària, i amb relació al principi d'efectivitat, s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a «normes processals nacionals que exigeixen del personal temporal la

impugnació activa de tots els nomenaments i els cessaments successius o la interposició d'un recurs contra aquests actes per tal que es pugui invocar la tutela que li confereix la Directiva i els drets que li atorga l'ordenament jurídic de la Unió». Em sembla una qüestió d'una importància menor, atès que tant el Govern espanyol com el de la Comunitat de Madrid van negar l'existència de cap norma que impliqui que la persona contractada interina perdi els seus drets laborals si no ha impugnat cada acte administratiu de nomenament, el cessament d'una relació de servei (a la qual ha seguit, sense solució de continuïtat, una altra de nova) o la convocatòria d'un procés selectiu per a la cobertura de la plaça en qüestió.

3. La limitada estabilitat del personal interí. Sentència del TJUE de 19 de març de 2020 (assumpptes C-103/18 i C-429/18)

A) Ja coneixem, per l'explicació que es fa en l'epígraf anterior de les conclusions de l'advocada general, les circumstàncies concretes dels dos litigis elevats al TJUE, i també la normativa comunitària i estatal de referència. N'hi ha prou amb recordar ara que de la primera són enumerats el considerant 17, l'art. 1 i l'art. 2, paràgraf primer, de la Directiva 1999/70/CE, i la clàusula 5 de l'Acord marc annex, dedicada a les mesures «destinades a evitar l'ús abusiu» de la contractació temporal; i respecte de la segona, són esmentats els art. 8 (definició de personal estatutari fix) i 9 (supòsits permesos de nomenaments de personal estatutari temporal d'interinitat, de caràcter eventual o de substitució) de la Llei 55/2003, i els arts. 10 (definició de funcionari interí) i 70.1 (convocatòria d'OOP) EBEP.

B) Passem ara a examinar les respostes formulades a les qüestions prejudicials, no sense subratllar abans que el TJUE «recupera» gran part d'una sentència ja llunyana en el temps, la de 4 de juliol de 2006, assumpte C-212/04, cas Adeneler, que havia estat poc referenciada en les sentències de 5 de juny i 21 de novembre de 2018, i en què es va produir el canvi de criteri jurisprudencial en relació amb la dictada el 14 de setembre de 2016 en l'assumpte C-596/14.

La primera és què cal entendre per *successius contractes o relacions laborals de durada determinada*, i si hi té cabuda la situació jurídica del treballador estatutari interí que presta els seus serveis regularment en el mateix lloc de treball, i amb les mateixes funcions, des del 2 de novembre de 1999 i durant aquest període ha estat objecte de dos nomenaments pel seu patró. El TJUE s'alinea amb la tesi de l'advocada general i hi dona una resposta afirmativa per tal de no buidar de contingut útil la clàusula 5.1 de l'Acord marc, i es remet a la sentència de 14 de setembre de 2016 (assumpte C-16/15) per recordar que aquesta clàusula vol establir «un cert nombre de disposicions protectores mínimes per tal d'evitar la precarització de la situació dels assalariats». Una precarització, afegeixo per la meva part,

que també es dona quan la «llarga temporalitat» troba la seva raó de ser en més d'un nomenament com a personal estatutari, però sense modificar el més mínim ni el lloc de treball ni les funcions exercides. El TJUE arriba a la conclusió després de fer una explicació detallada de com la clàusula 5.1 només s'aplica, dit literalment, «en el supòsit de successius contractes o relacions laborals de durada determinada», i deixar un ampli marge d'actuació als estats membres perquè concretin les mesures d'aplicació, si bé aquest marge d'apreciació no és il·limitat atès que «en cap cas no pot arribar fins al punt de posar en perill l'objectiu o efecte útil de l'Acord marc».

Coincideixo amb la tesi del TJUE, que és substancialment la mateixa que la de l'advocada general, que no és gens formalista ni literalista, sinó que es basa en la protecció necessària de les persones treballadores, ja que accepta que situacions com les de la part recurrent deixarien buida de contingut l'efecte útil de la clàusula 5.1, i més quan la situació en què es troba el personal estatutari temporal interí deriva del fet que la part ocupadora no va complir l'obligació de convocar el procés selectiu en els terminis que marcava la normativa vigent. En definitiva, la primera resposta que formula el TJUE és que no es pot excloure una situació (dos nomenaments) com la de la part recurrent del concepte de «contractes successius de durada determinada» quan això porta la seva raó de ser de l'«incompliment per part de l'ocupador de la seva obligació legal d'organitzar en el termini previst un procés selectiu per tal de proveir de manera definitiva la plaça vacant esmentada i la seva relació de servei hagi estat prorrogada implícitament d'any en any per aquest motiu».

C) El TJUE respon a continuació conjuntament a les qüestions prejudicials tercera a cinquena de l'assumpte C-103/18 i la primera del C-429/18. En síntesi, es tracta de saber si la tan esmentada clàusula 5.1 s'oposa a una normativa, i jurisprudència, nacional que considera que els contractes o nomenaments successius són degudament justificats per causes objectives, i entén que això es compleix «pel mer motiu que la renovació respon a les causes de nomenament que aquesta normativa preveu, és a dir, raons de necessitat, d'urgència o per al desenvolupament de programes de caràcter temporal, conjuntural o extraordinari». El TJUE s'alinea un altre cop amb les tesis de l'advocada general, i decideix que la interpretació de la clàusula esmentada ha de ser en el sentit oposat a la tesi exposada, i, per descomptat, ja disposava d'un suport abundant en la seva jurisprudència anterior per arribar a aquesta solució, tant relacionada amb quines circumstàncies poden justificar la utilització successiva de contractes de durada determinada com la que expressa que una disposició nacional que es limita a autoritzar de manera general i abstracta, mitjançant una norma legal o reglamentària, l'ús de successius contractes de treball de durada determinada «no s'ajusta a les exigències» que requereixen tant la normativa d'aplicació com la jurisprudència del TJUE (la naturalesa

especial de les tasques que cal desenvolupar, les característiques inherents a aquestes tasques, o la persecució d'un objectiu legítim de política social).

Es tracta d'examinar i d'esbrinar en cada cas concret si les contractacions o nomenaments successius realment responen a una causa –o a més d'una– objectiva, o bé si són utilitzats indegudament perquè la situació que cal cobrir a efectes organitzatius és de naturalesa estable. I aquí és on entra en joc el contingut de les interlocutòries remeses al TJUE i com explica la jutjadora les circumstàncies concretes de la prestació de serveis amb una durada temporal més que «inusualment llarga», al meu parer. Partint de les dades exposades anteriorment (antiguitat d'entre 12 i 19 anys en els casos plantejats, i amb algunes de les persones afectades que han estat objecte de «més de 200 nomenaments i que duïen a terme tasques pròpies de l'activitat normal del personal estatutari fix») i de les condicions en què es desenvolupa l'activitat en el sector sanitari (que, sigui dit de passada, potser podria donar lloc a una altra resposta, atesa la complexitat d'aquella, sempre que es pogués justificar degudament), conclou que la clàusula 5.1 de l'Acord marc «s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una normativa i a una jurisprudència nacionals en virtut de les quals la renovació successiva de relacions de servei de durada determinada es considera justificada per “raons objectives”, d'acord amb l'apartat 1, lletra a) d'aquesta clàusula, pel mer motiu que la renovació respon a les causes de nomenament que aquesta normativa preveu, és a dir, raons de necessitat, d'urgència o per al desenvolupament de programes de caràcter temporal, conjuntural o extraordinari, en la mesura que aquesta normativa i jurisprudència nacionals no impedeixen que l'ocupador de què es tracti doni resposta, en la pràctica, mitjançant aquestes renovacions, a necessitats permanents i estables en matèria de personal».

D) La resposta següent que formula el TJUE abraça diverses qüestions prejudicials que considera necessari acumular per la seva identitat: són la setena de l'assumpte C-103/18 i la segona, la tercera, la quarta, la sisena i la setena de l'assumpte C-429/18. Probablement, és la part més rellevant de la sentència, ja que el TJUE efectivament reforça els drets del personal interí, però, alhora, en primer lloc permet a l'òrgan jurisdiccional remitent (i, per descomptat, als que hagin de conèixer dels recursos que, es presentaran amb tota seguretat, siguin com siguin les sentències que es dictin, davant dels TSJ i, molt probablement, després davant del TS) respondre, a partir de les circumstàncies concretes del cas, si les mesures que preveu l'ordenament jurídic espanyol són adequades «als efectes de prevenir i, si escau, sancionar els abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada, en el sentit de la clàusula 5 de l'Acord marc» (i ja sabem, per la meua explicació anterior, que no és aquesta la tesi de la jutjadora). I al meu parer, no tanca en absolut la via a la regulació d'una normativa que estableixi clarament les regles de joc per tal de complir estrictament la distinció entre contractacions i nomenaments temporals i aquelles situacions que requere-

reixin d'una prestació laboral jurídicament estable, tot i que pel que fa a la situació actual del personal interí caldrà ajustar-se a les circumstàncies concretes de cada cas per determinar quina o quines mesures són les adequades per evitar que es mantingui una situació laboral que es pugui qualificar d'abusiva.

En primer lloc, el TJUE afirma que no li correspon «pronunciar-se sobre la interpretació del dret intern, ja que aquesta tasca incumbeix als tribunals nacionals competents, que han de determinar si el que disposa la normativa nacional aplicable compleix els requisits que estableix la clàusula 5 de l'Acord marc», de manera que «la patata calenta jurídica» la tenen els òrgans jurisdiccionals remitents, ja que han d'apreciar, i la Sala remet de nou a la seva sentència de 21 de novembre de 2018, «en quina mesura els requisits d'aplicació i la execució efectiva de les disposicions pertinents del dret intern fan que aquestes constitueixin una mesura apropiada per prevenir i, si escau, sancionar l'ús abusiu de successius contractes o relacions laborals de durada determinada».

Això ja és dit..., tot i que el TJUE torna a indicar immediatament que sí que pot proporcionar «precisions destinades a orientar aquests jutjats en la seva apreciació», que en algunes ocasions són certament això, meres «precisions orientatives», mentre que en d'altres sembla que pràcticament proporcioni la resposta que ha de donar l'òrgan jurisdiccional nacional. I aquesta sentència, quina línia segueix? Doncs al meu parer és una barreja de totes dues, ja que el plantejament és bastant reticent, per no dir que negatiu, respecte a algunes de les mesures assenyalades per l'òrgan jurisdiccional remitent, mentre que n'hi ha una de concreta, la relativa a la quantia de la indemnització en cas de produir-se l'extinció de la relació jurídica, que la deixa prou oberta, sense oblidar que cal afegir-hi una cosa que es deixa relegada gairebé al final de la sentència, però que és extraordinàriament important en termes jurídics: en abordar la darrera qüestió prejudicial, el TJUE subratlla que «de la informació facilitada pel jutjat remitent es desprèn amb claredat que aquesta transformació n'està exclosa categòricament en virtut del dret espanyol, ja que l'accés a la condició de personal estatutari fix només és possible arran de la superació d'un procés selectiu».

Així, i posant ordre en la meua explicació, el TJUE tracta primer de l'oferta d'ocupació pública com una via adequada per evitar la vulneració de la clàusula 5.1, o que es buidi de contingut útil. Com a reflexió general, de la qual no crec que pugui discrepar, el TJUE conclou que l'OOP, si es convoca dins dels terminis establerts (recordem ara l'art. 70.1 EBEP) és una mesura vàlida per «prevenir els abusos derivats de l'ús de successius nomenaments de durada determinada en espera que aquestes places es proveeixin de manera definitiva». Però... això no és el que ha passat en els litigis en joc, de manera que la seva no aplicació porta al fet que deixi de ser adequada per prevenir la utilització abusiva de contractacions o nomenaments de durada determinada, i resulta, a més, que el seu incompliment no implica perjudicis negatius per a l'ocupador.

Afirma el TJUE rotundament que aquesta mesura no s'ajusta a l'objectiu que persegueix la clàusula 5.1? No, però s'hi acosta molt, ja que, a més que remet de nou els jutjats remitents que comprovin com s'han desenvolupat els esdeveniments (i ja coneixem per les interlocutòries la seva valoració altament negativa), conclou que «no sembla que aquesta normativa constitueixi una mesura prou efectiva i dissuasiva per garantir la plena eficàcia de les normes adoptades en l'aplicació de l'Acord marc, d'acord amb la jurisprudència recordada en l'apartat 86 d'aquesta sentència, ni, per tant, una “mesura legal equivalent” en el sentit de la clàusula 5 de l'Acord marc».

I si fa no fa, això mateix plasma la seva resposta a un altre dels possibles mecanismes o vies de compliment de la clàusula esmentada, com és la possibilitat que obre la disposició transitòria 4 EBEP de dur a terme un procés selectiu de consolidació d'ocupació en llocs ocupats interinament o temporalment, perquè es tracta d'una facultat i no d'una obligació. I com que, a més, en aquests processos podrien participar totes les persones que complissin els requisits establerts per fer-ho, i, per tant –encara que la sentència no ho diu així, es dedueix molt clarament–, no només els interins podrien presentar-s'hi, el TJUE conclou, novament amb prudència però orientant clarament la decisió dels jutjats remitents, que aquesta mesura tampoc no és adequada per complir la clàusula 5.1, és a dir, «no sembla que permeti assolir la finalitat que persegueix [la clàusula]».

E) Tampoc no «li resulta simpàtica», òbviament em refereixo al TJUE, la figura específicament espanyola de la contractació indefinida no fixa, és a dir, la conversió de la contractació temporal en aquesta modalitat, com a mesura adequada per donar resposta positiva a les actuacions que els estats membres han d'adoptar per omplir de contingut la clàusula 5.1 de l'Acord marc. Sens dubte, i més enllà que efectivament aquesta modalitat no garanteix la fixesa contractual en els mateixos termes que un contracte o nomenament «fix o estable», les explicacions efectuades en les interlocutòries elevades pels JCA han estat determinants en la valoració negativa.

F) Situem-nos ara en la darrera mesura que es podria considerar vàlida per complir les exigències de la clàusula 5.1. Veurem que el TJUE sí que deixa la porta oberta de bat a bat al fet que siguin els jutjats i tribunals els que es manifestin en aquesta qüestió, sense facilitar-los «precisions orientatives». La qüestió en debat és la següent: si es permet, com passa amb caràcter general en la normativa espanyola, amb limitades excepcions, que la declaració d'improcedència d'una extinció possibiliti a la part ocupadora complir de la sentència amb el pagament de aquella, la regla s'ha de completar en el pla de l'aplicació adequada de la clàusula 5.1 amb la constatació, feta ja per exemple en la sentència del TJUE de 21 de novembre de 2018, assumpte C-619/17, que la indemnització compensa els efectes

de l'extinció..., sempre que «no només sigui proporcionada, sinó també prou efectiva i dissuasiva per garantir la plena eficàcia d'aquesta clàusula».

I aquí el TJUE, un cop constatada l'existència d'aquesta possibilitat per al personal [estatutari] es remet, sense més argumentació, als jutjats remittents (i, per tant, també als tribunals que coneguin dels possibles recursos) per tal que decideixin si aquesta mesura «és adequada per prevenir i, si escau, sancionar aquest abús».

En realitat, i amb això acaba aquest bloc de respostes, en els quatre casos examinats correspon als jutjats remittents decidir si les mesures compleixen la finalitat de la clàusula 5.1; tot i que, com he tractat d'explicar, les «precisions orientatives» del TJUE menen clarament aquells (confirmant les tesis exposades en les actuacions) a una valoració negativa en els tres primers casos i a una de neutra en el quart.

G) La següent qüestió abordada pel TJUE és la que plantejava com a segona prejudicial l'assumpte C-103/18; a saber: si el fet que l'empleat públic no hagi corregut els diferents nomenaments disposats per l'empresari –l'Administració pública corresponent– durant el desenvolupament de la seva vida laboral, fins al moment en què, molts anys més tard de l'inici d'aquesta relació, se'n sol·licita la declaració de fixesa, ha de comportar la conclusió que ja no es podria considerar abusiva l'actuació de l'Administració pública, de manera que ens trobaríem enfront d'una relació jurídica a la qual no seria aplicable l'Acord marc.

Com a pura apreciació subjectiva, intueixo que la qüestió plantejada tenia clarament l'objectiu de buscar una resposta afirmativa, i que el dubte que exposava, en realitat, en tenia molt poc, de dubte, si hem de jutjar pel conjunt de la interlocutòria remesa. I en efecte, la jutjadora remitent obté una resposta positiva –coherent, d'altra banda, de manera total amb la jurisprudència consolidada del TJUE–, en primer lloc, sobre la inexistència de distinció entre el caràcter públic o privat de l'empresari i, en segon terme, amb la indiferència de la qualificació de la modalitat contractual en el dret intern (fora de perill dels treballadors cedits). I afegeixo encara més, amb la necessitat de tenir en consideració la situació de desigualtat en què es troben les parts en la relació jurídica (contractual o funcional) i la situació de pràctica indefensió en què es trobaria la part treballadora si no pogués accionar en defensa dels seus drets quan es trobés en casos com els ara examinats.

H) També tenen molta substància, al meu parer, les qüestions prejudicials sisena i novena en l'assumpte C-103/18 i la cinquena en el C-429/18, respostes conjuntament per la Sala, que les sintetitza en la pregunta de si el dret de la Unió s'ha d'interpretar «en el sentit que obliga a un tribunal nacional que coneix d'un litigi entre un empleat públic i el seu ocupador a abstenir-se d'aplicar una normativa nacional que no té conformitat amb la clàusula 5, apartat 1, de l'Acord marc». En aquest cas no es veuran satisfetes les expectatives que es posen de manifest

en les interlocutòries, ja que el TJUE respon de manera contundent, basant-se en la seva sentència de 15 d'abril de 2008, assumpte C-268/06, que aquesta clàusula «no és incondicional ni prou precisa perquè un particular pugui invocar-la davant un jutge nacional», i en la molt més recent de 24 de juny de 2019, assumpte C-573/17, que una disposició del dret de la Unió que no té efecte directe «no pot invocar-se com a tal en un litigi sotmès al dret de la Unió per tal d'excloure l'aplicació d'una disposició de dret nacional que li sigui contrària».

I) I arribem ja a la darrera resposta del TJUE, en concret a la vuitena qüestió prejudicial en l'assumpte C-103/18, en què la qüestió plantejada portarà a la sala a efectuar una manifestació, resultat de l'explicació jurídica que conté la interlocutòria mateixa, que sembla tancar (tesi prudent i que crec que es pot substituir per «que tanca» sent un pèl més agosarat) la porta, i les finestres, a l'esperança dels treballadors interins en la conversió de la seva relació jurídica, considerada contrària a dret per incompliment de la normativa vigent, en una relació «fixa o estable», almenys de manera automàtica per resolució judicial.

En concret, la pregunta formulada consisteix, en la interpretació que en fa la Sala, a dirimir si el dret de la Unió s'ha d'interpretar «en el sentit que obliga els estats membres a establir la possibilitat de revisar les sentències i les interlocutòries administratives relatives a cessaments, nomenaments i convocatòries de processos selectius que hagin adquirit fermesa per garantir la plena eficàcia del dret de la Unió». Cal observar la dimensió de la pregunta, atès que anava dirigida, sens dubte, a revertir la situació jurídica de les extincions operades amb anterioritat i d'actuacions administratives que, tot i que podrien ser considerades contràries a dret, ja haguessin guanyat fermesa, i en el cas que aquesta tesi hagués estat acoïllida, hauria afectat milers de treballadors.

Ara bé, la qüestió plantejada d'aquesta manera no passa el filtre de l'acceptació prèvia del TJUE per entrar-ne a conèixer, per considerar «evident» que es tractava de «naturalesa hipotètica», ja que el jutjat remitent «no ha indicat de cap manera que, en el litigi principal, hagi de revisar una sentència o obligar a cap òrgan administratiu a revisar una resolució ferma de cessament, de nomenament o de convocatòria d'un procés selectiu». Així, el plantejament de la qüestió sembla que pot tornar-se (o que es torna) en contra de la tesi implícita en les actuacions del reconeixement de la fixesa laboral dels treballadors interins, ja que la pregunta tindria raó de ser, afirma el TJUE a partir de les dades que conté la interlocutòria de remissió i de les observacions formulades pel Govern espanyol, si l'Administració pública autonòmica madrilenya s'hagués de veure obligada a revisar una resolució ferma de nomenament o cessament «en cas de transformació dels successius nomenaments del Sr. [...] en un nomenament com a membre del personal estatutari fix, per tal de sancionar l'ús abusiu, per part d'aquest ocupador públic, de successives relacions de servei de durada determinada». Però això no concorre en absolut en

aquest supòsit, ja que «de la informació facilitada pel jutjat remitent es desprèn amb claredat que aquesta transformació està exclosa categòricament en virtut del dret espanyol, ja que l'accés a la condició de personal estatutari fix només és possible arran de la superació d'un procés selectiu». Una pregunta mal plantejada i amb efectes negatius per a les tesis de les recurrents? No és hipotètic aventurar una resposta en aquest sentit, o almenys així m'ho sembla.

4. Anàlisi de les conclusions de l'assumpte C-177/18

Són objecte d'examen, tot seguit, les conclusions fetes públiques per l'advocat general del TJUE el 17 d'octubre de 2019, en l'assumpte C-177/18, que versa, un cop més, sobre la problemàtica de la feina de durada determinada a Espanya i el debat sobre el dret d'una treballadora interina a percebre una indemnització en concloure el seu contracte. Aquesta qüestió prejudicial es va plantejar mitjançant interlocutòria del JCA de Madrid de 16 de febrer de 2018.

A) L'origen del litigi en seu judicial es produeix quan la persona afectada presenta una demanda contra la denegació de la petició, en seu administrativa, que li sigui abonada la indemnització per la finalització dels seus serveis. Estem davant d'una treballadora que va ser nomenada funcionària interina de l'Ajuntament de Madrid el 24 de novembre de 2005, amb la categoria d'oficial de jardineria, per cobrir una plaça vacant fins que l'ocupés un funcionari de carrera amb dret a reserva del lloc de treball, si bé en el nomenament també es feia constar que l'extinció de la relació temporal podria produir-se «quan l'Administració considerés que haguessin deixat d'existir les raons d'urgència que van motivar la cobertura interina». Set anys i mig més tard, el 15 d'abril de 2013, es va comunicar a la treballadora el seu cessament, com a conseqüència de l'ocupació de la plaça per un funcionari de carrera.

Sempre segons les dades disponibles, es va haver d'esperar gairebé quatre anys, fins al 20 de febrer de 2017 (suposo que la data no és casual i té relació amb les sentències dictades el 14 de setembre de 2016 pel TJUE i el reconeixement del dret a indemnització per als treballadors interins a l'acabament de la seva relació amb l'Administració i en condicions idèntiques a les dels treballadors amb contracte indefinit), per saber que la treballadora va sol·licitar a l'Ajuntament madrileny que se li abonés una indemnització de 20 dies per any de servei, és a dir, la mateixa que percep un treballador amb contracte indefinit el contracte del qual s'extingeix per causes objectives a l'empara dels art. 52 i 53 LET. Sabem també que el fonament de la seva petició eren les clàusules 4 i 5 de l'Acord marc, els art. 20 i 21.1 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE) i l'art. 4.3 del Tractat de la Unió Europea (TUE).

La corporació municipal va desestimar la petició formulada, i hi va al·legar que el nomenament interí responia a una situació que en aquell moment feia urgent i inajornable la necessitat de cobrir la plaça, i que, un cop va ser coberta per un funcionari de carrera, s'havia de procedir a la cessació de la treballadora interina. Més important A efectes jurídics, va ser encara més important, així m'ho sembla, l'argument de la inexistència de comparació possible entre un funcionari interí i un altre de carrera respecte a la indemnització per finalització dels serveis, i, per tant, la inexistència de cap discriminació, atès que no es preveu cap indemnització per al funcionari de carrera a l'acabament del seu vincle funcional amb l'Administració.

B) Les conclusions de l'advocat general reproduïen àmpliament les argumentacions del jutjador nacional per elevar la qüestió prejudicial (apartats 28 a 35). D'aquesta manera, tenim coneixement que, durant la prestació dels seus serveis, la funcionària interina va exercir la seva activitat en el mateix lloc de treball i que les seves funcions eren idèntiques a les dels funcionaris de carrera pertanyents a la mateixa categoria professional. Segons el jutge «[...] l'Ajuntament de Madrid no va aportar cap prova que, durant aquest període, s'organitzés una convocatòria per a la provisió de llocs de treball o s'aprovés una oferta d'ocupació pública», i, a partir les dades disponibles, es desconeixia si la plaça que ocupava la interessada havia estat coberta per mitjà de promoció interna, concurs, oposició o un altre procés de selecció. A efectes jurídics, em sembla més rellevant l'argument del jutge que la corporació local no havia acreditat la «inajornable necessitat» de nomenar a la funcionària interina a la plaça ocupada, al mateix temps que també es desconeixia la raó per la qual la plaça era vacant.

El jutjador reconeix que no hi ha indemnització per l'acabament del servei d'un funcionari de carrera, de manera que no hi seria aplicable la clàusula 4 (principi de no-discriminació) de l'Acord marc, i que tampoc no seria comparable la situació de la funcionària interina amb la d'una treballadora laboral temporal que sí que percebi, hipotèticament, una indemnització, ja que la comparació entre dues situacions de temporalitat està exclosa de l'àmbit d'aplicació de l'Acord marc.

No obstant això, el jutge té dubtes entorn de l'adequació de la normativa espanyola a la comunitària, i es pregunta si la funcionària interina tindria dret a la indemnització «per analogia amb el personal laboral temporal o per aplicació vertical directa del dret primari de la Unió».¹⁵

15. En suport de la segona tesi, cita la sentència del TJUE de 19 d'abril de 2016 (assumpte C-441/14), en la qual, recordant la doctrina que estableix l'assumpte C-555/07, la Gran Sala manifesta que si la norma nacional resulta efectivament contrària a una interpretació d'acord amb la regulació comunitària, els tribunals nacionals hauran de deixar, en un cas com aquest en què es debat sobre l'aplicació del principi general de no-discriminació per raó d'edat, «[...] sense aplicació qualssevol disposicions de la normativa nacional contràries a aquest principi», de manera que si el TS danès considera que això és el que passa en el cas litigiós haurà de deixar la norma nacional sense aplicar.

C) En la interlocutòria trobem arguments que coincideixen substancialment amb els que s'exposen en altres litigis que, en el moment de tancar aquest treball, també estan pendents de resolució per part del TJUE i dels quals ja ha conegut el TS, tant la Sala CA com la Social, i que no avalen precisament la tesi del jutgador d'ins-tància: desnaturalització de la condició de funcionari interí, ja que les necessitats no eren temporals o transitòries, sinó permanents, amb incompliment dels terminis que preveuen els art. 10 i 70.1 EBEP, i vulneració de la normativa reguladora dels procediments de selecció de funcionaris de l'Administració local pel que fa a l'obligació que les places ocupades per funcionaris interins s'incloguin necessàriament en la primera convocatòria de provisió de llocs de treball.

Per tant, els incompliments normatius de l'Administració i la impossibilitat d'apli-car la normativa laboral als funcionaris interins respecte a la indemnització per aca-bament del contracte porten el jutgador a entendre que la normativa espanyola no permet assolir els objectius que persegueix la clàusula 5 de l'Acord marc, i que tam-poc no s'aconseguirà l'estabilitat en l'ocupació, més exactament la fixesa en l'ocu-pació pública, per la via del reconeixement de la condició de treballador indefinit no fix, ja que el lloc de treball ocupat pot ser amortitzat, o bé sortir a concurs i ser gua-nyat per un altre concursant (suposant que el funcionari interí hagi concursat).

En perfecta sintonia amb les tesis que sostenen les interlocutòries que van do-nar lloc a les qüestions prejudicials C-103/18 i C-429/18, analitzades en l'apartat anterior, la jutgadora remitent, tal com pot llegir-se en l'apartat 35, «considera que la sanció que consisteix a transformar la relació de servei de durada determinada en una relació de servei estable és l'única que permet complir els objectius que persegueix la Directiva 1999/70. No obstant això, segons la seva opinió, aquesta Directiva no s'ha transposat al dret espanyol pel que fa al sector públic. D'aquesta manera, es pregunta si, sobre la base de la clàusula 5 de l'Acord marc, es pot abo-nar una indemnització en concepte de sanció».

Tota l'argumentació anterior, el punt de referència bàsic de la qual és, al meu parer, que l'única manera de garantir el compliment de la clàusula 5 de l'Acord marc seria que el treballador interí passés a adquirir fermesa en la seva relació amb l'Administració ocupadora, li porta a formular tres preguntes a la qüestió prejudici-al, que són les següents:

1) ¿És correcta la interpretació que es fa de la clàusula 4 de l'Acord marc, en entendre que una situació com la que es descriu, en la qual el funcionari interí fa la mateixa feina que el fun-cionari de carrera (funcionari de carrera que no té dret d'indemnització perquè la situació de la qual portaria causa no existeix en el seu règim jurídic), no es pot emmarcar en la situació que descriu la clàusula esmentada?

2) ¿És conforme amb l'Acord marc annex a la Directiva [1999/70] la interpretació que se'n fa per tal d'aconseguir els seus objectius, atès que el dret a la igualtat de tracte i la prohibició de discriminació són un principi general de la UE, concretat en una Directiva (art. 20 i 21 CDFUE),

art. 23 de la Declaració Universal dels Drets Humans, i que es consideren drets socials fonamentals, art. 151 i 153 del TFUE, que el dret a la indemnització del funcionari interí pot aconseguir-se, ja sigui des de la comparació [amb el] treballador laboral temporal, ja que la seva condició (funcionarial o laboral) només depèn de l'ocupador públic, o bé mitjançant l'aplicació directa vertical predicable [del] dret originari europeu?

3) Atenent, si escau, a l'existència d'abús en la contractació temporal, adreçada a satisfer necessitats permanents, sense que hi hagi una causa objectiva, una contractació aliena a la necessitat urgent i peremptòria que la justifica, sense que el nostre dret nacional estableixi cap sanció o límit efectiu, ¿seria conforme als objectius que persegueix la Directiva [1999/70], com a mesura per prevenir l'abús i eliminar la conseqüència de la infracció del dret de la Unió, si l'empresari no fa fix el treballador, una indemnització, equiparable a la d'acomiadament improcedent, com a sanció adequada, proporcional, eficaç i dissuasiva?

D) Al començament de les conclusions, l'advocat general planteja una qüestió formal prèvia, sobre l'admissibilitat de la tercera qüestió prejudicial, ja que, segons el Govern espanyol, el nomenament de durada determinada, com el que és objecte de controvèrsia en el litigi analitzat, no està inclòs en l'àmbit d'aplicació de la clàusula 5 de l'Acord marc.

Després de recordar la doctrina consolidada del TJUE segons la qual hi ha una presumpció de pertinença de les qüestions prejudicials que es plantegen, i que es desvirtua quan ens trobem davant d'una qüestió merament hipotètica, l'advocat general considera que és el que passa en aquest supòsit, atès som davant d'un únic contracte, mentre que la clàusula 5 es refereix a l'ús abusiu de «contractes successius». A diferència de les conclusions formulades aquest mateix 17 d'octubre de 2019 per l'advocada general en els assumptes esmentats abans, ara se segueix la via formal, perquè només hi ha un nomenament de més de set anys de durada i durant el qual la treballadora va ocupar el mateix lloc de treball i va exercir les mateixes funcions.¹⁶

E) Així doncs, queden dues qüestions per analitzar, si bé la reformulació de la primera pregunta que fa l'advocat general comportarà que no consideri necessari respondre a la segona.

M'explicaré: recordem que la primera qüestió prejudicial planteja si és correcta la interpretació que es fa de la clàusula 4 de l'Acord marc, atès que una situació

16. Cal recordar que en les conclusions dels assumptes C-103/18 i C-429/18, l'advocada general va defensar que la clàusula 5 de l'Acord marc «també s'ha d'aplicar al manteniment d'un únic nomenament o relació de servei temporal quan la seva continuació per temps indefinit és deguda al fet que no s'han complert les exigències legals relatives a la cobertura de places vacants», i que, en una barreja d'aplicació de les normatives comunitària i nacional, i criticant que no es compleixin o garanteixi «la deguda organització de processos de selecció dins d'uns terminis vinculants» (diré de passada que em sembla que les tesis del TS sobre la interpretació de l'art. 70.1 EBEP difereixen del plantejament de l'advocada general), remet a l'òrgan jurisdiccional nacional perquè esbrini i dictamini «[...] mitjançant una interpretació conforme de les normes nacionals pertinents, [...] si cal considerar que hi ha nomenaments o relacions de servei successius des del moment en què venç el termini establert pel dret nacional per convocar o per amortitzar la plaça de què es tracti».

com la que es descriu, en la qual el personal funcionari interí fa la mateixa feina que el funcionari de carrera (que no té dret d'indemnització perquè la situació de la qual portaria causa no existeix en el seu règim jurídic), no es pot emmarcar en la situació que descriu la clàusula esmentada. Doncs bé, la reformulació passa en primer lloc per la interpretació d'allò que realment pregunta el jutge, que no és altra cosa segons el parer de l'advocat general que si la situació que preveu el litigi, és a dir, l'extinció d'una relació de funcionària interina sense dret a indemnització, constitueix una discriminació prohibida per la clàusula 4.1 de l'Acord marc.

La reformulació –que, al meu parer, és completa, ja que situa el debat en la relació entre personal treballador temporal i fix (no amb personal funcionari de carrera)– es fa a partir de les dades obtingudes de les dues parts en ocasió de la celebració de la vista pública i de les observacions escrites de la Comissió. Hi ha un «treballador fix comparable», un «contractat laboral fix», que ocupa un lloc de treball equivalent al que ocupava la funcionària interina cessada, i amb idèntiques funcions i condicions de treball. Segons es refereix en l'apartat 52, la treballadora cessada i l'Ajuntament madrileny «han indicat igualment que aquesta plaça de personal laboral fix a l'Ajuntament de Madrid ha estat ocupada per la mateixa persona des del 12 de novembre de 1991. Respecte a això, també es va confirmar en la vista que, d'acord amb la normativa espanyola, aquesta plaça de personal laboral fix no és una plaça de funcionari».

Les dades obtingudes porten a reformular la primera pregunta en els termes següents: «si la clàusula 4, apartat 1, de l'Acord marc s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una normativa nacional que no preveu l'abonament de cap indemnització als treballadors que presten serveis mitjançant nomenaments de durada determinada per cobrir una plaça vacant fins que es proveeixi amb un funcionari de carrera quan venci el terme pel qual s'hagin dut a terme, com el nomenament de funcionària interina controvertit en l'assumpte principal, mentre que es concedeix una indemnització als treballadors que presten serveis com a personal laboral fix a causa de l'extinció del seu contracte de treball perquè hi concorre una causa objectiva».

Per respondre a la pregunta, s'analitza l'aplicació de l'Acord marc a la situació laboral de la treballadora en qüestió; si la diferència de tracte, és a dir, la no percepció d'indemnització, està compresa dins del concepte de condicions de treball; i, per fi, si la treballadora interina ha estat tractada de manera menys favorable que a un treballador fix comparable, i, si és així, s'haurà d'examinar l'existència de raons objectives que ho puguin justificar.

Les consideracions que es formulen sobre l'aplicabilitat de l'Acord marc són un ampli recordatori de la jurisprudència consolidada del TJUE sobre el seu àmbit d'aplicació («tots els treballadors les prestacions dels quals siguin retribuïdes en l'àmbit d'una relació laboral de durada determinada que els vinculi al seu empleador»), juntament amb la definició de treballador amb contracte de durada determinada, que engloba tots els treballadors, «sense establir diferències en funció

del caràcter públic o privat de l'ocupador per al qual treballen». Per tant, no suscita cap dubte el fet que la funcionària interina cessada està inclosa en l'àmbit d'aplicació de l'Acord marc.

Tampoc no suscita dubtes, i la jurisprudència del TJUE en aquest sentit és molt àmplia, la inclusió de la indemnització per cessament contractual en el concepte de condicions de treball que preveu la clàusula 4.1 de l'Acord marc. La remissió a la doctrina que van establir les sentències de 13 de març de 2014, assumpte C-38/13, i de 14 de setembre de 2016, assumpte C-596/14, cas Ana de Diego Porras I, serveix per recordar que el TJUE ha precisat que «una interpretació de la clàusula 4, apartat 1, de l'Acord marc que excloués els requisits de finalització d'un contracte de treball de durada determinada de la definició d'aquest concepte equivaldria a reduir, en detriment de l'objectiu d'aquesta disposició, l'àmbit d'aplicació de la protecció concedida als treballadors amb contracte de treball de durada determinada contra les discriminacions».

El pas següent consisteix a determinar si la funcionària interina ha rebut un tracte menys favorable que un treballador fix comparable. Vull remarcar que, segons la reformulació que s'ha fet de la primera pregunta, no hi ha un punt de comparació amb un funcionari de carrera, sinó amb un treballador laboral fix, amb la qual cos es rebutgen les al·legacions del Govern espanyol pel que fa a la necessitat de comparar situacions «funcionàries» entre treballadors «de la mateixa condició jurídica», perquè la comparació no es podria fer entre la relació d'una funcionària interina, regulada pel dret administratiu, i la d'un treballador laboral fix, regulada pel dret del treball.

El rebuig és degut al fet que s'hagi acreditat l'existència de la prestació de serveis per part d'un treballador contractat laboral fix comparable, i sempre «a reserva de les comprovacions posteriors que ha d'efectuar el jutjat remitent». Així doncs, cal fer la comparació amb aquest treballador laboral comparable, per la qual cosa correspon al jutge nacional valorar si les condicions en què va prestar serveis la funcionària interina eren «comparables» a les del treballador fix que va prestar serveis a l'Ajuntament durant el mateix període de temps. En aquesta ocasió, però, les conclusions ja li donen, òbviament al marge del que decideixi el TJUE, la resposta al jutgador, perquè en la vista pública va quedar clar que les condicions de treball eren idèntiques i que l'únic factor de diferència és el caràcter temporal o indefinit de la relació.

La diferència en la percepció, o més exactament la no percepció, de la indemnització és clara, ja que el personal que presta serveis per a l'Administració com a funcionari interí no percep cap indemnització quan la seva relació s'acaba, mentre que el treballador fix comparable sí que la percep quan es produeix l'extinció del vincle contractual per causes objectives. En aquest punt, ens hem de preguntar si aquesta desigualtat és conforme a dret perquè hi ha una causa o raó objectiva; i ja avanço que la resposta serà afirmativa.

L'advocat general torna a fer un ampli recordatori de la jurisprudència del TJUE sobre les raons que poden justificar la desigualtat de tracte, i subratlla, amb el suport de nombroses sentències que van resoldre qüestions prejudicials plantejades per jutjats i tribunals espanyols, que el concepte de «raons objectives», en el sentit de la clàusula 4.1 de l'Acord marc, «s'ha d'entendre en el sentit que no permet justificar una diferència de tracte entre treballadors amb contracte de durada determinada i treballadors fixos pel fet que la normativa nacional prevegi aquesta diferència». Així doncs, la simple naturalesa temporal del nomenament no és una raó objectiva, atès que el fet d'admetre que la mera naturalesa temporal d'una relació laboral és prou motiu per justificar una diferència de tracte entre treballadors amb contracte de durada determinada i treballadors fixos «privaria de contingut els objectius de la Directiva 1999/70 i de l'Acord marc i, en comptes de millorar la qualitat de la feina amb contracte de durada determinada i promoure la igualtat de tracte que busquen tant la Directiva 1999/70 com l'Acord marc, el recurs a aquest criteri equivaldria a perpetuar el manteniment d'una situació desfavorable per als treballadors amb contracte de durada determinada».

Immediatament a continuació, i gairebé sense cap explicació, encara que és cert que ja hi ha jurisprudència del TJUE en aquest sentit, l'advocat general considera justificada la diferència de tracte perquè el contractat laboral o funcionari interí no té «previsió de fixesa», perquè sap, tot i que en el segon cas es pot trobar en situació d'interinitat durant molts anys, que la seva relació de serveis té un termini o un motiu que podran donar lloc a la seva finalització. Així doncs, tornem de nou a la doctrina que estableixen els casos *Lucía Montero Mateos*, *Grupo Norte Facility* i *Ana de Diego Porras*, tot i que observo anades i tornades en l'argumentació de l'advocat general que poden induir a confusió: d'una banda, estableix la comparació entre personal interí i personal contractat laboral fix, mentre que, d'altra, recorda que el cessament de la treballadora interina es va deure al fet que la seva plaça va ser ocupada per un funcionari de carrera. En fi, la claredat de la decisió que proposa l'advocat general al TJUE es fa palesa en l'apartat 85, que per la seva importància reproduceix textualment:

Pel que fa a les consideracions relatives a la previsibilitat del cessament de la Sra. Baldonado Martín, cal recordar que de les recents sentències *Montero Mateos*, *Grupo Norte Facility* i *De Diego Porras* resulta que l'objecte específic de la indemnització per acomiadament que estableix en l'article 53, apartat 1, lletra b), de l'Estatut dels treballadors, de la mateixa manera que el context particular en què s'abona, constitueixen una raó objectiva que justifica la diferència de tracte controvertida.

L'advocat general continua amb una àmplia síntesi de la doctrina d'aquestes sentències, per concloure, pel que fa al cas enjudiciat que «[...] un cop que el lloc que ocupava com a funcionària interina la Sra. [...] va ser proveït mitjançant el no-

menament d'un funcionari de carrera, aquesta va ser cessada perquè la causa que va donar lloc al seu nomenament havia finalitzat. D'aquesta manera, tenint en compte la jurisprudència que els punts 85-87 recorden, la diferència de tracte entre els funcionaris interins, com la Sra. [...] i el personal laboral fix, em sembla justificada», de manera que la normativa comunitària no s'oposa a la normativa nacional que no preveu l'abonament de cap indemnització en cas de cessament de personal interí i que sí que el preveu per a l'extinció del contracte d'un treballador laboral fix. Les sentències del TJUE de 5 de juny i 21 de novembre de 2018 seran, sens dubte, de les més importants de la història de les relacions de treball a Espanya i, per descomptat, que no faran precisament somriure el molt nombrós grup de treballadors temporals en les diferents administracions públiques.

F) En fi, pel que fa als arguments del Govern espanyol, que es refereix a les restriccions pressupostàries derivades de la crisi econòmica «per justificar la “flexibilitat i adaptabilitat” que caracteritza el recurs a nomenaments de durada determinada per part de l'Administració pública», l'advocat general els rebutja, ja que la jurisprudència consolidada del TJUE reitera que encara que aquesta situació pot fonamentar les opcions de política social d'un Estat membre i influir en la naturalesa o l'abast de les mesures que vol adoptar, «no constitueixen en si mateixes un objectiu perseguit per aquesta política i, per tant, no poden justificar cap discriminació».

5. Límits al dret a indemnització dels empleats públics temporals a l'acabament dels seus serveis. Sentència del TJUE de 22 de gener de 2020 (assumpte C-177/18)

L'objecte de comentari ara és la sentència dictada pel TJUE el 22 de gener de 2020 (assumpte C-177/18), després d'haver examinat amb tot detall les conclusions que va presentar l'advocat general el 17 d'octubre de 2019 en l'apartat anterior, en el qual també hem referenciat les preguntes que formulava la interlocutòria del JCA. Més endavant, comprovarem que la sentència segueix la mateixa línia que van iniciar les sentències de 5 de juny de 2018, assumptes C-677/16 i C-574/16.

El TJUE, en respondre a la primera pregunta formulada pel JCA, recorda quina és la seva doctrina ja consolidada sobre la interpretació de la clàusula 4.1 de l'Acord marc, i es refereix en concret a la sentència de 5 de juny de 2018 (assumpte C-677/16): «[...] aplicar el principi de no-discriminació als treballadors amb contracte de durada determinada amb la finalitat d'impedir que una relació laboral d'aquesta naturalesa sigui utilitzada per un ocupador per privar aquests treballadors de drets reconeguts als treballadors amb contracte de durada indefinida».

Més endavant, seguint també la jurisprudència consolidada pròpia, exposa que qui presta serveis com a funcionària interina està inclosa, *ex* clàusula 3.1, en el concepte de «treballador amb contracte de durada determinada», i que la indemnització per finalització de contracte, reclamada per la demandant en instància, s'inclou en el concepte de «condicions de treball» *ex* clàusula 4.1.

Hi ha una diferència de tracte entre el funcionari interí i el de carrera quan s'extingeix la relació de serveis? No, perquè la indemnització que reclama la demandant no es percep en cap cas, per la qual cosa el TS fixa ja una primera conclusió, com és que la clàusula 4.1 no s'oposa a una normativa com l'espanyola que no preveu cap indemnització quan la relació funcional s'extingeix de manera «ordinària», tant per al personal interí com per al de carrera.

Ara bé, un cop establerta aquesta regla general, la Sala es planteja si pot haver-hi una diferència de tracte no justificada entre el supòsit ara debatut i el d'una extinció de contracte de treball indefinit per causes objectives a l'empesa de l'art. 52 LET, i ho fa tant perquè és el que s'infereix de la interlocutòria del JCA com perquè en el tràmit de les preguntes formulades a la vista oral el TJUE va deduir (vegeu-ne l'apartat 39) que «la plaça que ocupava la interessada quan prestava serveis per a l'Ajuntament de Madrid com a funcionària interina «també podia ser ocupada per personal laboral fix, i que hi havia un treballador fix que prestava serveis en aquest Ajuntament en un lloc idèntic durant el mateix període».

La Sala insta a l'òrgan jurisdiccional remitent, amb cita de la interlocutòria de 12 de juny de 2019 (assumpte C-367/18), que comprovi aquestes dades i determini, si escau, «si els funcionaris interins, com la interessada, es troben en una situació comparable a la del personal laboral fix contractat per l'Ajuntament de Madrid durant el mateix període de temps». Immediatament, però, marca les «regles de joc» respecte a aquesta hipotètica comparació, reiterant un cop més la doctrina que estableixen les sentències de 5 de juny de 2018, assumptes C-574/16 i C-677/16, seguida després per l'anomenat cas Ana de Diego Porras II, la sentència de 21 de novembre de 2018 (assumpte C-619/17), i subratllant que hi ha d'haver dues situacions «comparables», entre una relació temporal i una altra d'indefinida, per poder determinar si és aplicable la clàusula 4.1; o dit amb les paraules de la sentència mateixa, «cal comprovar si hi ha una raó objectiva per la qual la finalització de la relació de servei dels funcionaris interins no hagi de donar lloc a l'abonament de cap indemnització, mentre que els treballadors fixos perceben una indemnització quan són acomiadats per alguna de les causes que preveu l'article 52 de l'Estatut dels treballadors».

Per al TJUE, aquesta raó objectiva sí que hi és, des de les sentències esmentades de 5 de juny de 2018 que van modificar la doctrina que establia la sentència de 14 de setembre de 2016 (assumpte C-596/14), coneguda com a cas Ana de Diego Porras I, en el sentit que l'objecte específic de la indemnització que regula l'art. 53.1 a) LET, «a l'igual que el context particular en què s'abona, constitueixen

una raó objectiva que justifica una diferència de tracte com l'esmentada en l'apartat anterior», atès que la finalització d'una relació laboral de durada determinada «es produeix en un context sensiblement diferent, tant des dels punt de vista fàctic com des del jurídic, d'aquell en què el contracte de treball d'un treballador fix s'extingeix a causa de la concurrència d'una de les causes que preveu l'article 52 LET». L'anomenada «clàusula de coneixement de no fixesa» de la relació contractual o funcional existents és la que comporta la diferenciació jurídica entre l'extinció d'una de durada determinada i una altra amb caràcter indefinit.

Un cop marcades clarament les regles de joc, el TJUE sembla que li dona peixet de nou al jutgador d'instància, ja que pot fer «les comprovacions oportunes», però li ho retira immediatament, ja que, a partir de les dades fàctiques, com és ara que la demandant va acabar la seva relació de serveis «quan es va produir l'esdeveniment previst a aquest efecte, és a dir, que la plaça que ocupava temporalment va passar a ser ocupada de manera permanent mitjançant el nomenament d'un funcionari de carrera», conclou, en segona resposta que reitera i confirma la primera, que la clàusula 4.1 de l'Acord marc «s'ha d'interpretar en el sentit que no s'oposa a una normativa nacional que no preveu l'abonament de cap indemnització per cessament als funcionaris interins, mentre que preveu el pagament d'una indemnització al personal laboral fix quan s'extingeix el contracte de treball perquè hi concorre una causa objectiva».

A continuació, el TJUE passa a examinar la segona qüestió plantejada, en concret la possible entrada en joc de dos preceptes del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE), art. 151 i 153, dos CDFUE, art. 20 i 21, i novament l'apartat 4.1 de l'Acord marc, ja que podrien interpretar-se, segons el JCA, que ara li ho pregunta al TJUE, en el sentit d'oposar-se a una normativa com l'espanyola que no preveu cap indemnització quan cessa un funcionari interí, ja que no la preveu l'EBEP, mentre que sí que la preveu la LET quan s'extingeix un contracte de durada determinada d'obra o servei, o per necessitats de la producció.

En primer lloc, el recordatori obligat per part del TJUE: la clàusula 4.1 es refereix a diferències de tracte entre treballadors amb contractes temporals i treballadors amb contractes indefinits. No inclou les diferències de tracte que es puguin donar entre dos supòsits de prestació de serveis de durada determinada, com ara una relació funcional interina i una contractació laboral de durada determinada, però, en l'àmbit públic, no per raó de la durada de la relació de servei, sinó –portant a col·lació la doctrina que reflecteix la sentència de 14 de setembre de 2016 (assumpte 16/15)– perquè aquesta diferència de tracte es basa en la naturalesa, funcional o laboral, de cada relació. És a dir, la clàusula 4.1 no s'oposa a l'existència d'un marc normatiu com el que s'ha descrit.

La Sala rebutja la interpretació que proposa el JCA dels articles esmentats del TFUE, atès que només fixen objectius i mesures generals de política social de la Unió, i de la CDFUE, després de fer un ampli recordatori del seu àmbit d'aplicació,

que pressuposa «l'existència d'un vincle de connexió entre un acte del dret de la Unió i la mesura nacional de què es tracti d'un grau superior a la proximitat de les matèries considerades o a les incidències indirectes d'una d'aquestes en l'altra».

Un cop enfrontades les tesis de la part demandant, que al·lega que la finalitat de l'art. 49.1 c) LET és aplicar la clàusula 5.1 de l'Acord marc, i després que el Govern espanyol rebutgés de ple aquesta tesi, el TJUE acudeix a la seva sentència de 21 de novembre de 2018 (assumpte C-619/17, cas Ana de Diego Porras II), per recordar-nos que la indemnització de 12 dies que regula aquest precepte no està inclosa en aquest precepte, atès que no permet assolir l'objectiu que persegueix la clàusula, com és «la prevenció dels abusos derivats de l'ús de successius contractes o relacions laborals de durada determinada», ja que aquesta indemnització es concedeix tant en supòsits de contractació conforme a dret com quan no ho és (i sempre que la relació finalitzi sense que s'impugni el cessament davant de la jurisdicció social, cas en el qual la indemnització seria la de l'acomiadament improcedent, si la sentència en declara la improcedència), de manera que no entra dins de les mesures que podrien qualificar-se d'«eficaces i dissuasives» per garantir l'eficàcia plena de les normes adoptades de conformitat amb l'Acord marc (vegeu, en aquest sentit, la sentència de 21 de novembre de 2018, cas Ana de Diego Porras II).

En definitiva, no hi ha cap possible interpretació de l'art. 49.1 c) LET com a mesura d'aplicació de la clàusula 5.1, i, per tant, tampoc no hi pot entrar en joc la CDFUE, perquè no es tracta d'una «aplicació del dret de la Unió». Per tant, i un cop descartada l'aplicació de la CDFUE, el TJUE decideix que ni els art. 151 i 153 TFUE ni la clàusula 4.1 de l'Acord marc «no s'oposen a una normativa nacional que no preveu l'abonament de cap indemnització per cessament als funcionaris interins, mentre que al personal laboral temporal se li concedeix una indemnització quan acaba el contracte de treball».

Finalment, la Sala procedeix a examinar la tercera qüestió, i la declara inadmissible, de manera que no entra a conèixer d'aquesta qüestió, perquè conclou que és merament hipotètica. Probablement, la qüestió plantejada era la que més interès havia aixecat quant a donar una resposta eficaç i adequada a actuacions contràries a dret per part de l'Administració en matèria de contractació de durada determinada o de relació funcional interina. La qüestió plantejava si seria conforme als objectius que persegueix la Directiva 1999/70, «com a mesura per prevenir l'abús i eliminar la conseqüència de la infracció del dret de la Unió, en cas que l'empresari no faci fix el treballador, una indemnització equiparable a la d'acomiadament improcedent, com a sanció adequada, proporcional, eficaç i dissuasiva?».

Així doncs, el TJUE va acollir la tesi del Govern espanyol, que considerava inadmissible aquesta qüestió, ja que en el litigi en joc no es podria aplicar la clàusula 5.1 perquè només va haver-hi una relació i no s'hi va produir cap abús, ja que aquesta relació es va acabar quan la plaça va ser coberta per un funcionari de

carrera. La Sala parteix de les dades fàctiques del cas, aportades, cal no oblidar-ho, per la interlocutòria, i també de les observacions exposada a la vista oral. De la primera conclou que el jutjat remitent no ha proporcionat «cap indici que permeti considerar que la [demandant] hagi treballat per a l'Ajuntament de Madrid en el marc de diverses relacions de servei o que, en virtut del dret espanyol, calgui considerar que la situació controvertida en el litigi principal es caracteritza per l'existència de successives relacions de servei de durada determinada».

No sembla doncs, que les dades que aportava la interlocutòria i les tesis que defensava hagin contribuït a l'èxit de la pretensió, sinó més aviat tot el contrari, ja que només hi ha hagut una prestació de serveis a la mateixa plaça «de forma constant i continuada». Prestació primera i única que ha vinculat les parts empresarial i treballadora, sense que en aquest cas s'hagi discutit l'impacte d'una durada «inusualment llarga» de la interinitat i els seus possibles efectes.

III. Interins sense indemnització. Del TJUE al TS. Del 14 de setembre de 2016 al 13 de març de 2019¹⁷

1. Introducció

El dijous 28 de març de 2019 es donava a conèixer la sentència que va dictar el Ple de la Sala Social del TS el 13 de març del mateix any.

La resolució judicial estima el RCDU interposat per l'Advocacia de l'Estat contra la sentència dictada per la Sala Social del TSJ de Madrid el 5 d'octubre de 2016, cassa i anul·la aquesta sentència, i manté «la desestimació íntegra de la demanda en els mateixos termes de la sentència del Jutjat Social núm. 1 de Madrid de data 10 de setembre de 2013».

La sentència té un vot particular discrepant, que planteja en primer lloc que la Sala podia haver entrat a examinar l'existència d'un contracte temporal de substitució que, «per la seva durada inusualment llarga i tenint en compte la imprevisibilitat d'aquesta durada, s'hauria d'haver requalificat com a contracte fix», i de manera subsidiària s'hagués pogut fixar una indemnització semblant a la de la resta dels contractes temporals que la tenen legalment reconeguda, «ja que no hi havia raons objectives per a la seva exclusió».

Des del moment que es va conèixer la sentència, els mitjans de comunicació en va fer una difusió molt àmplia del contingut més destacat –la no indemnització per a la treballadora interina demandant–, i gairebé tots destacaven que el TS «posa fi», «conclou», «dona per finalitzat», «enllesteix», «dona per tancat» el conflicte de què ha conegut i que troba la raó de ser en la comunicació de l'extinció del contracte d'una treballadora interina el 30 de setembre de 2012, treballadora que, posteriorment, va interposar la demanda corresponent davant dels JS de Madrid.

17. Per al seguiment de (gairebé) totes les sentències dictades pel TJUE, TS, TSJ, JS i JCA, que guarden relació amb la temàtica objecte d'aquest estudi, remeto a l'extraordinari treball de recopilació efectuat pel professor BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi, en les entrades del seu blog (actualitzades permanentment). <https://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/> i <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/> (consulta: 24 octubre 2019).

Aleshores, com a resposta a la petició d'algun mitjà de comunicació, atent a les xarxes socials en què havia manifestat la meua prudència jurídica sobre aquestes manifestacions, tal com era el meu criteri respecte a aquesta qüestió, vaig exposar que la sentència dona resposta a un cas concret, previsible per la decisió de la sentència del TJUE de 21 de novembre de 2018 (assumpte C-619/17). El cas és el d'una persona contractada interina per substituir una altra treballadora, amb reserva de lloc de treball, i que no ha abordat les altres situacions en què es pot trobar un interí (per exemple, per ocupar una plaça vacant la provisió de la qual s'allarga, per utilitzar la terminologia del TJUE, «de manera inusualment llarga»), i tampoc no ha entrat en el coneixement (i a això es deu el vot particular discrepant) del que passaria si el conflicte jurídic no tractés sobre la indemnització, sinó sobre la situació contractual (i que en la demanda en reivindicqués el caràcter indefinit fix) de la relació laboral, funcional o estatutària existent.

La saga Ana de Diego Porras ha merescut la meua atenció des de la primera sentència del TJUE el 14 de setembre de 2016 i, en fer un repàs de tot el que he escrit en articles publicats en revistes especialitzades (*Revista Jurídica de Catalunya*, *Revista de Relaciones Laborales*) i al meu blog, comprovo que he dedicat molta atenció a aquesta temàtica, òbviament, amb el suport de les nombroses sentències dictades tant pel TJUE com pels jutjats i tribunals espanyols (tant de l'ordre jurisdiccional social com del contenciós administratiu) i de l'abundosa aportació de la doctrina laboralista espanyola. Em proposo ara «repassar», amb tots els matisos que he indicat, el cas finalment resolt pel TS, des del seu origen, és a dir, des de la sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016.

2. Sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 (assumpte C-596/14)

M'aturo a examinar la sentència dictada per la Sala Desena del TJUE en l'assumpte C-596/14, en què es dona resposta a les qüestions prejudicials plantejades per la Sala Social del TSJ de Madrid mitjançant interlocutòria de 9 de desembre de 2014, en ocasió del conflicte plantejat per una treballadora que prestava serveis com a interina al Ministeri de Defensa des de febrer de 2003 i a la qual van comunicar l'extinció del vincle contractual amb efectes de 30 de setembre de 2012, arran de la reincorporació de la persona titular del lloc de treball que ocupava la treballadora interina, aquesta persona es trobava en situació d'excedència amb reserva de lloc de treball perquè exercia un càrrec de representant sindical.

Tan important és la sentència? Sí, és important, certament, però la seva interpretació de cap manera no és unívoca, i per aquest motiu no és estrany que en el debat jurídic es van proposar interpretacions diverses sobre l'impacte que té en el marc normatiu laboral espanyol.

El meu comentari s'estructura de la manera següent: en primer lloc, examinaré el cas litigiós, és a dir, quin és el motiu que porta a la Sra. De Diego Porras a presentar una demanda davant del JS; en segon lloc, ens aturarem en la normativa europea i la interna espanyola que el TJUE pren en consideració per resoldre el litigi; finalment, exposaré el meu parer sobre la fonamentació jurídica de la sentència, l'impacte i la importància de la sentència, no només per al cas concret, sinó per a tots els treballadors amb contractes de durada determinada; i la necessitat, ja ho avanço, de fer modificacions normatives per protegir i reforçar els seus drets.

Passem, tot seguit, a estudiar el cas, a partir de les dades disponibles en la sentència. La relació contractual laboral entre la treballadora i el Ministeri de Defensa (es tracta, doncs, de l'àmbit públic) s'inicia el febrer de 2003, i se'ns informa que va subscriure diversos contractes d'interinitat fins al 17 d'agost de 2005, data en la qual va subscriure el contracte que va ser vigent fins al 30 de setembre de 2012, amb el seu fonament jurídic en la substitució d'una treballadora fixa de plantilla que es trobava en situació d'excedència, amb reserva de lloc de treball, perquè ocupava el càrrec de representant sindical.

L'extinció de la reserva de lloc de treball, que va comportar el cessament de la treballadora interina, es va produir d'acord amb el que disposa el RDL 20/2012, de 13 de juliol.

La treballadora interina, que m'atreviria a qualificar com a «interina permanent», va estar en aquesta situació contractual laboral durant nou anys i mig, a l'empara de diferents contractes subscrits amb el Ministeri de Defensa.

És fàcil comprendre que la treballadora interina estigués insatisfeta amb la decisió empresarial, després de prestar els seus serveis de manera ininterrompuda durant nou anys i mig. L'extinció del contracte, a més, no implicava cap abonament d'indemnització, ja que la que l'art. 49.1 c) LET preveu per a alguns contractes de durada determinada no inclou els contractes d'interinitat. En efecte, va presentar una demanda davant del JS en la qual impugnava (vegeu l'apartat 18 de la sentència TJUE) «tant la legalitat del seu contracte com les condicions de finalització». Amb més precisió jurídicolaboral, suposo que la demandant va plantejar que el seu contracte havia esdevingut indefinit i que, per això, l'extinció no era ajustada a dret i es tractava d'un acomiadament que havia de ser declarat improcedent amb els efectes pertinents.

La demanda no va merèixer una resposta positiva, ja que el jutgador va entendre que el patró havia respectat la normativa vigent, de manera que la treballadora va continuar el seu periple judicial i va presentar un recurs de suplicació, i per la sentència del TJUE es va poder saber que, al seu parer, la contractació interina s'havia formalitzat en frau de llei, o hi va esdevenir en un moment determinat de la relació contractual per incompliment d'alguns dels requisits requerits perquè un contracte d'interinitat fos conforme a dret, i que, per això, s'havia convertit en indefinida (recordem que l'art. 15.3 LET disposa que «es consideren per temps indefinit els con-

tractes temporals celebrats en frau de llei», i que conté la mateixa presumpció l'art. 9.3 del RD 2720/1998, de 18 de desembre, pel qual es desenvolupa l'art. 15 LET en matèria de contractes de durada determinada).

És clar, a partir de les dades disponibles en la sentència del TJUE (apartat 20), que el tribunal espanyol no qüestiona que les contractacions efectuades pel Ministeri de Defensa hagin complert la normativa vigent, que és de l'opinió que s'hi han ajustat (art. 15.1 c) LET i art. 4 RD 2720/1998) i que la finalització de l'últim contracte d'interinitat per la reincorporació al seu lloc de treball del càrrec sindical en excedència està basada «en una raó objectiva». Recordem que la normativa aplicable als contractes d'interinitat disposa que la seva durada «serà la del temps que duri l'absència de treballador substituït amb dret a la reserva del lloc de treball».

És a partir d'aquí on comença a qüestionar-se el TSJ que l'extinció del contracte, tal com s'ha dut a terme, és a dir, sense cap indemnització, perquè així ho preveu el marc normatiu vigent, sigui conforme a dret, o dit d'una altra manera, si la treballadora «té dret a reclamar el pagament d'una indemnització per la finalització del contracte». El tribunal constata la diferència de tracte entre treballadors fixos i temporals respecte a la indemnització a percebre a l'acabament del contracte si hi ha una causa o raó objectiva per a això, i «distingeix la diferència» en dos grups: en primer lloc, entre els treballadors amb contractes indefinits (20 dies per any de servei) i els treballadors temporals amb contracte per obra o servei determinat o per necessitats de la producció (12 dies en l'actualitat); en segon terme, entre els treballadors indefinits (20 dies per any de servei) i els treballadors interins (0 dies), ja que en aquest contracte de durada determinada «no [se li] reconeix cap indemnització quan el contracte finalitza d'acord amb la normativa».

El TSJ no troba una causa o raó objectiva que permeti justificar aquesta diferència de tracte o, per ser més exactes, les dues diferències de tracte apuntades, i és de l'opinió que això podria implicar la no conformitat de la normativa interna espanyola amb la normativa comunitària, en concret amb la clàusula 4 de l'Acord marc subscrit el 1999 per les organitzacions sindicals i empresarials europees sobre el treball de durada determinada i incorporat al marc normatiu comunitari per la Directiva 1999/70/CE.

Què és exactament el que diu aquesta clàusula, i més exactament l'apartat 1? «Pel que fa a les condicions de treball, no es pot tractar els treballadors amb un contracte de durada determinada d'una manera menys favorable que els treballadors fixos comparables pel sol fet de tenir un contracte de durada determinada, llevat que es justifiqui un tracte diferent per raons objectives». Convé completar la referència amb el que disposa l'apartat 3 de la mateixa clàusula 4: «Les disposicions per a l'aplicació d'aquesta clàusula les definiran els estats membres, després de consultar amb els interlocutors socials, i/o els interlocutors socials, segons la legislació comunitària i de la legislació, els convenis col·lectius i les pràctiques nacionals».

Abans els dubtes suscitats al TSJ entorn de la normativa aplicable al litigi, en concret pel que fa al no abonament d'una indemnització per finalització de contracte (sobre la validesa jurídica no hi ha cap manifestació en contra), aquest tribunal planteja quatre qüestions prejudicials al TJUE. Abans de referir-m'hi, no és sobrer recordar que seran aquestes qüestions, és a dir, el seu contingut i com han estat plantejades, el que ha de merèixer resposta del TJUE, que no entrarà en altres qüestions litigioses que s'haguessin pogut suscitar però que no s'han suscitats (se m'acudeix, per exemple, la conformitat a la normativa comunitària d'una normativa interna que permet tenir a una persona treballadora en situació d'«interinitat indefinida»). Recordem aquí que l'art. 267 TFUE disposa que serà competent «per pronunciar-se, amb caràcter prejudicial: [...] sobre la validesa i la interpretació dels actes adoptats per les institucions, òrgans o organismes de la Unió».

A) Quines són les qüestions prejudicials plantejades? Les que enunciem a continuació, amb la manifestació prèvia per part meua que, tot i que el litigi afecta una treballadora interina, és a dir, amb una modalitat contractual de durada determinada de la qual no es qüestiona la validesa, però sí els efectes que produeix o, més ben dit, que no produeix, la seva finalització, les tres primeres qüestions es refereixen a la contractació de durada determinada en general i les seves diferències amb la contractació indefinida, mentre que només la quarta es refereix a les diferències existents en el si de la contractació determinada mateixa, és a dir entre aquelles modalitats per a les quals sí que es preveu una indemnització per extinció contractual i aquelles altres per a les quals no es preveu, com en el cas dels interins, amb el benentès certament que el TSJ planteja la possible discriminació tant amb els indefinits com amb els altres temporals.

1) ¿Cal entendre que la indemnització per finalització de contracte temporal està inclosa en les condicions de treball a què es refereix la clàusula 4, apartat 1, de l'Acord [marc]?

2) Si s'entén que aquesta indemnització sí que està inclosa en les condicions de treball, ¿els treballadors amb un contracte de treball o una relació laboral concertat directament entre un empresari i un treballador, en què el final del contracte de treball o de la relació laboral està determinat per condicions objectives com ara una data concreta, la realització d'una obra o servei determinat o la producció d'un fet o esdeveniment determinat, han de percebre a la fi del contracte la mateixa indemnització que correspondria a un treballador amb un contracte de durada indefinida comparable quan el contracte d'aquest s'extingeix per causes objectives?

3) Si el treballador té dret a percebre la mateixa indemnització que correspon a un treballador indefinit quan l'extinció es produeix per causes objectives, ¿cal entendre que l'article 49.1.c) de l'Estatut dels treballadors ha traslladat adequadament la Directiva 1999/70 [...] o és discriminatori i contrari a la Directiva i vulnera el seu objectiu i efecte útil?

4) Si no hi ha raons objectives per exceptuar els treballadors interins del dret a percebre una indemnització per la finalització del contracte temporal, ¿és discriminatòria la distinció que

l'Estatut dels treballadors estableix entre les condicions de treball d'aquests treballadors no només enfront de les condicions dels treballadors indefinits sinó també respecte de les dels altres treballadors temporals?

B) A continuació, analitzem les respostes del TJUE a les qüestions prejudicials plantejades; respostes que només en són dues, atès que, en primer lloc, respon per separat a la primera qüestió plantejada, és a dir, si la clàusula 4.1 de l'Acord marc s'ha d'interpretar de manera que el concepte de condicions de treball inclogui «la indemnització que un empresari està obligat a abonar a un treballador com a conseqüència de la finalització del seu contracte de durada determinada», mentre que més endavant respon de conjuntament a les preguntes segona, tercera i quarta.

El TJUE, de la mateixa manera que en altres ocasions anteriors en què ha hagut de pronunciar-se sobre la interpretació d'algunes clàusules de l'Acord marc, formula unes consideracions generals prèvies per destacar-ne la importància del contingut, per tal de garantir la protecció dels treballadors amb contracte de durada determinada i evitar actuacions discriminatòries envers ells basades únicament en la durada del vincle contractual; mentre que no és contrària a dret una diferència de tracte amb els treballadors indefinits que estigui basada en una causa o raó objectiva, deixant, recordo ara, un ampli marge de llibertat als estats membres perquè adoptin les mesures que considerin més adequades per incorporar la Directiva a l'ordenament jurídic intern.

Aquestes consideracions les recullen els apartats 25 i 26 de la sentència, amb suport d'anteriors resolucions en què el TJUE s'ha manifestat en els mateixos termes. Però, sens dubte, té una rellevància especial, perquè és important amb vista a defensar l'aplicació de la sentència a les relacions entre particulars, el recordatori efectuat en l'apartat 27 que la clàusula 4 expressa «un principi de dret social de la Unió que no pot ser interpretat de manera restrictiva». En una sentència anterior, també d'indubtable importància per al dret espanyol, cas *Del Cerro Alonso*, de 13 de setembre de 2007 (assumpte C-307/05), el TJUE ja va posar de manifest que «tenint en compte la importància dels principis d'igualtat de tracte i de no-discriminació, que formen part dels principis generals del dret comunitari, a les disposicions que preveuen la Directiva 1999/70 i l'Acord marc a l'efecte de garantir que els treballadors amb un contracte de durada determinada gaudeixin de les mateixos avantatges que els treballadors per temps indefinit comparables, llevat que estigui justificat un tracte diferenciat per raons objectives, se'ls ha de reconèixer un abast general, atès que constitueixen normes de dret social comunitari d'especial importància de les quals ha de gaudir tot treballador, atès que són disposicions protectores mínimes».

El TJUE inclou la indemnització que ha de ser abonada a un treballador a l'acabament del seu contracte en el concepte de condicions de treball, i ho fa a partir

del seu criteri, defensat ja en sentències anteriors, que el que és decisiu «per determinar si una mesura està inclosa en aquest concepte és precisament el de l'ocupació, és a dir, la relació laboral entre un treballador i el seu empresari». En resolucions judicials anteriors, per garantir la igualtat de tracte als treballadors temporals, el TJUE ja hi havia inclòs els triennis, «que constitueixen un dels elements retribuïts que han de concedir-se a un treballador amb contracte de durada determinada de la mateixa manera que a un treballador amb contracte de durada indefinida», així com també «les normes relatives a la determinació del termini de preavis aplicable en cas de finalització dels contractes de durada determinada». Ara és del parer que aquestes tesis «poden ser íntegrament traslladades a una indemnització com la controvertida en el litigi principal», atès que la indemnització es concedeix al treballador per raó de la finalització del contracte de treball que el vincula al seu empresari, i és per això que està englobada dins de la relació laboral entre empresari i treballador i ha d'estar inclosa en el concepte de «condicions de treball» que enuncia la clàusula 4.1 de l'Acord marc.

En qualsevol cas, la tesi del TJUE en la sentència que és objecte del comentari ens obliga a incorporar la indemnització entre les condicions de treball, la qual cosa tindrà importància rellevant, com veurem més endavant, a l'hora de reconèixer el dret a indemnització, i la seva quantia, als contractes de treball de durada determinada a la seva finalització.

C) El TJUE passa tot seguit a respondre conjuntament a les qüestions prejudicials segona, tercera i quarta. Diré de passada que no tinc molt clar quina era la finalitat del TSJ quan va plantejar-les: si volia saber si un interí ha de cobrar la mateixa indemnització que un treballador amb contracte indefinit comparable, o bé la mateixa que cobra un altre treballador temporal contractat per obra o servei o per necessitats de la producció, posats a manifestar el meu parer m'inclinaria més per la segona. És obvi, però, que el TJUE no podia respondre a aquesta qüestió d'acord amb els termes en què està redactada la clàusula 4.1 de l'Acord marc. Per aquest motiu, el TJUE recorda en els apartats 37 i 38 de la sentència que «el principi de no-discriminació s'ha aplicat i concretat mitjançant l'Acord marc únicament pel que fa a les diferències de tracte entre els treballadors amb contracte de durada determinada i els treballadors amb contractes per temps indefinit que es trobin en una situació comparable», de manera que «les possibles diferències de tracte entre determinades categories de personal amb contracte de durada determinada, com la que esmenta el tribunal remitent a la quarta qüestió prejudicial, no estan incloses en l'àmbit d'aplicació del principi de no-discriminació consagrat per aquest Acord marc».

Per això, la decisió de la sentència tanca la porta al debat de saber si els interins tenen dret a indemnització a l'acabament del seu contracte, al qual dona una resposta indubtablement positiva, i la manté oberta per determinar si la indemnit-

zació ha de ser idèntica a la d'un treballador indefinit comparable que vegi extingit el seu contracte per causes objectives, és a dir, 20 dies de salari per any de servei, o bé si ha de ser la de 12 dies que s'abona actualment a la finalització d'altres contractes de durada determinada, al mateix temps que deixa oberta la porta al debat de quina ha de ser la indemnització que perceben els que ara la tenen fixada en 12 dies.

Novament, com va fer en respondre a la primera qüestió, el TJUE formula unes consideracions generals prèvies sobre el contingut de la clàusula 4.1 i el principi de no-discriminació entre els treballadors amb contracte o relació laboral de durada indefinida i aquells el contracte o relació laboral dels quals és de durada determinada. La tesi central del TJUE, i sobre la qual pivotarà posteriorment la seva resposta al cas Ana de Diego Porras, és que les situacions comparables no es poden tractar de manera diferent, llevat que hi hagi una causa o raó objectiva que ho possibiliti, és a dir, que aquesta diferència de tracte «estigui objectivament justificada». Per tant, la primera pregunta que ens hem de fer, i que en efecte també es fa el TJUE, és si el marc normatiu espanyol estableix una diferència de tracte entre els treballadors interins i els treballadors indefinits en el moment de l'extinció dels seus contractes, i ja sabem que la resposta és afirmativa: els primers no perceben cap indemnització, i tal com recorda el TJUE, «amb independència de la durada dels serveis prestats» (i tinguem en compte que en el cas enjudiciat la interinitat es va perllongar durant nou anys i mig, i que les tasques de la treballadora interina, segons la informació disponible, eren substancialment idèntiques o comparables a les d'altres companys i companyes que prestaven la mateixa activitat però amb una relació contractual estable), mentre que els indefinits sí que la perceben quan hi ha una causa d'extinció de les que preveu l'art. 52 LET, i això amb independència de la durada del seu contracte.

Un cop constatada la diferència de tracte, cal comprovar si les situacions controvertides poden ser comparables pel que fa a l'aplicació de l'Acord marc, i en un segon moment cal comprovar si hi ha «una possible justificació objectiva» que permeti la diferència de tracte en el supòsit, repeteixo, de trobar-nos davant de «situacions comparables».

Quin criteri de comparació utilitza el TJUE? Estem davant d'un treball «idèntic o similar» entre els treballadors indefinits i els treballadors interins (i temporals en general)? El TJUE remet a les clàusules 3.2 i 4.1 de l'Acord marc, que llisten (cap manera, al meu parer, de forma exhaustiva) un conjunt de factors que permeten determinar l'existència o no de tal comparabilitat, com són «la naturalesa de la feina, els requisits de formació i les condicions laborals», que ja ha pres en consideració en anteriors resolucions judicials de les que es deixa constància en l'apartat 40.

Ens trobem davant de situacions diferents o no? Si la resposta és afirmativa, la diferència estarà objectivament justificada, i això passaria quan «les funcions exercides per un treballador com la recurrent en el litigi principal en el marc dels dife-

rents contractes de durada determinada no corresponguin a les dels treballadors fixos», ja que si no existeix una diferència objectiva, el tracte dispensat als treballadors temporals respecte a la indemnització a l'acabament del seu contracte (0 euros per als interins; 12 dies de salari per any de serveis per a altres modalitats contractuals) seria contrari a la normativa comunitària, més exactament a la clàusula 4 de l'Acord marc.

Tot i que el TJUE recorda que correspon al tribunal nacional determinar si aquesta situació de comparabilitat es va produir durant la vigència de la relació contractual de la Sra. De Diego Porras amb l'ocupador Ministeri de Defensa respecte de la d'un treballador amb contracte indefinit durant el mateix període de temps, pràcticament li'n dona feta la resposta afirmativa, cosa que tindrà una importància determinant per al TSJ a l'hora de dictar la sentència quan conegui novament del litigi. Afirmar el TJUE que, «no obstant això, cal assenyalar que, en aquest cas, de les actuacions que consten en poder del Tribunal de Justícia, se'n desprèn que la recurrent en el litigi principal efectuava un treball anàleg o idèntic al d'un treballador fix», de manera que es tracta d'una situació que pot ser comparable pel que fa a l'aplicació del principi de no-discriminació.

El TJUE ho justifica per la durada del seu darrer contracte d'interinitat i les tasques desenvolupades, tot i que crec que aquesta tesi és perfectament extrapolable als diversos contractes d'interinitat que la treballadora havia subscrit amb la mateixa ocupadora (l'Administració pública) amb anterioritat. Tal com exposa l'apartat 43, «[...] el mateix fet que la recurrent esmentada ocupés durant set anys consecutius el mateix lloc d'una treballadora en situació de dispensa d'obligacions laborals vinculada a la seva condició sindical no permet únicament concloure que la interessada complia els requisits de formació per accedir al lloc de treball de què es tracta, sinó també que efectuava la mateixa feina que la persona a la qual va reemplaçar de manera permanent durant aquest llarg període de temps, i que se li aplicaven també les mateixes condicions de treball».

Un cop afirma que existien situacions comparables, la diferència només estarà justificada si hi ha una raó, causa o justificació objectiva que la permeti, de manera que l'anàlisi i el raonament del TJUE en els apartats posteriors de la sentència es dedica a esbrinar si n'hi ha o no. En primer lloc, acudeix a la seva doctrina general sobre el concepte de «raons objectives», per al qual es requereix que la desigualtat de tracte apreciada «estigui justificada per l'existència d'elements precisos i concrets, que caracteritzen la condició de treball de què es tracta, en el context específic en què s'emmarca i d'acord amb criteris objectius i transparents, per tal de verificar si aquesta desigualtat respon a una necessitat autèntica, si permet assolir l'objectiu que es persegueix i si resulta indispensable en aquest sentit». I ressalta, amb el suport de nombroses resolucions judicials dictades amb anterioritat, que «aquests elements poden tenir l'origen, en particular, en la naturalesa especial de les tasques per a la realització de les quals es fan els contrac-

tes de durada determinada i en les característiques inherents a aquestes tasques o, eventualment, a la persecució d'un objectiu legítim de política social per part d'un Estat membre».

D) Aquesta tesi general porta a concloure, en la mateixa línia defensada en sentències anteriors, que la diferència de tracte de cap manera no està justificada pel simple fet que la reculli «una norma nacional general i abstracta, com una llei o un conveni col·lectiu». És obvi que això és el que passa en el cas enjudiciat, ja que la diferència la preveu la LET amb caràcter general, diferenciant, d'una banda, els treballadors indefinits, d'una altra, els treballadors temporals amb contractes per obra o servei o per necessitats de la producció, i, d'una tercera, els treballadors interins (i no només aquests, sinó també els treballadors amb contracte formatiu i els acollits al contracte indefinit de foment d'ocupació i de suport als emprenedors).

La conclusió del TJUE respecte de tot el que s'ha exposat és que, pel que fa a la percepció d'una indemnització per l'extinció contractual, no n'hi ha prou amb l'existència d'una norma general abstracta que reculli la diferència de tracte, ni tampoc amb la mera naturalesa temporal de la relació (que, repeteixo, en moltes ocasions, i els repertoris jurisprudencials en donen compte degudament, poden encobrir autèntiques relacions contractals de durada indefinida), per poder justificar la diferència entre els treballadors indefinits i els temporals quant a la percepció de la indemnització per l'acabament del contracte.

Molt menys suport té la «mera naturalesa temporal de la relació» en un cas com el enjudiciat, en què la durada de la vida laboral de la treballadora en la seva empresa ha tingut una antiguitat superior a la de molts treballadors indefinits, atès que, actualment, tenir una antiguitat de nou anys i mig no és poca cosa. Per això, és perfectament comprensible la tesi «addicional» a les consideracions defensades amb anterioritat per la Sala que «l'al·legació basada en la previsibilitat de la finalització del contracte d'interinitat no es basa en criteris objectius i transparents, de manera que, en realitat, aquest contracte d'interinitat no només es pot perpetuar, com en la situació de la recurrent en el litigi principal, les relacions contractals de la qual es van perllongar durant un període de més de deu anys, sinó que a més contradiu aquesta al·legació el fet que, en circumstàncies comparables, la normativa nacional pertinent prevegi la concessió d'una indemnització per finalització de contracte a altres categories de treballadors amb contracte de durada determinada».

Atesa la transcendència jurídica que té, reproduïxo el segon apartat de la decisió de la sentència: «La clàusula 4 de l'Acord marc sobre el treball de durada determinada, que figura en l'annex de la Directiva 1999/70, s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una normativa nacional, com la controvertida en el litigi principal, que denega qualsevol indemnització per finalització de contracte al treballa-

dor amb contracte d'interinitat, mentre que permet que es concedeixi aquesta indemnització, en particular, als treballadors fixos comparables. El sol fet que aquest treballador hagi prestat els seus serveis en virtut d'un contracte d'interinitat no pot constituir una raó objectiva que permeti justificar la negativa que aquest treballador tingui dret a la indemnització esmentada».

3. Sentència del TSJ de Madrid de 5 d'octubre de 2016

Centro l'atenció, ara, en la sentència que dicta el TSJ madrileny (Rec. 246/2014), que va elevar la qüestió prejudicial; un cop que va ser rebuda la sentència el 22 de setembre, es va alçar la suspensió de les actuacions i es va assenyalar el dia 4 d'octubre per a la votació i la decisió.

La sentència del cas Ana de Diego Porras conté referències concretes a la providència per la qual es va donar audiència a les parts i al Ministeri Fiscal abans d'elevat la qüestió prejudicial que permeten conèixer millor què és exactament el que demanava el TSJ amb relació a la resolució del TJUE. Igualment, els fets provats d'instància i el contingut del recurs de suplicació, especialment pel que fa a la revisió (no acceptada) de fets provats permet també conèixer millor alguns secrets del cas litigiós que han de merèixer atenció jurídica.

En primer lloc, convé destacar algunes referències que contenen els fets provats de la sentència d'instància, dictada pel JS núm. 1 de Madrid el 10 de setembre de 2013, pel que fa als llocs de treball ocupats per la treballadora interina des del seu primer contracte al març. Reprodueixo els fets provats quart i cinquè: «QUART. L'actora ha prestat serveis com a secretària en diferents subdireccions. En el darrer contracte, l'actora va prestar serveis inicialment en el Registre de l'Òrgan de Direcció i a partir del 19.09.07 va ser secretària particular del subdirector general de Planificació i Programes. CINQUÈ. En el darrer contracte, consta la categoria professional d'Oficial de Manteniment i Oficis, categoria que va ser extingida i que va passar a ser la d'Oficial d'Activitats Tècniques i Professionals per resolució del 16.11.06».

En segon lloc, el contingut de la providència de 16 d'octubre de 2014 mitjançant el qual la Sala donava audiència a les parts i al Ministeri Fiscal per a les seves alegacions respecte de la possible vulneració que l'art. 49.1.c) LET fa de la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada, que estableix: «aquest Acord s'aplica als treballadors amb un treball de durada determinada el contracte o la relació laboral dels quals estigui definit per la legislació, els convenis col·lectius o les pràctiques vigents en cada Estat membre». La Directiva entén per «“treballador amb contracte de durada determinada”: el treballador amb un contracte de treball o una relació laboral concertats directament entre un empresari i

un treballador, en què el final del contracte de treball o de la relació laboral ve determinat per condicions objectives com ara una data concreta, la realització d'una obra o servei determinat o la producció d'un fet o esdeveniment determinat», de manera que cal considerar que els contractes d'interinitat estan inclosos en les seves previsions, i la jurisprudència que la interpreta ha reiterat el principi d'«efectivitat» amb vista a la contractació temporal (STJUE 4 de juliol de 2006, Assumpte Adeneler; 7 de setembre de 2006, Assumpte Marrossu i Sardino; 7 de setembre de 2006, Assumpte Vassallo; i 23 d'abril de 2009, assumpte Angelidaki).

La providència esmentada, després d'analitzar la normativa espanyola d'aplicació, manifesta que no hi ha indemnització per la finalització del contracte d'interinitat, «[...] a diferència dels supòsits dels altres contractes temporals i principalment dels contractes indefinits no fixos, la naturalesa dels quals és pràcticament similar a la dels d'interinitat, tal com resulta de la construcció doctrinal de la qual procedeixen, havent considerat el nostre Tribunal Suprem aplicable a aquests contractes la indemnització que estableix el precepte esmentat, per totes, en sentència d'11 de juny de 2014, Rec. 2100/2013».

Per tant, la providència del TSJ, que està en l'origen de la qüestió prejudicial plantejada, versa únicament sobre la possible diferència de tracte no justificada, per discriminatòria, entre els treballadors interins, és a dir, amb un contracte de durada determinada, i els treballadors indefinits, i no qüestiona de cap manera la regulació del contracte d'interinitat pel que fa a la seva durada temporal, amb el benentès que també posa de manifest la providència, i probablement aquí té l'origen la quarta qüestió prejudicial plantejada, que ha diferència amb «els altres contractes temporals», i que equipara *de facto* els interins amb els treballadors indefinits no fixos (probablement –i això és només una suposició personal–, el TSJ es veu influenciat per la durada –nou anys– del contracte d'interinitat de la treballadora del Ministeri de Defensa) amb relació a la percepció de la indemnització. Així doncs, al meu parer, no es qüestiona la validesa jurídica de l'extinció del contracte d'interinitat, amb independència de quina en sigui la durada.

En les al·legacions formulades per les parts recurrent i recorreguda pel que fa a la possible presentació de la qüestió prejudicial davant del TJUE, la part treballadora va plantejar la qüestió relativa a l'aplicació de la normativa sobre conversió en contractació indefinida d'una relació que inicialment era de durada determinada i a la qual ha seguit una successió de contractes de la mateixa naturalesa, per la qual cosa entenia que en un cas com l'ara enjudiciat es podia declarar la improcedència de l'acomiadament.

Per contra, i cenyint-se molt més als termes concrets de la providència, l'Advocacia de l'Estat va defensar la inexistència de comparació entre els treballadors amb contracte d'interinitat per substitució i els treballadors indefinits no fixos, i, per tant, la inexistència de discriminació envers els primers, amb la manifestació d'inexistència de «treballador amb contracte de durada indefinida comparable».

Un cop dictada la sentència del TJUE i comunicada oficialment al tribunal espanyol, aquest dicta sentència, amb la decisió d'estimar el recurs parcialment. No hi ha cap canvi respecte a la validesa jurídica de la decisió empresarial d'extingir el contracte per la incorporació de la persona substituïda, la plaça de la qual era ocupada per la treballadora interina, subratllat ara, en el darrer contracte d'interinitat efectuat, i, per tant, no hi ha acomiadament improcedent. Per aquest motiu, no s'equipara l'«interí temporal» amb l'«indefinit no fix» respecte de la protecció contra l'extinció, excepte òbviament, i aquí no es dona aquest cas, segons el TSJ, que s'hagi vulnerat la normativa d'aplicació (art. 15 LET i RD 2720/1998), si bé sí que s'equipara a l'efecte que percebi la indemnització qualsevol treballador indefinit (ordinari o no fix, en el sector privat o públic) que vegi extingida la seva relació laboral per una causa objectiva a l'empara dels art. 51 o 52 c) LET.

L'argument central de la sentència es troba en el fonament jurídic segon, tot i que l'argumentació de la recurrent té una relació estreta amb la que s'ha mantingut per intentar justificar que s'havia operat una descausalització de la contractació interina i que, per això, ens trobàvem davant d'una contractació fraudulenta, de manera que la contractació temporal inicial havia esdevingut indefinida i s'hi havia produït un acomiadament improcedent.

Sense alteració dels fets provats, l'única qüestió que abordarà la Sala és tant la validesa de l'extinció com la conformitat a dret de l'extinció respecte a la no percepció de cap indemnització, tenint en compte únicament el darrer contracte, atès que l'anterior es va extingir gairebé un any abans i sense que la treballadora hagués fet cap acció en seu judicial contra aquesta decisió empresarial.

En aquest punt, la Sala transcriu àmpliament la sentència del TS de 17 de desembre de 2012, que va considerar el cessament del treballador interí conforme a dret «en un supòsit pràcticament idèntic relatiu al mateix Ministeri i la mateixa Direcció General i a una interinitat per substitució d'un alliberat sindical [...]». La Sala recolza sobre aquesta sentència la defensa de la validesa de l'extinció del contracte de la treballadora interina, recordant que l'art. 4.2 b) RD 2720/1998 disposa que la durada del contracte d'interinitat «serà la del temps que duri l'absència del treballador substituït amb dret a la reserva del lloc de treball». La dicció de la norma no deixa cap dubte sobre l'extinció quan la persona treballadora a la qual se substitueix ocupi «el lloc de treball», amb independència del temps que duri aquesta substitució, de manera que la concreció en els fets provats de la realitat o no d'aquesta ocupació és la que es converteix en determinant, com acabo d'explicar, perquè pugui acceptar-se la validesa de l'extinció contractual.

A partir del fonament de dret tercer la Sala formula la seva anàlisi crítica del marc normatiu actual, admetent amb encert que la no reincorporació de la treballadora substituïda per ocupar un càrrec sindical, podia implicar que el contracte «s'hagués prolongat en el temps fins a ocupar, potencialment, tota la seva vida laboral activa». Això portarà la Sala, a partir de la jurisprudència dictada pel TJUE en

l'assumpte ara enjudiciat, a reconèixer el dret de la treballadora interina a percebre una indemnització de 20 dies de salari per any de servei, és a dir, la que percep un treballador indefinit que veu extingit el seu contracte per causes objectives.

És a dir, la crítica de la Sala versa sobre l'«efecte pernicios» de la nostra legislació laboral reguladora de la contractació laboral temporal quan es duu a terme un «treball similar» i es té la mateixa antiguitat que un treballador indefinit (o sigui, contractat en la mateixa data, però a l'empara d'una modalitat contractual diferent). En tots dos casos (extinció d'un contracte temporal i extinció d'un contracte indefinit), segons el TSJ, hi ha una causa objectiva que porta a la finalització, i sempre sense dependre de la voluntat del treballador: en la primera, la reincorporació, sense que se sàpiga la data en què es produirà aquest fet, d'una persona substituïda que té reserva de lloc de treball; en la segona, l'existència d'una causa econòmica, tècnica, organitzativa o de producció, que porta l'empresa a adoptar la decisió extintiva d'una manera degudament acreditada. Però, mentre que a la primera no hi ha cap indemnització, en la segona sí que està prevista.

La conclusió d'aquesta identitat de causa objectiva amb diferent tractament indemnitzatori durà el TSJ a reconèixer el mateix tracte al personal treballador temporal interí que al personal l'indefinit; és a dir: a «reconèixer el dret a igual indemnització que la que correspondria a un treballador fix comparable si s'extingís el seu contracte per una altra causa objectiva», acollint la jurisprudència que estableix la sentència del TJUE. En suport de la seva argumentació, la Sala aporta també la CDFUE, l'art. 21 de la qual prohibeix qualsevol tipus de discriminació, després que l'article anterior reculli que «totes les persones són iguals davant de la llei».

A fi i efecte de salvar la inexistència d'acomiadament improcedent, com s'hauria hagut de declarar si s'hagués continuat tota la tramitació de l'extinció del contracte per causes objectives que preveuen els art. 52 i 53 LET, pel fet que la part ocupadora no va posar la indemnització a disposició del treballador en el moment que es va produir l'acomiadament, la Sala qualifica d'«absolutament excusable» la no aportació de la indemnització, «donats els termes de la norma nacional que el TJUE ha considerat que s'oposa a la norma europea aplicable». Per tot això, la treballadora veu extingit el seu contracte conforme a dret, però amb el reconeixement del seu dret a percebre una indemnització de 20 dies de salari per any de servei, computant l'antiguitat des de la data en què es va formalitzar el darrer contracte d'interinitat, el 17 d'agost del 2005.

En fi, i amb això acabo, la sentència equipara la indemnització dels treballadors interins a la dels treballadors indefinits, en compliment de la sentència del TJUE. D'això resulta que els treballadors que es troben en pitjor condició als efectes econòmics són els treballadors amb indemnització de 0 euros (els contractats mitjançant modalitats contractuals formatives) i els que perceben indemnitzacions de 12 dies de salari per any de servei (contractats per obra o servei o per necessitats de la producció). Però aquesta possible discriminació entre uns treballadors

temporals i els altres no la té en compte l'Acord marc de 1999, de manera que de ser la normativa interna espanyola la que l'esmeni. Mentre això no es produeixi, caldrà veure com reaccionen els òrgans judicials davant de demandes en aquest sentit.

4. Qüestió prejudicial plantejada pel TS el 25 d'octubre de 2017

El fet mateix de presentar la qüestió prejudicial vol dir que el TS demana al TJUE que es pronunciï sobre una qüestió litigiosa sobre la qual ja ha donat el seu parer amb anterioritat. Així doncs, és lògic (i encertat) pensar que es demana un pronunciament diferent de l'anterior, el de la sentència de 14 de setembre de 2016, assumpte C-596/14, coneguda pel nom de la que, primer, era demandant i, després, recurrent davant dels òrgans jurisdiccionals laborals espanyols, Ana de Diego Porras, i que va abordar el dret d'una treballadora interina a percebre una indemnització (que no preveia la normativa interna) en finalitzar el seu contracte per reincorporació de la persona substituïda.

El TS (Rec. 3970/2016) aposta per la recerca d'una resposta del TJUE a les seves preguntes que li permeti saber si, d'acord amb la normativa comunitària –la Directiva 1999/70/CE, que incorpora l'Acord marc subscrit entre els agents socials europeus sobre la contractació de durada determinada–, l'extinció d'un contracte d'interinitat ha de donar dret a una indemnització com la que perceben els que veuen extingit el seu contracte d'obra o servei o per necessitats de la producció, és a dir, de 12 dies de salari per any treballat.

El TS ha «reformulat» la qüestió prejudicial que va plantejar al seu dia el TSJ de Madrid, per tal d'aconseguir que el TJUE es pronunciï en un sentit diferent del d'aleshores, a partir d'una anàlisi jurídica de la problemàtica de la indemnització que s'ha de percebre en un supòsit de contractació temporal quan aquest contracte finalitza, que és sensiblement diferent del que va plantejar el TSJ madrileny i al qual el TJUE va respondre en uns termes que de llavors ençà han estat acollits per la major part dels jutjats i tribunals laborals: el dret a una indemnització de 20 dies per any per finalització de contracte d'interinitat.

En la interlocutòria, la Sala procedeix a exposar, en primer lloc, els raonaments jurídics que el porten a fer ús de la possibilitat que ofereix l'art. 104.2 del Reglament de procediment del TJUE. Comença per exposar quin és l'objecte del litigi principal i quins són els fets pertinents, sobre els quals fa alguna cosa més que una mera descripció, ja que li explica al TJUE que, òbviament al seu parer, cal aclarir o precisar alguns extrems del litigi plantejat en seu judicial, tocant-li per primer cop el costó, jurídicament, al TSJ madrileny en afirmar que aquests extrems que ara precisa el TS, i que són sens dubte determinants per al planteja-

ment jurídic d'aquestes qüestions prejudicials, no estaven «adequadament consignats en aquella qüestió prejudicial», una forma suau i educada de dir que el TJUE no va disposar de tota la informació correcta que hauria estat necessària per adoptar una decisió.

A continuació, la Sala procedeix a repassar quines són les disposicions nacionals pertinents en aquest litigi, totes les quals les recullen la LET i el RD 2720/1998, de 18 de desembre, pel qual es desenvolupa l'art. 15 LET en matèria de contractes de durada determinada.

Immediatament després, procedeix a exposar les raons que, al seu parer, «justifiquen la nova petició de decisió prejudicial», tenint en compte els pronunciaments existents que apliquen la clàusula 4.1 de l'Acord marc, referida al principi de no-discriminació.

D'una manera jurídicament impecable, encara que apuntant ja implícitament en tota l'argumentació que el TS no comparteix el plantejament del TSJ madrileny, la Sala manifesta que li correspon analitzar, per donar resposta al RCUD, «[...] en quina mesura la solució donada pel tribunal inferior –aplicant un precepte legal determinat a una situació que no està inclosa en el seu àmbit i en què, per contra, regeix una norma específica diferent– està justificada per la necessitat d'acomodar la resposta judicial a la interpretació que de la Directiva 1999/70 fa la STJUE de 14 de setembre de 2016 respecte a aquest mateix litigi».

Sense que sigui necessari, al meu parer, i encara menys quan es tracta de litigis dels quals han conegut jutjats i tribunals que coneixen perfectament la normativa aplicable i el valor jurídic de la doctrina judicial i d'allò que cal entendre per jurisprudència, el TS dona un cert cop d'autoritat, potser a fi i efecte de recordar quin és el valor jurídic, no jurisprudencial, de les resolucions dictades fins al present per jutjats i tribunals, en manifestar que s'ha de «posar en relleu» que la Sala Social «té atribuïda la competència d'unificar la interpretació i l'aplicació de l'ordenament jurídic laboral duta a terme per tots els òrgans judicials de l'Estat», i, semblant que vol remarcar allò que és ben sabut, que les seves decisions són «les úniques que tenen atribuïda el caràcter de jurisprudència, d'acord amb l'art. 1.6 del Codi civil».

Com a bon cap de família, el TS vol aconseguir que els seus fills i filles, els jutjats i tribunals superiors de justícia, l'obeeixin, i que amb la seva decisió, un cop la dicti, després de la resolució judicial que en el seu dia adopti el TJUE, tots «tornin a la cleda» i s'eviti la conflictivitat suscitada fins llavors amb la seva sentència de 14 de setembre de 2016, que va produir «interpretacions múltiples i dispars dels jutges de l'àmbit social espanyols en els nombrosos litigis en què està en joc la qüestió de l'extinció dels contractes temporals», i emfatitzant un cop més (cosa que, al meu parer, tampoc no era necessària i que sembla més aviat un toc d'atenció als òrgans jurisdiccionals inferiors perquè actuïn de manera coordinada) que és competència i responsabilitat del TS «el fet de dotar de la màxima uniformitat

interpretativa a la resposta judicial que s'ofereixi en una mateixa matèria en tot el territori nacional».

Certament, hi ha poques resolucions judicials de l'alt tribunal en què es trobin aquests tocs d'atenció tan clars i tan palesos als òrgans jurisdiccionals inferiors, que, al meu parer, tenen molta relació amb el plantejament diferent de moltes de les sentències dictades fins ara amb la tesi que emana de la qüestió prejudicial que tracto en aquest apartat.

D'altra banda, no és menys cert que la tesi que la conclusió «extreta» de la sentència del TJUE ha provocat «interpretacions múltiples i dispers», es podria suscitar també amb la nova resolució judicial. Tot i això, certament el TS ha fet un esforç jurídic encomiable, òbviament des del plantejament previ d'una tesi que no era la de la major part dels jutjats i tribunals que han dictat sentències sobre litigis en què està en joc el dret a una indemnització per l'acabament d'un contracte de durada determinada, perquè el TJUE li doni una resposta tan concreta com sigui possible sobre si els interins tenen dret a percebre una indemnització per l'acabament del contracte, i, en cas afirmatiu, si ha de ser la mateixa que per a la resta de contractes de durada determinada (i no la dels treballadors indefinits, ja que, segons la seva opinió, no hi ha possibilitat de comparació tal com requereix la clàusula 4.1 de l'Acord marc).

Com estava dient, la primera part dels raonaments jurídics es refereix a l'objecte del litigi principal i als fets pertinents, i remet al contingut de la interlocutòria del TSJ madrileny, amb bon criteri respecte a les «circumstàncies essencials» del litigi, per afegir-hi immediatament, ara ja de la seva collita, dues consideracions totalment subjectives i que certament troben suport en la pluralitat de criteris utilitzats en seu judicial interna per resoldre els problemes suscitats, com és ara que la sentència del TJUE planteja «problemes interpretatius i d'aplicació», que no apareixen en abstracte, sinó que cal posar-los en relació amb la sentència del TSJ de Madrid, o dit amb més exactitud, «amb la solució a què, amb posterioritat a aquesta, ha arribat l'òrgan judicial remitent d'aquella qüestió prejudicial».

La remissió en la seva integritat als fets que recull la interlocutòria del TSJ madrileny queda posada en dubte per allò que el TS qualifica de clarificació o precisió d'alguns extrems del litigi que, des del seu punt de vista, no es van «consignar adequadament» en la qüestió prejudicial. En gran manera, em sembla que el TS està fent, per dir-ho en termes processals, una modificació dels fets provats, que seria, en definitiva, allò que intenta la part recurrent en un recurs de suplicació o de casació a l'empara de les possibilitats que ofereixen els art. 193 c) i 207 d) LRJS.

El nou, o reconstruït, relat dels fets «no prou precisats» es pot llegir en el raonament jurídic 1: «A) l'actora impugnava l'extinció del seu contracte sostenint que, atès que havia de considerar-se com a treballadora indefinida –per frau en la contractació temporal–, aquesta extinció constituïa un acomiadament contrari a dret (apt. 18 de la STJUE). B) La conseqüència pretesa per la demandant era que l'òr-

gan judicial declarés com a l'acomiadament improcedent el que, d'acord amb l'art. 56.1 de la Llei de l'Estatut dels treballadors (ET) –aprovat mitjançant el Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març–, havia d'implicar la condemna a l'empresa a “op-
tar entre la readmissió de la treballadora o l'abonament d'una indemnització equi-
valent a 33 dies de salari per any de servei [...]” (apt. 19 de la STJUE)». També
destaca que el TSJ va acceptar en la seva sentència que la treballadora interina va
realitzar «funcions diferents de la treballadora substituïda», sense que això tingués
importància a l'hora de valorar si l'extinció era conforme a dret.

És en el número 5 on la interlocutòria del TS exposa que la sentència del TSJ
falla en el sentit que «cal aplicar per analogia el règim legal dels acomiadaments
objectius de l'art. 52 ET, ja que “s'evidencia la necessitat productiva d'extingir una
relació laboral”, tenint en compte, a més, que existeix discriminació en el diferent
règim d'indemnització que l'ordenament espanyol confereix a l'extinció per la con-
currencia de la circumstància de finalització del contracte temporal (art. 49.1 c)
ET) respecte de l'extinció per concurrencia de les causes econòmiques, tècniques,
organitzatives o de producció (art. 52 ET)». Per al TS, el TSJ resol en el sentit in-
dicat perquè considera que un contracte temporal, extingit perquè es compleix la
clàusula prevista per a la seva extinció, ha de ser indemnitzat, i que aquesta tesi,
diu el TS en referir-se a la sentència del TSJ, «és el que es desprèn» de la sentèn-
cia del TJUE. Aquesta és la solució que el TS examinarà per saber si la interpreta-
ció de la Directiva 1999/70/CE està «justificada o no» i, en definitiva, per saber si,
a partir de les qüestions prejudicials plantejades, és la més encertada per donar
resposta a una qüestió com la del possible dret d'una treballadora temporal interina
a percebre una indemnització (que no està prevista legalment) a la finalització
del contracte.

El raonament jurídic segon inclou l'obligada referència de la normativa interna
aplicable al supòsit litigiós (art. 15.1, 3 i 5; art. 49 i 51 a 56 LET).

L'aspecte central, el jurídicament més rellevant, de la interlocutòria del TS, i en
el qual es desenvolupa un esforç jurídic encomiable –òbviament des de la
perspectiva de la solució del cas plantejat que es considera més ajustada a dret–
per fonamentar la tesi exposada i que portarà a formular unes qüestions prejudi-
cials completament diferents i diferenciades de les del TSJ madrileny, es troba en
el raonament jurídic tercer, els dos primers apartats del qual justifiquen la raó de
presentar una qüestió prejudicial nova (o reformulada) sobre un assumpte sobre el
qual el TJUE ja es va pronunciar en la sentència de 14 de setembre de 2016.

El TS entén que està obligat per l'art. 267, paràgraf 3 TFUE a presentar la qües-
tió prejudicial, i ho fa perquè se li presenten alguna cosa més que dubtes. Això es
fa clar i palès d'una manera meridiana en l'argumentació posterior, sobre la reso-
lució a què va arribar el TJUE en la sentència de 14 de setembre de 2016 que ja
ha estat esmentada moltes vegades, o més exactament sobre l'element de com-
paració que cal prendre en consideració per poder apreciar una diferència de trac-

te no justificada, i, per tant, discriminatòria, entre els treballadors temporals i els indefinits a l'efecte de fixar la (hipotètica, en el cas dels contractes d'interinitat) quantia de la indemnització.

Per seguir l'argument de la Sala, si no hi ha dubtes (en aquest punt coincideixo amb les tesis del TSJ i del TS) que les funcions i els requisits exigits per a l'exercici de les tasques de la treballadora interina permanent, la Sra. Ana de Diego Porras, eren perfectament comparables amb les d'un treballador fix en el si de l'Administració demandada, «la qüestió que esdevé complexa –i sobre la qual es produeixen grans dificultats de comprensió», afirma el TS, es refereix a «la fixació de quin ha de ser l'element de comparació per determinar l'import de la indemnització per extinció del contracte quan aquesta extinció es produeix pel compliment de la finalitat del contracte temporal (reincorporació de la treballadora substituïda)».

A partir d'aquí, la Sala desenvolupa una argumentació el fil conductor de la qual ja es podia percebre clarament en els articles d'un sector qualificat de la doctrina laboralista, des dels primers comentaris de la sentència, com és ara la impossibilitat de comparar treballadors fixos i treballadors temporals interins a l'efecte de fixar la hipotètica quantia de la indemnització per als segons en cas d'extinció dels seus contractes, «perquè el treballador fix que durant la pervivència de la relació complia els mateixos requisits no va veure mai extingit el contracte per aquesta causa» (és a dir, pel fet es complís la causa que permet l'extinció del contracte, en aquest cas la reincorporació de la persona substituïda).

Novament surt a la palestra el debat sobre si és comparable o no l'extinció d'un tipus de contractes i de l'altre, respecte del qual la interlocutòria acull la tesi del sector doctrinal que defensa la impossibilitat de la comparació pel que fa a la fixació de la indemnització, amb independència que tots dos tinguin les mateixes funcions i reuneixin les mateixes condicions per a l'exercici de l'activitat en el cas enjudiciat, i la raó d'aquesta impossibilitat de comparació rau en el fet que als treballadors fixos «no se'ls extingeix el contracte per l'arribada d'un terme o el compliment d'una condició».

La interlocutòria reitera els arguments ben exposats en seu doctrinal sobre, ara sí, l'aplicació de la mateixa indemnització a treballadors temporals i indefinits quan el contracte, sigui quina en sigui la durada, s'extingeixi per una causa objectiva que l'art. 52 c) LET tipifiqui, i recolza el seu raonament en les al·legacions formulades per la Comissió Europea en ocasió de la qüestió prejudicial que al seu dia va plantejar el TSJ de Madrid, en què afirmava que «La situació comparable es donaria si la resolució del contracte temporal es produís abans que es donés l'esdeveniment que determina el contracte, cas en el qual, haurien de tenir dret a la mateixa indemnització que es reconegui als indefinits».

Per això, un cop acceptat que la indemnització pot ser la mateixa en una extinció per causa objectiva, com també l'afirmació que mai no es pot donar la comparació entre els treballadors fixos i els temporals respecte a les causes d'extinció del

contracte d'aquests darrers per compliment de la causa que preveu el contracte, perquè aquest supòsit no es dona en la contractació indefinida, el TS manifesta que per arribar a resoldre aquest complicat embolic jurídic –aquesta afirmació és meva, i no del TS– cal «desentranyar el significat de la premissa que conté l'apt. 21 de la STJUE de 14 setembre 2016, atès que a aquest Tribunal Suprem li resulta difícil d'apreciar la diferència de tracte a què sembla referir-se aquest apartat».

Recordem que en aquest apartat 21 es pot llegir que «Tot i això, el tribunal remitent es pregunta si la Sra. Ana de Diego Porras té dret a reclamar el pagament d'una indemnització per la finalització del seu contracte. En efecte, en dret espanyol hi ha una diferència de tracte en les condicions de treball entre els treballadors fixos i els treballadors amb contracte de durada determinada, en la mesura que la indemnització abonada en cas d'extinció legal del contracte és de 20 dies de salari per any treballat en el cas dels primers, mentre que s'eleva a només 12 dies de salari per any treballat per als segons. Aquesta desigualtat és encara més evident pel que fa als treballadors amb contracte d'interinitat, als quals la normativa nacional no reconeix cap indemnització quan el contracte s'acaba d'acord amb la normativa». Bé, no crec en absolut que sigui difícil d'entendre el plantejament de la qüestió prejudicial i de la tesi del TSJ madrileny, sinó que simplement, són diferents dels que defensa el TS, amb una altra argumentació; que aquesta argumentació sigui més precisa o incorri en alguna confusió jurídica ja és una altra qüestió.

La interlocutòria del TS va desgranant la seva argumentació d'una manera molt acurada, jurídicament parlant, aportant la seva interpretació pròpia respecte a com pot llegir-se la sentència de 14 de setembre de 2016, que no és una altra que la de l'existència d'una «única i idèntica indemnització» per a tot tipus de contracte, sense tenir-ne en compte la durada ni la naturalesa de la causa d'extinció (certament, no crec que la tesi del TJUE sigui aquesta, i encara menys quan alguns contractes temporals, com els formatius, al meu parer, no tindrien cabuda en aquesta hipòtesi), de manera que no seria important el fet que l'extinció es produeixi per decisió empresarial (contractació temporal o indefinida) o perquè es compleix la causa pactada en el contracte temporal.

En aquest punt, el TS torna a plantejar de nou els seus dubtes, ara sobre la conclusió assolida en la segona decisió de la sentència del TJUE, en què es pot llegir que «La clàusula 4 de l'Acord marc sobre el treball de durada determinada, que figura en l'annex de la Directiva 1999/70, s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una normativa nacional, com la controvertida en el litigi principal, que denega qualsevol indemnització per finalització de contracte al treballador amb contracte d'interinitat, mentre que permet es concedeixi aquesta indemnització, en particular, als treballadors fixos comparables. El sol fet que aquest treballador hagi prestat els seus serveis en virtut d'un contracte d'interinitat no pot constituir una raó objectiva que permeti justificar la negativa que aquest treballador tingui dret a la indemnització esmentada». Dubtes que se li susciten al TS, certament, a partir

del seu plantejament anterior sobre el dret a la percepció de la mateixa indemnització en uns casos i a la impossibilitat de comparació amb relació al fet de fixar una possible indemnització en d'altres. I dubtes que manté en analitzar l'argumentació jurídica en general de la sentència del TJUE, de la qual s'extreu la tesi, més exactament de la literalitat de la decisió enunciativa més amunt, que «permet arribar al resultat que el treballador amb contracte d'interinitat hauria de percebre 20 dies d'indemnització per any tant si el seu contracte s'extingeix per finalització (reincorporació del treballador substituït) com si, abans d'aquesta finalització, s'extingeix, per exemple, per una decisió de l'empresa justificada en la concurrència de causes econòmiques».

Tesi que ha estat acollida per gran part de les sentències dels TSJ i de JS, si bé amb àmplies referències a l'aplicació del principi general comunitari de no-discriminació i a l'obligació imposada per l'art. 4 bis 1 LOPJ (en la redacció de la Llei 7/2015, de 21 de juliol) d'aplicar el dret de la Unió Europea d'acord amb la jurisprudència del TJUE. El fet que la Sala es preocupa perquè aquesta sigui la tesi prevalent, es fa palès amb total claredat, des d'una perspectiva no només jurídica sinó també social, en el primer paràgraf de l'apartat 4, quan posa de manifest que tots els contractes temporals, incloent-hi, doncs, els que actualment tenen una indemnització inferior, haurien de veure la indemnització equiparada a la dels treballadors indefinits quan el seu contracte queda extingit per causes objectives, encara que algunes de les causes extintives «afectin de manera exclusiva la contractació temporal».

És insistent, cosa comprensible atès que es tracta de l'argument fonamental que conté la interlocutòria, la tesi de la impossibilitat de comparació entre l'acabament de contractes temporals (interins, en el cas enjudiciat) i indefinits, mentre que sí que cal plantejar-se, i aquest és un debat que també es va suscitar des dels primers comentaris de la jurisprudència del TJUE i que també el van acollir algunes sentències que apliquen la igualtat d'indemnitzacions entre contractes temporals, si està justificada la diferència entre unes modalitats (contractes per obra o servei i contractes eventuais per necessitats de la producció) i altres (contractes d'interinitat, de releu, formatius).

Per aquest motiu, defensant la impossibilitat de la comparació i, per tant, posant «de cap per avall» la tesi jurídica de la qüestió prejudicial del TSJ i la resposta donada pel TJUE per respondre, com li corresponia en estricta puritat jurídica, a les qüestions prejudicials plantejades, el TS formula, o reformula, la qüestió prejudicial plantejant-se si té cabuda el dret a una indemnització en un cas com el que analitzem (que no el recull la normativa interna, però al qual se li podria aplicar la Directiva 1999/70/CE) i, en cas afirmatiu, si hauria de ser o s'hauria d'establir «de manera anàloga a la que el mateix ordenament estableix per a les altres causes d'extinció de contractes de treball». Aquesta formulació la recull el primer paràgraf de l'apartat 6 i, a causa de la literalitat dels termes emprats, la seva lectura suscita

dubtes si es referia només a les causes d'extinció dels contractes de durada determinada, o no. Dubtes que s'esvaeixen en llegir el contingut de la primera qüestió prejudicial plantejada, en la qual el TS demana al TJUE que l'orienti o li aclareixi si la clàusula general de no-discriminació que recull l'apartat 4.1 s'oposa a una normativa com la nacional espanyola, que no estableix cap indemnització per a una determinada modalitat contractual temporal i sí que l'estableix en d'altres de regulades pel mateix ordenament jurídic. Veurem a continuació que el TS té algunes reticències respecte al fet que es percebi una indemnització en contractes d'interinitat, no vinculats al debat sobre l'existència o no de discriminació entre unes modalitats contractuales i altres, sinó perquè l'extinció no comporta, quan es produeix la reincorporació del treballador substituït, la pèrdua d'un lloc de treball o d'un contracte, cosa que sí que passa en altres modalitats contractuales.

Un cop rebutjat el criteri de comparació entre personal treballador fix i personal indefinit, ara ja toca reformular, clarificar, plantejar, la nova qüestió prejudicial que situa el TS, intel·ligentment des de la seva perspectiva dogmàtica, en la clàusula 5 de l'Acord marc, és a dir, en la regulació que han d'establir els estats membres per evitar l'abús de la contractació determinada, de tal manera que deriva l'assumpte litigiós al de la hipotètica discriminació entre treballadors amb diferents contractes de durada determinada.

Si hem ens guiem pel tenor literal del text de la interlocutòria, sembla que la segona i la tercera qüestions prejudicials plantejades siguin menys importants que la primera plantejada, o que en siguin complementàries. Aquella primera qüestió posa l'accent en «la relació entre l'objecte del plet i la clàusula 4 de l'Acord marc», però, sincerament, no em sembla que tinguin la més mínima importància, perquè el que pretén la Sala és que el TJUE li digui, en primer lloc, si és aplicable la clàusula 4.1 (i amb la seva argumentació hi aposta decididament en sentit negatiu) i, a continuació, com a conseqüència directa de la resposta (negativa) a la primera pregunta, si està justificada o no la diferència entre unes modalitats contractuales i altres, sempre de durada determinada, sobre la percepció, o no, d'una indemnització, i, si no estigués justificada, quina hauria de ser llavors la quantia de la indemnització (sembla que no hi hauria d'haver dubtes que seria la de 12 dies, atès que no s'ha plantejat que es pogués aplicar l'existent per als contractes indefinits extingits per causes objectives). Per dir-ho amb les paraules de la interlocutòria, que recull el paràgraf segon de l'apartat 1 de l'epígraf B, per a la Sala «[...] el dilema no sorgiria d'una diferència de tracte amb relació als treballadors indefinits, sinó en l'eventualitat que la llei nacional hagués adoptat una mesura per evitar o sancionar l'ús de contractes de durada determinada i n'hagués exclòs els treballadors interins».

En aquest punt, la Sala procedeix a efectuar un breu repàs del contingut de la clàusula 5 de l'Acord marc, i de la normativa espanyola que regula la indemnització per acabament de contractes en algunes modalitats contractuales de durada

determinada, i es pregunta si amb això n'hi hauria prou, juntament amb la presumpció del caràcter indefinit dels contractes celebrats en frau de llei, per donar resposta satisfactòria a les obligacions imposades als estats membres per aquesta clàusula, i recorda l'ampli marge d'autonomia de què disposen els estats membres per incorporar al seu ordenament jurídic les disposicions d'una directiva com aquesta, però hi afegeix, amb un recull extens de jurisprudència comunitària en aquest sentit, que les modalitats «no han de ser menys favorables que les aplicables a situacions similars de caràcter intern –principi d'equivalència– [...]».

Arribats a aquest punt, l'alt tribunal planteja els seus dubtes sobre si és conforme a la normativa comunitària que s'exclouï del contracte d'interinitat el dret que els treballadors que l'hagin subscrit percebin una indemnització a la seva finalització, fins i tot encara que es tracti d'un sol contracte, i no de l'acumulació de dos o més de successius, com planteja la clàusula 5.

Sobre les diferències entre unes modalitats contractuals de durada determinada i les altres, la Sala repara, amb tota probabilitat per intentar reforçar la seva tesi defensada en l'epígraf A i que l'ha portat a plantejar la primera qüestió prejudicial, en el fet que el TJUE afirma en la sentència de 14 de setembre de 2016 que les diferències de tracte que pugui haver-hi entre uns contractes i els altres no tenen cabuda, perquè no hi estan incloses, en l'àmbit d'aplicació de la clàusula 4.1, «però ho fa», assenyala la Sala, «per excloure que sigui aplicable el principi de no-discriminació de la clàusula 4 esmentada».

Per això, el TS es pregunta si es pot mantenir una diferència de tracte, pel que fa a la indemnització, entre diferents modalitats contractuals temporals, i si l'ordenament jurídic nacional compleix els requisits que requereix la clàusula 5 per prevenir els abusos en la contractació de durada determinada, malgrat que em penso que aposta implícitament per negar la viabilitat d'aquesta distinció, atès que posa de manifest que la diferència entre diverses categories de personal en aquest sentit, com són el laboral i l'estatutari, va ser rebutjada en una altra sentència dictada el mateix dia i que acumulava els assumptes C-184/15 i C-197/15. Per donar més arguments (o plantejar més dubtes?) al TJUE, el TS subratlla que no es produeix una pèrdua d'ocupació en el cas d'un interí que cessa per la reincorporació de la persona substituïda, i sí que es produeix en altres modalitats contractuals en què es reconeix legalment el dret a la indemnització. Però personalment no crec que el TJUE ho prengui en consideració, perquè el que constitueix el nucli dur del debat és el dret o no a la percepció d'una indemnització per tal que no es tracti en una condició pitjor, injustificadament, uns treballadors respecte d'altres, i no si es manté o no es manté un lloc de treball (objectiu lloable de política d'ocupació, certament, enfocat ara l'assumpte des d'una altra perspectiva jurídica).

En definitiva, i abans de donar compte degudament de les qüestions prejudicials segona i tercera, el TS planteja el dubte de si es pot tractar d'una manera diferent una modalitat contractual com és la de la interinitat que d'altres per a les quals

sí que es preveu una indemnització «encara que no s'hagi produït un ús excessiu (de la contractació temporal)», en tant que el contracte d'interinitat «té una durada delimitada en el temps, però incerta i no per defecte, subjecta al temps que duri el manteniment de la situació en que es trobi el treballador substituït».

Es tracta, al meu parer, i així he pretès que quedi clar en la meua exposició, d'una argumentació molt acurada en el terreny jurídic i que s'alinea, de manera clara i indubtable, amb una part de la doctrina, amb el sector majoritari del grup d'experts nomenat pel llavors Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social, i una línia minoritària judicial en aquell moment, que considera impossible poder comparar, perquè no hi ha un punt de comparació, les causes d'extinció dels contractes temporals i les dels indefinits, atès que els primers estan regulats per l'arribada d'un terme o el compliment d'una condició, cosa que no es pot donar en els segons. I a partir d'aquí, s'intenta que el TJUE es pronunciï sobre si tenen dret a indemnització els contractes, com el d'interinitat, per als quals l'actual regulació espanyola no recull aquest dret i, en cas afirmatiu, quin ha de ser.

5. Sentències del TJUE de 5 de juny de 2018 (assumpes C-677/16 i 574/16)

El juny de 2019 hi havia molta expectació en el món laboralista, perquè era sabut que en aquesta data es farien públiques dues sentències dictades per la Gran Sala del TJUE que havien de donar resposta a dues qüestions prejudicials plantejades des d'Espanya el 2016, poc després de les sentències dictades pel TJUE el 14 de setembre d'aquest any i, molt especialment, la coneguda com a cas Ana de Diego Porras. Es tractava, concretament, de la plantejada per interlocutòria de la Sala Social del TSJ de Galícia de 2 de novembre de 2016 i per interlocutòria del JS núm. 33 de Madrid de 21 de desembre de 2016.

Volem subratllar els continguts més rellevant de totes dues, que, en realitat, és un de sol, ja que la redacció de la fonamentació jurídica és pràcticament idèntica, llevat de les referències específiques a cada cas concret, atès que la sentència Lucía Montero Mateos tracta d'un contracte d'interinitat, mentre que la del Grupo Norte Facility tracta d'un contracte de relleu. La primera, sobre una modalitat contractual de durada determinada i que en més d'una i de dues ocasions ha esdevingut «inusualment llarga» per als que hi estaven acollits en les administracions públiques; la segona, sobre una altra modalitat contractual que l'art. 12 LET possibilita que sigui tant de durada determinada com indefinida, tot i que la preferència empresarial tendeix majoritàriament cap a la primera opció.

Com dues gotes d'aigua. En efecte, la dicció dels apartats 40 a 63 de la sentència del contracte d'interinitat i els apartats 36 a 60 de la dedicada al contracte de relleu és idèntica, amb l'única diferència relativa al nom de les persones treba-

lladores i de les empreses afectades i la modalitat contractual en joc pel que fa a l'extinció i les causes que l'han motivada. Només hi ha una diferència substancial entre totes dues, i ha provocat molts comentaris i moltes suposicions sobre la seva importància futura, com és l'apartat 64 de la sentència Lucía Montero Mateos, sobre els possibles efectes jurídics que pugui atribuir l'òrgan jurisdiccional nacional a contractacions interines inusualment llargues o faltes de previsibilitat pel que fa a la seva extinció.

Quines són les línies mestres d'aquestes dues sentències? Una primera, i extensa, part està dedicada a recordar allò que ja ha estat plasmat en la jurisprudència consolidada del TJUE, però ni de bon tros no deixa de ser important recordar el següent:

Que l'Acord marc, i concretament la seva clàusula 4, «té per objecte l'aplicació d'aquest principi als treballadors amb contracte de durada determinada amb la finalitat d'impedir que una relació laboral d'aquesta naturalesa sigui utilitzada per un empresari per privar aquests treballadors de drets reconeguts als treballadors amb contracte de durada indefinida», i que aquesta clàusula «s'ha d'entendre en el sentit que expressa un principi de dret social de la Unió que no pot ser interpretat de manera restrictiva».

Que la concessió d'una indemnització per part de l'empresari a causa de l'extinció d'un contracte de treball està inclosa en el concepte de «condicions de treball», en el sentit de la clàusula 4.1 de l'Acord marc, ja que «el criteri decisiu per determinar si una mesura està inclosa en aquest concepte és precisament el de l'ocupació, és a dir, la relació laboral entre un treballador i el seu empresari», de manera que una interpretació d'aquest precepte que exclogui els requisits de finalització d'un contracte de durada determinada de la definició d'aquest concepte «equivaldria a reduir, en detriment de l'objectiu d'aquesta disposició, l'àmbit d'aplicació de la protecció concedida als treballadors temporals contra les discriminacions», sent aquestes considerades íntegrament aplicables «a la indemnització concedida al treballador per raó de la finalització del contracte de treball que el vincula al seu cap, ja que s'abona a causa de la relació laboral que s'ha establert entre ells».

Que el principi de no-discriminació «exigeix que no es tractin de manera diferent situacions comparables i que no es tractin de manera idèntica situacions diferents, tret que aquest tracte estigui objectivament justificat», i és aplicable mitjançant l'Acord marc «únicament pel que fa a les diferències de tracte entre treballadors amb contracte de durada determinada i treballadors amb contractes per temps indefinit que es trobin en una situació comparable».

Que per apreciar si les persones de què es tracta exerceixen un treball idèntic o similar, en el sentit de l'Acord marc, «cal comprovar si, en virtut de les clàusules 3, apartat 2, i 4, apartat 1, d'aquest, tenint en compte un conjunt de factors, com la naturalesa de la feina, els requisits de formació i les condicions laborals, es pot

considerar que aquestes persones estan en una situació comparable», i aquest esbrinament i aquesta determinació corresponen a l'òrgan jurisdiccional nacional que remet la qüestió prejudicial plantejada. En tots dos casos, i a partir de la informació disponible el TJUE constata, apart del que pugui dictaminar en la seva sentència l'òrgan jurisdiccional nacional, que la situació de les persones treballadores amb contractes de durada determinada (d'interinitat i de relleu) era comparable segons el TJUE «a la d'un treballador fix contractat per l'agència per exercir les mateixes funcions d'auxiliar d'hostaleria en una residència de gent gran» (sentència del contracte d'interinitat), i «la d'un treballador fix contractat per Grupo Norte per exercir les mateixes funcions de peó de neteja» (sentència del contracte de relleu).

Ens anem apropant al nucli dur de la sentència, que és el canvi de doctrina, sense cap justificació, respecte a la que estableix la Sala Desena en l'assumpte Ana de Diego Porras, que s'inicia amb la pregunta obligada que el TJUE ha de fer-se entorn de si hi ha una raó objectiva que justifiqui la diferència en l'abonament d'una indemnització, o no, quan estem davant d'un contracte de durada determinada, pel que fa al dret que sí que té un treballador amb contracte indefinit quan el seu contracte s'extingeix per causes objectives tipificades per l'art. 52 LET. El TJUE acudeix de nou a la seva jurisprudència consolidada per recordar-nos que el concepte de «raons objectives», en el sentit de la clàusula 4.1 de l'Acord marc, «no permet justificar una diferència de tracte entre treballadors amb contracte de durada determinada i treballadors fixos pel fet que aquella estigui prevista per una norma general o abstracta, com una llei o un conveni col·lectiu», i que aquest concepte requereix que la desigualtat de tracte observada «estigui justificada per l'existència d'elements precisos i concrets, que caracteritzen la condició de treball de què es tracta, en el context específic en què s'emmarca i d'acord amb criteris objectius i transparents, per tal de verificar si aquesta desigualtat respon a una necessitat autèntica, si permet assolir l'objectiu perseguit i si resulta indispensable a aquest efecte», i aquests elements poden tenir l'origen, en particular, «en la naturalesa especial de les tasques per realitzar les quals se subscriuen els contractes de durada determinada i en les característiques inherents a aquestes tasques o, eventualment, en la persecució d'un objectiu legítim de política social per part d'un Estat membre».

A partir d'aquí, i donant un gir copernicà sobre les tesis que defensa la sentència Ana de Diego Porras, el TJUE fa seva la tesi del Govern espanyol i de l'advocada general respecte a les diferències que hi ha entre l'extinció de tots dos contractes temporals i la que s'hagués produït si es tractés d'un contracte de treball indefinit per causes objectives, ja que els que han estat contractats a l'empara d'una modalitat contractual de durada determinada, i d'acord amb el que preveu la normativa que sigui d'aplicació a cada modalitat, «coneixen, des del moment de la formalització, la data o l'esdeveniment que en determinen l'acabament. Aquest acabament limita la durada de la relació laboral, sense que les parts hagin

de manifestar la seva voluntat respecte a aquest fet després de la conclusió del contracte esmentat», mentre que això no passa quan es tracta d'un contracte indefinit (no m'agrada el terme «fix» que utilitza el TJUE, perquè el considero més vinculat a l'ocupació en les administracions públiques, si bé és cert que també s'utilitza en alguna ocasió en la nostra normativa laboral), i quan es produeix l'extinció per causes objectives es tracta d'«un canvi radical en el desenvolupament normal del relació laboral» (bé, tota extinció és un canvi, i que sigui més o menys radical segons el tipus de contracte potser es pot justificar des de la perspectiva jurídica, però, per descomptat, també ho és per a qualsevol persona treballadora que viu, en el sentit més literal de la paraula, condicionada per la durada del seu contracte i per les possibles renovacions, modificacions o conversions que puguin produir-se, o almenys aquest és el meu punt de vista).

I sense més dilacions, el TJUE acull les tesis del Govern espanyol i de l'advocada general respecte a la justificació de la causa objectiva que justifica la diferència de tracte econòmic a la finalització de cada contracte, ja que la indemnització que estableix l'art. 53 LET es preveu «[...] precisament per tal de compensar el caràcter imprevist de la ruptura de la relació de treball per una causa d'aquesta índole, i, per tant, la frustració de les expectatives legítimes que el treballador podria albergar, en la data en què es produeix la ruptura, pel que fa a l'estabilitat d'aquesta relació». Aquest «objectiu específic», el de compensar la «frustració del treballador indefinit que no esperava ser acomiadat» és el que justifica per al TJUE la diferència de tracte, ja que el treballador temporal, fora de perill dels casos que hem exposat abans, «no estarà frustrat» per la finalització del seu contracte. A partir d'ara, permetin-me la llicència, ¿es podrà considerar que el grau més o menys alt de frustració de la persona treballadora, vinculada, sembla, a la durada certa o incerta del seu contracte, esdevindrà una condició *sine qua non*, una causa o raó objectiva, que justifiqui la distinció?

La polèmica s'ha plantejat sobre l'afirmació que contenen l'apartat 62 de la sentència del contracte Lucía Montero Mateos i (en termes idèntics) l'apartat 59 de la sentència Grupo Norte Facility, en què es diu textualment que «En aquest últim supòsit, el dret espanyol no opera cap diferència de tracte entre treballadors amb contracte temporal i treballadors fixos comparables, ja que l'art. 53, apartat 1, lletra b), de l'Estatut dels treballadors estableix l'abonament d'una indemnització legal equivalent a vint dies de salari per any de servei en favor del treballador, amb independència de la durada determinada o indefinida del seu contracte de treball».

Cal observar que el primer incís de l'apartat fa esment «a l'últim supòsit», que és el que recull l'apartat 61 (o 58), concretament, al meu parer, l'extinció d'un contracte per causes no previstes inicialment, ja fos temporal o indefinit, per la qual cosa, com que es tracta en ambdós casos d'una extinció «imprevista» ha de ser procedent l'abonament de la mateixa indemnització de 20 dies de salari per any treballat i un màxim de 12 mensualitats. La polèmica suscitada versa més aviat,

des del meu punt de vista, sobre l'extinció dels contractes, ja siguin temporals o indefinits, quan finalitza la contracta, i en aquest cas la quantia de la indemnització és diferent segons la modalitat contractual, la qual cosa ha merescut la presentació de qüestions prejudicials davant del TJUE perquè resolgui si s'està vulnerant el principi de no-discriminació.

Ara bé, l'acceptació de la tesi del Govern espanyol i de la defensada per l'advocada general porta a deixar en l'oblit jurídic la segona part de les conclusions d'aquesta darrera en l'assumpte del contracte d'interinitat, per al supòsit que el TJUE no hagués acceptat la primera, en què va abordar les possibles causes de justificació de la diferència de tracte, i, en el litigi relatiu al contracte de relleu, sobre la qüestió anterior i també sobre l'aplicació del principi general d'igualtat de tracte.

En l'assumpte relatiu al contracte d'interinitat hi ha una dada rellevant, com és ara el fet que versa sobre una relació laboral en el sector públic, i per això cal aturar-se, per tal de resoldre si s'han de prendre en consideració, i com, dos aspectes de rellevància: d'una banda, les «consideracions d'índole pressupostària», i d'una altra «els principis del dret de la funció pública dels estats membres». Pel que fa al primer, d'una importància pràctica real durant tots els anys de crisi econòmica viscuts i que han deixat la seva empremta en les restriccions pressupostàries i les no convocatòries de places durant molts anys, l'advocada general fa seva, amb encert, al meu parer, la doctrina del TJUE segons la qual no es pot considerar com una causa objectiva cosa que justifica «pel sol fet que una normativa més generosa suposaria una càrrega excessiva per a les finances públiques», ja que «[...] les simples consideracions d'índole pressupostària, encara que puguin ser el motiu de les opcions de política social d'un Estat membre i influir sobre la naturalesa o l'abast d'aquestes opcions, no poden servir, per si soles, per justificar una discriminació».

¿I què es pot dir dels sempre importants principis generals de dret de la funció pública, com ara el de superar unes determinades proves o procés selectiu per poder accedir, ja sigui a la condició funcionarial, ja sigui a la de contractat fix, present en la major part d'ordenaments nacionals? No han de qüestionar-se certament, però en el cas que ens ocupa no sembla que hi puguin afectar, ja que allò que es discuteix no és la forma d'accés, sinó les conseqüències econòmiques d'una indemnització, de manera que, un cop desestimada la tesi de les consideracions d'índole pressupostària, i sempre, recorda l'advocada general com fa també sempre el TJUE, sense perjudici de l'examen que faci l'òrgan jurisdiccional remitent més en profunditat, «no hi ha res que indiqui en aquest assumpte que, per aplicar principis del dret de la funció pública, pugui ser necessari configurar el règim legal en matèria d'indemnització de manera menys favorable en cas de l'acabament d'un contracte temporal en el sector públic que en cas d'un acord d'extinció de l'ocupador per causes objectives».

En definitiva, l'acceptació, que no s'ha produït, de la comparació de les situacions jurídiques viscudes pels treballadors temporals i els indefinits hagués menat, llavors, a no apreciar «justificació objectiva per a les diferents indemnitzacions a les quals es té dret en virtut de la llei».

Torno a la sentència en l'assumpte Lucía Montero Mateos, perquè és la que ha merescut més atenció per les possibilitats que n'ofereix un apartat de poder millorar la situació jurídica dels treballadors temporals que no tenen previsió d'extinció de la seva relació laboral, o bé que es troben ja fa molts anys en aquesta situació, que, fixeuvos-hi bé, no és el mateix que el debat sobre l'existència o no d'una indemnització, i, si escau, de quina quantia.

Aquesta atenció especial, i que trasllada de moment a l'òrgan jurisdiccional nacional la responsabilitat de decidir sobre la reconversió o la reclassificació d'un contractat temporal en indefinit, és la que ha merescut l'apartat 64, en el qual s'afirma, i a partir de les dades fàctiques disponibles és una obvietat, que la Sra. Lucía Montero Mateos «no podia conèixer, en el moment en què es va cloure el seu contracte d'interinitat, la data exacta en què es proveiria amb caràcter definitiu el lloc que ocupava en virtut d'aquest contracte, ni saber que el contracte tindria una durada inusualment llarga» (i no és menys cert, pregunto, que molts treballadors i treballadores poden trobar-se en idèntica situació?), encara que sí que sabia certament, perquè així ho disposa la normativa vigent aplicable ho disposa així, que el contracte arribaria a la seva fi «amb motiu de la desaparició de la causa que n'havia justificat la formalització» (i novament em pregunto, no estem davant d'un cas, si no completament idèntic, sí molt semblant al de la Sra. Ana de Diego Porras? I si és així, quina raó hi hauria per al canvi de doctrina? Preguntes retòriques, perquè ja hi coneixem les respostes, però que no vull deixar de plantejar).

Dit tot això, el TJUE es despenja amb una d'aquelles frases que donen joc per a articles doctrinals substanciosos i per a resolucions judicials que busquen desentranyar la seva finalitat autèntica per protegir, suposo, els drets de les persones treballadores amb contractes temporals, com és ara que «incumbeix al jutjat remitent examinar si, tenint en compte la imprevisibilitat de la finalització del contracte i de la seva durada, inusualment llarga, pertoca requalificar-lo com a contracte fix».¹⁸ De moment, totes les tesis i els arguments exposats amb anterioritat amb els quals ha tractat de reflexionar, conjuntament amb la doctrina que ja s'ha pronunciat sobre la sentència, han de servir per deixar obert el debat judicial, que ha estat enriquit per la jurisprudència posterior del TS, especialment per dues sentències que analitzaré més endavant.

18. Se'n pot trobar un estudi detallat a BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi, «El apartado 64 del caso Montero Mateos: impacto en las relaciones laborales». Comunicació presentada en les XXX Jornades Catalanes de Dret Social. <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/> (consulta: 21 octubre 2019).

Per acabar, només cal dir que en seu judicial espanyola, i després de la sentència del TJUE, el JS núm. 33 de Madrid va dictar una sentència el 28 de juny, en què conclou que l'argumentació exposada porta a «una paradoxa final que consisteix que, des d'un punt de vista material, encara que per raons legals i jurisprudencials diferents, la STJUE cas De Diego Porras i la dictada en aquest procediment, perquè resulta aplicable al cas controvertit el raonament 64 sobre la rellevància de la seva excessiva, i per això injustificada, durada, provoquen les mateixes conseqüències indemnitzatòries».

6. Sentència del TJUE de 21 de novembre de 2018 (assumpte C-619/17)

Era molt esperada la sentència de l'assumpte C-619/17, en ocasió de la qüestió prejudicial plantejada per la Sala Social del TS.

En la interlocutòria per la qual es va elevar la qüestió prejudicial al TJUE, el TS va sol·licitar que tramités l'assumpte mitjançant el procediment accelerat. L'argumentació del TS per a aquesta sol·licitud, «l'existència de molt nombroses i dispars resolucions adoptades pels tribunals espanyols en litigis que plantegen qüestions jurídiques anàlogues a les que planteja el litigi principal, que afecten un nombre elevadíssim de treballadors, i la necessitat d'unificar la jurisprudència espanyola relativa a aquestes qüestions» (apartat 22 de la interlocutòria), no va ser considerada suficient pel TJUE, en interlocutòria dictada pel president el 20 de desembre de 2017, per posar en marxa el procediment accelerat. Amb suport en la seva jurisprudència, expressava que la primera circumstància «no pot constituir, com a tal, una circumstància excepcional capaç de justificar l'aplicació del procediment accelerat» i, pel que fa a la segona, es va manifestar que la petició no tenia «efecte útil» ja que en procediments dels quals ja coneixia el TJUE i en els quals substanciaven «qüestions prejudicials relatives, en essència, a les mateixes situacions jurídiques que la invocada en l'assumpte principal» (assumpes C-574/16, C-677/16 i C-212/17), en els dos primers ja s'havia celebrat vista pública comuna el 8 de novembre de 2017, i que ja s'havia fixat la presentació de les conclusions de l'advocada general en aquests assumptes per al 20 de desembre de 2017. Recordem que els dos assumptes són Lucía Montero Mateos i Grupo Norte Facility, que van donar lloc a les sentències de 5 de juny de 2018 i que van suposar un canvi de doctrina pel que fa a la sentència Ana de Diego Porras I, tal com ja he explicat.

La sentència dona resposta a les tres qüestions plantejades, amb referències molt extenses a la dictada el 5 de juny de 2018 en el cas Lucía Montero Mateos (C-677/16) i també a les dictades el 14 de setembre de 2016 en els assumptes C-184/15 i C-197/15. Només hi ha una referència a la sentència dictada el 5 de juny en l'assumpte Grupo Norte Facility (C-574/16) i, llevat d'error o omissió per

part meva, en la fonamentació jurídica de la sentència no hi ha cap referència a la primera sentència en el cas Ana de Diego Porras, dictada el 14 de setembre de 2016 per la Sala Desena (C-596/14), i que en gran manera va ser el detonant del conflicte jurídic que va portar a la nova resolució judicial.

La Sala passa revista en primer lloc a les normatives europea i estatal aplicables. De la primera, es fan referència al considerant 14 de la Directiva 1999/70/CE, l'art. 1 i primer paràgraf de l'art. 2 de la mateixa norma, els paràgrafs segon i tercer del preàmbul de l'Acord marc annex, i les clàusules 3, 4 i 5 d'aquest Acord. De la segona, els art. 15, apartat 1, 3 i 6, 49.1, 52, 53.1 i 56.1 LET, i els art. 4, apartat 1 i 2, i 8 del RD 2720/1998, de 18 de desembre, pel qual es desenvolupa l'art. 15 LET en matèria de contractes de durada determinada.

Entrem ja en matèria i analitzem quina resposta es dona a la primera qüestió prejudicial plantejada, l'enunciat de la qual és convenient recordar: «¿Cal interpretar la clàusula 4 [de l'Acord marc] en el sentit que s'oposa a una normativa nacional que no estableix cap indemnització per a l'extinció d'un contracte de durada determinada per interinitat per substituir un altre treballador amb dret a reserva de lloc de treball, quan aquesta extinció es produeix per la reincorporació del treballador substituït, i, per contra, sí que l'estableix quan l'extinció del contracte de treball obeeix a altres causes legalment taxades?».

La resposta del TJUE es troba en els apartats 53 a 73 de la sentència, si bé, estrictament, l'abordatge concret de la qüestió plantejada, i la resposta donada, es troben en els apartats 68 i 75, la lectura, ja ho avanço, no deixarà precisament satisfets els treballadors interins, perquè en principi suposa un retorn a la casella de sortida, és a dir, a la situació anterior a la sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016, ja que no sembla que es pugui entendre de cap altra manera, i, com sempre diem els juristes, llevat d'una opinió en contra millor, l'afirmació de l'apartat 73, reiterada després en la decisió, que «la clàusula 4, apartat 1, de l'Acord marc s'ha d'interpretar en el sentit que no s'oposa a una normativa nacional que no preveu l'abonament de cap indemnització als treballadors amb contractes de durada determinada closos per substituir un treballador amb dret a reserva de lloc de treball, com el contracte d'interinitat de què es tracta en el litigi principal, al vèncer el termini pel qual es van cloure aquests contractes, mentre que es concedeix indemnització als treballadors fixos amb motiu de l'extinció del seu contracte de treball per una causa objectiva».

Per dir-ho més clarament, hem passat dels 20 dies reconeguts en una extinció d'un contracte d'interinitat en la sentència Ana de Diego Porras I als 0 dies en l'Ana de Diego Porras II, o potser continua sent vàlida la tesi de la possible fixació d'una indemnització (20 dies) en cas que la interinitat sigui «inusualment llarga»? I diré de passada: ¿pot una sala rectificar la doctrina de la Gran Sala, tot i que és cert que aquesta darrera va modificar la doctrina de la primera per la distinció que va afirmar entre la «presumpció de fixesa o estabilitat» que té un treballador fix, i la

que no té un treballador temporal que sap que en un moment determinat o per un motiu o una causa determinats es procedirà a posar fi a la relació?

La Sala recorda primerament la seva doctrina consolidada sobre la consideració de la clàusula 4.1 de l'Acord marc com a expressió d'un principi de dret social de la Unió «que no pot ser interpretat de manera restrictiva», com també la regla general del principi d'igualtat de tracte entre treballadors temporals i fixos (cal recordar que l'Acord marc no inclou la comparació entre possibles supòsits de discriminació entre treballadors temporals), llevat que la diferència pugui justificar-se per raons objectives, i que la presumpció de fixesa va ser la que va provocar la modificació de la doctrina Ana de Diego Porras I arran de la sentència Lucía Montero Mateos de 5 de juny de 2018.

A més, la igualtat s'ha de predicar per a situacions «comparables», de manera que la que es va considerar existent en la sentència Ana de Diego Porras I, ja es va modificar en la sentència Lucía Montero Mateos. Però ara el TJUE fa un pas més enllà, i es pot pensar implícitament que aquesta sentència està acollint la doctrina de la de 5 de juny de 2018, atès que accepta plenament la tesi que plasma la interlocutòria i que recullen les observacions del Govern espanyol entorn de la diferència objectiva entre els treballadors interins, el contracte dels quals acabarà per una causa tipificada en la normativa que s'hi ha d'aplicar, i els treballadors fixos la possible extinció del contracte dels quals és incerta i només es pot donar si hi concorre una circumstància que no està prevista en el moment que es formalitza, o, si escau, de fer novació d'un de temporal, el contracte indefinit, de manera que no té raó de ser la indemnització en el primer cas, o si existís, com passa per a determinats contractes, que pugui ser diferent (= inferior) que la que percebi un treballador estable per compensar «la frustració de les expectatives legítimes del treballador pel que fa a la continuïtat de la relació laboral [...]».

El punt nuclear de la sentència, el plantejament de la qual és radicalment diferent de la de 14 de setembre de 2016, és que s'accepta plenament la tesi de la interlocutòria i del Govern espanyol, perquè considera que l'acabament del contracte d'Ana de Diego Porras (ja hem oblidat el període tan llarg d'interinitat en què es va mantenir a aquesta treballadora?) «es va produir en un context sensiblement diferent, des dels punts de vista fàctic i jurídic, d'aquell en què el contracte de treball d'un treballador fix s'extingeix a causa de la concurrència d'una de les causes que preveu l'article 52 de l'Estatut dels treballadors». L'impacte de la sentència Lucía Montero Mateos és clarament perceptible ara a l'hora de diferenciar entre l'extinció ordinària d'un contracte temporal d'interinitat i l'extinció d'un contracte indefinit per causes objectives, i, consegüentment, amb indemnitzacions diferents, que serien les mateixes si la contractació de durada determinada s'extingís abans de l'acabament previst si, per algun motiu no justificat, es frustrés l'expectativa de permanència del treballador temporal fins la data prevista de venciment, o fins que acabés l'obra o servei, o bé s'hi reincorporés la persona substituïda o s'amortitzés el lloc de treball.

D'un cop de ploma, doncs, els treballadors interins podrien quedar-se sense cap indemnització, ni de 12 dies ni de 20, si ens atenim a la resposta donada a la primera pregunta.

Però, que el personal interí no es frustri i que continuï llegint, si us plau, perquè, serà necessàriament això el que passarà o hi tenen cabuda altres hipòtesis de treball? Sembla que la resposta a la segona pregunta formulada en la qüestió prejudicial obre una via prou ampla per seguir el segon camí. Recordem que la pregunta era aquesta: «En cas que la resposta a la qüestió primera sigui negativa, ¿s'emmarca dins de l'àmbit de la clàusula 5 de l'Acord marc una mesura com la que estableix el legislador espanyol, que consisteix a fixar una indemnització de 12 dies per any treballat, a percebre pel treballador a la finalització d'un contracte temporal encara que la contractació temporal s'hagi limitat a un únic contracte?».

Bé, ja sabem que la resposta a la primera pregunta ha estat la de no oposar-se a una diferència de tracte (indemnitzatori) entre contractes temporals i contractes fixos. La Sala rebutja en primer lloc l'al·legació formulada pel Govern espanyol de falta de rellevància per resoldre el litigi, ja que aquest considerava que la clàusula 5 no era aplicable perquè en el supòsit litigiós no hi hauria hagut ni abús ni frau per part de l'empresari, a més que únicament hi havia un contracte temporal.

En vista dels dubtes existents sobre la vinculació contractual única o successiva d'Ana de Diego Porras, i recordades les restriccions que hi ha sobre el fet que el TJUE es pronunciï sobre la interpretació del dret de la Unió sol·licitada per un òrgan jurisdiccional nacional remitent, atès que la normativa comunitària vigent, en la clàusula esmentada, deixa llibertat a cada Estat perquè concreti quan es consideren «successius» els contractes o relacions laborals temporals, es conclou acceptant l'admissibilitat de la qüestió, si bé amb algunes reticències, ja que no crec que es pugui entendre de cap altra manera l'afirmació que conté l'apartat 71 que en les circumstàncies en què es produeix el conflicte «no és evident que la interpretació de la clàusula 5 de l'Acord marc sol·licitada pel tribunal remitent en l'àmbit de la seva segona qüestió no tingui cap relació amb la realitat o amb l'objecte del litigi principal, o que la qüestió esmentada es refereixi a un problema de naturalesa hipotètica».

Tinc la sensació o la intuïció, destructible mitjançant una opinió jurídica en contra millor, que el TJUE només ha entès parcialment la segona qüestió prejudicial, és a dir, pel que fa a considerar la indemnització com una mesura destinada a prevenir o evitar abusos en la contractació temporal, però no en el que toca al fet que sigui així també quan es tracti d'un únic contracte. Però, més enllà d'aquest dubte personal, la doctrina de la Sala és clara respecte a la jurisprudència consolidada sobre quina és la finalitat de la clàusula 5 de l'Acord marc i l'ampli marge d'elecció que es deixa als estats membres per assolir els objectius que persegueix.

Acudint a la doctrina recollida en dues de les sentències dictades el 14 de setembre de 2016 (C-184/15 i C-197/15), el TJUE recorda que la normativa comuni-

tària no enumera o regula quines sancions s'han d'aplicar en cas que es constatin abusos en la contractació temporal (ex.: frau de llei, concatenació contrària a la normativa reguladora...), però sí que afirma que les mesures que s'adoptin en l'àmbit nacional «no només han de ser proporcionades, sinó també prou efectives i dissuasives per garantir la plena eficàcia de les normes adoptades en aplicació de l'Acord marc», o el que és el mateix, «és indispensable poder aplicar alguna mesura que presenti garanties de protecció dels treballadors efectives i equivalents, per tal de sancionar degudament aquest abús i eliminar les conseqüències de la infracció del dret de la Unió».

Si aquestes exigències es compleixen o no, en suma, és una tasca que correspon als òrgans jurisdiccionals nacionals. Ara bé, és sabut que el TJUE pot donar orientacions al tribunal nacional, i, en aquest cas concret, seria perquè apreciï si s'hi han aplicat mesures adequadament dissuasives. Doncs bé, la lectura dels apartats 92 a 96 és especialment rellevant per conèixer com es manifesta el TJUE en aquest sentit, ja que considera «a primer cop d'ull», que la indemnització que regula l'art. 49.1 c) LET, que s'abona en contractes per obra o servei i contractes eventuais per necessitats de la producció a la seva finalització ordinària, no entraria dins «de la categoria de mesures destinades a evitar els abusos» a les quals es refereixi la clàusula 5.1.

En efecte, no podem sinó coincidir amb el TJUE en la seva afirmació que la indemnització s'abona a la finalització de tot contracte la conclusió del qual es produeix perquè concorre la causa tipificada a aquest efecte, i no té cap relació amb un possible caràcter lícit o il·lícit de l'ús d'un contracte de durada determinada. Com que aquesta darrera afirmació i constatació és prou clara, la indemnització (de 12 dies/any) no es pot incloure dins del concepte de mesura adreçada a prevenir abusos en la contractació temporal.

Encara que la decisió final entorn de si la mesura és apropiada o no en aquest cas queda en mans de l'òrgan jurisdiccional nacional, la sentència deixa, aquí sí, una porta clarament oberta als tribunals nacionals perquè decideixin quines poden ser les mesures adequades per prevenir els abusos (indemnització superior, nul·litat de la contractació en frau de llei, readmissió obligatòria...?). Crec que no es pot interpretar d'una altra manera l'afirmació que es fa en l'apartat 96, traslladada després a la decisió, que disposa que la clàusula 5 de l'Acord marc s'ha d'interpretar «en el sentit que incumbeix al tribunal nacional apreciar, d'acord amb totes les normes de dret nacional aplicables, si una mesura com la controvertida en el litigi principal, que estableix l'abonament obligatori d'una indemnització als treballadors amb certs contractes de treball de durada determinada quan venç el termini pel qual aquests contractes es van cloure, constitueix una mesura apropiada per prevenir i, si escau, sancionar els abusos que es deriven de l'ús d'una successió de contractes o de relacions laborals de durada determinada o de mesures legals equivalents, en el sentit d'aquesta disposició».

I arribem ja a la resposta que dona a la tercera qüestió prejudicial plantejada, que era, recordem-ho, la següent: «Si la resposta a la qüestió segona és positiva, ¿és contrària a la clàusula 5 de l'Acord marc una disposició legal que reconeix per als treballadors de durada determinada una indemnització a l'acabament del contracte de 12 dies per any treballat, però n'exclou els treballadors de durada determinada quan el contracte es formalitza per interinitat a fi i efecte de substituir un treballador amb dret a reserva de lloc de treball?».

Ja sabem que, en principi, la resposta del TJUE no és afirmativa, tot i que no deixa de ser un criteri interpretatiu que pot orientar a l'òrgan jurisdiccional nacional remitent, que és el qui finalment ha de decidir en un sentit o un altre. Ara cal fer un pas endavant i resoldre si la normativa comunitària permet tractar de diferent condició (indemnitzatòria per fi de contracte) a treballadors empleats amb unes determinades modalitats contractuals (ex.: obra o servei, i eventual per necessitats de la producció) d'altres la relació contractual dels quals es regeixi per una modalitat diferent però també de durada determinada (ex.: interinitat).

Doncs bé, el TJUE ja va plantejar en els assumptes C-184/15 i 197/15 que admetia una regulació diferent, segons el sector o la categoria en què es trobi el personal afectat, però sempre que, com a requisit irrenunciable i de compliment obligat, en tot cas hi hagi mesures efectives si es produeixen abusos i per tal de sancionar-les adequadament.

Trasllada aquesta doctrina que ara s'enjudicia i arriba a la conclusió que reflecteix l'apartat 101 (la lectura del qual és altament recomanable fer-la d'una manera tranquil·la i pausada, o més d'una vegada, per entendre-la correctament), la síntesi del qual seria, al meu parer, que pot haver-hi aquesta diferència indemnitzatòria entre unes modalitats contractuals i unes altres quan el tribunal nacional constati que la indemnització és una mesura adequada per prevenir o evitar abusos..., tot i que aquesta tesi diferenciadora serà vàlida només si hi ha una altra mesura «eficaç» en l'ordenament nacional que eviti situacions abusives i fraudulentos amb els treballadors acollits a unes altres modalitats contractuals per a les quals no es preveu aquesta indemnització (ex.: interins), i al tribunal nacional li correspon esbrinar aquest últim extrem.

Per tant, si aquest tribunal considera que no hi ha cap altra mesura prou dissuasiva de l'abús, com ara la conversió en contracte indefinit o l'abonament d'una indemnització superior perquè es tracta d'un acomiadament improcedent (33 dies/any, amb un màxim de 24 mensualitats), podria arribar a la conclusió que s'ha d'aplicar la mateixa indemnització (12 dies/any) que l'abonada en tres modalitats contractuals (no la de 20 dies/any que va aplicar la sentència Ana de Diego Porras I i que ha estat modificada/derogada per la sentència Lucía Montero Mateos i que ara és reafirmada per la que és objecte de la meva anàlisi).

Es tracta, doncs, d'una sentència que sembla continuar la línia de menor protecció (alguns en diran simplement desprotecció) amb el personal treballador inte-

rí, però que no tanca de cap manera la porta al fet que les solucions alternatives que busquin els tribunals nacionals per prevenir o evitar abusos, i no només en aquesta modalitat contractual, passi per un reforçament de les quanties indemnitzatòries o de més estabilitat en l'ocupació.

7. Sentència del TS de 13 de març de 2019

Com s'ha pogut comprovar, acabava el meu comentari a la sentència del TJUE de 21 de novembre de 2018 fent una crida d'atenció sobre la sentència que havia de dictar el TS per resoldre el RCUd en el cas Ana de Diego Porras. Doncs bé, em referiré ara als seus continguts més rellevants i, per al coneixement de tots els avatars previs del litigi, remetré a les explicacions fetes amb anterioritat.

En el fonament de dret primer tenim coneixement que el RCUd de l'Advocacia de l'Estat planteja dos motius d'impugnació a l'empara de l'art. 207 i) LRJS. En tots dos motius la sentència de contrast aportada (per complir el que disposa l'art. 219.1 LRJS) és la que va dictar el TSJ de la Comunitat de Madrid el 5 de març de 2014, respecte de la qual no es va apreciar la contradicció en el primer motiu i sí que es va apreciar en el segon. Pel que fa a l'argumentació jurídica per defensar que la sentència de suplicació va incórrer en infracció de llei i jurisprudència aplicable, l'Advocacia de l'Estat al·lega que la sentència del TSJ hauria resolt una qüestió no suscitada per les parts, de manera que hauria infringit nombrosos articles («art. 24.1 i 120.3 de la Constitució (CE), 97.2 i 193 LRJS, 238.3 i 240 LOPJ i 218.2, 225.3 i 227 de la Llei d'Enjudiciament Civil (LEC)»). En el segon, al·lega que no s'havia hagut de concedir la indemnització i objecta falta de congruència en la sentència «per atorgar més del que es proposa», amb denúncia d'infracció dels art. 15.1 c) i 49.1 c) LET, art. 8.1 c) RD 2720/1998, i la tantes vegades esmentada clàusula 4.1 de l'Acord marc annex a la Directiva 1999/70/CE.

Examinem breument la sentència del TSJ. Es tracta d'un conflicte gairebé idèntic al d'Ana de Diego Porras, ja que es tracta d'una treballadora amb contracte d'interinitat per substitució d'una altra treballadora amb reserva de lloc de treball i que feia tasques de representació sindical. La treballadora va prestar serveis des de l'agost de 2006 fins al setembre de 2012, i el Ministeri de Defensa va extingir-ne el contracte quan s'hi va reincorporar el càrrec sindical.

La diferència fàctica amb el cas Ana de Diego Porras rau en el fet que, en la sentència de contrast, la treballadora reincorporada va iniciar les seves vacances el mateix dia que es reincorporava, i mentre es desenvolupava el període de vacances va accedir novament a la condició d'alliberada sindical i, per això, exonerada de prestar l'activitat laboral ordinària.

La Sala desestima el recurs de suplicació interposat per la part treballadora contra la sentència dictada pel JS núm. 6 de Madrid el 26 d'abril de 2013, que

desestimava la demanda per acomiadament, i en el punt que ara és objecte de la meua atenció, manifesta que «el fet que no hagi realitzat prestació efectiva perquè ha iniciat el període de vacances l'1 d'octubre de 2012 no treu eficàcia al fet que la seva incorporació s'hagi produït, ja que la nova dispensa laboral, que s'ha produït mentre gaudia de vacances, per tal de continuar alliberada com a representant sindical, va ser una qüestió sobrevinguda a la seva reincorporació i de la mateixa manera que va esdevenir-se podria no haver esdevingut, de manera que hi va concorre, per tant, la causa d'extinció del contracte».

El TS emfatitza la flexibilització dels requisits de la contradicció que ha apreciat en alguns aspectes d'índole processal, en concret en els que qualifica com a «supòsits excepcionals de manca palesa de jurisdicció o de competència funcional», i manifesta que ha destacat que en els altres supòsits, i amb menció expressa al de la incongruència que s'al·lega en el cas enjudiciat, ha de continuar mantenint que s'ha d'acreditar degudament l'existència de la contradicció.

Sí que s'aprecia l'existència de contradicció que al·lega el segon motiu, ja que totes dues sentències consideren que les extincions contractuals s'ajusten i són conformes a dret, però la recorreguda concedeix una indemnització a la recurrent, mentre que la de contrast no diu res en aquest sentit, o, el que és el mateix, no fixa cap indemnització. La fixació d'una indemnització en la sentència recorreguda troba la seva raó de ser en la qüestió prejudicial plantejada davant del TJUE i la resposta que aquest tribunal va donar en la seva sentència de 14 de setembre de 2016.

En el fonament de dret tercer, el TS fa una síntesi del contingut de la seva interlocutòria de 25 d'octubre, i posa l'accent en aquells punts en què manifestava el seu desacord tant amb els termes de la qüestió prejudicial plantejada pel TSJ com de la sentència del TJUE. Manifesta amb una certa satisfacció, que no s'oculta en absolut, que la sentència del Tribunal Europeu de 21 de novembre de 2018 li havia donat la raó pel que fa als errors i els defectes jurídics presents al TSJ madrileny i en la primera sentència Ana de Diego Porras, de la qual arriba a afirmar que la comparació efectuada entre els treballadors fixos i els temporals respecte a la causa de l'extinció i el seu dret (hipotètic, en el cas dels temporals) a una indemnització era «una anàlisi que produïa grans dificultats de comprensió».

La sentència del TS manifesta una nova crítica a la Sala Desena del TJUE, que va dictar la sentència tan qüestionada de 14 de setembre de 2016, en afirmar que «feia dubtar de si, segons la Directiva, seria exigible que, en tot cas, l'extinció d'un contracte temporal per compliment de la seva finalitat comportés el dret a una indemnització i, en aquest cas, si aquesta indemnització l'hauria d'establir de manera anàloga a la que el mateix ordenament estableix per a les altres causes d'extinció dels contractes de treball. Això abocava, no només a l'aplicació de la indemnització de 20 dies que fa la sentència recorreguda per al cas dels contractes d'interinitat, sinó al fet que, per les mateixes raons, es posés en qüestió la diferen-

cia respecte de les altres dues modalitats de contracte temporal que tenen fixada una indemnització de 12 dies».

Amb una satisfacció innegable, el TS explica més endavant el canvi de doctrina a partir de les sentències de 5 de juny de 2018 («s'allunya d'aquella direcció») i que es referma en la de 21 de novembre de 2018, i aprofita ara ja per posar de manifest que la nova i, al seu parer, encertada doctrina del TJUE fa palesos clarament els errors en què hauria incorregut la sentència del TSJ madrileny. La construcció jurisprudencial del TS serà substancialment la mateixa que ja s'havia manifestat en la interlocutòria de 25 d'octubre, amb la lògica, i molt important diferència, que ara es converteix en sentència, i és rellevant destacar l'èmfasi que posa el TS sobre el fet que el TJUE «recondueix la qüestió i nega que es pugui considerar contrària a la Directiva la norma que permet que l'extinció regular del contracte de treball d'interinitat no doni lloc a la indemnització que s'atorga als acomiadaments per causes objectives».

Com he indicat en la introducció, el nucli dur o central de la sentència es troba en el fonament de dret quart, sense oblidar-ne també el cinquè, si bé aquest darrer desestimarà entrar en el fons de la qüestió per raons processals i no substantives, la qual cosa deixa obert el camí a noves resolucions judicials que puguin pronunciar-se sobre la qüestió, i això sense oblidar que la tesi contrària a la sentència és defensada en el vot particular discrepant.

La síntesi dels arguments del TS per rebutjar les tesis del TSJ i estimar consegüentment el RCU de l'Advocacia de l'Estat, després de fer un recordatori breu de com es va adaptar la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE (mitjançant RDL 5/2001, de 2 de març, que va deixar fora del dret a percebre una indemnització els contractats mitjançant contracte d'interinitat), és la següent:

Atesa la resposta del TJUE a la qüestió prejudicial plantejada l'octubre de 2017, per a l'alt tribunal «no sembla que es pugui entendre que la fixació de la indemnització constitueixi una mesura conforme a la finalitat que han de garantir aquelles que cal adoptar d'acord amb l'esmentada clàusula 5 de la Directiva», ja que, a més, aquesta mesura s'abona en cas de finalització regular i conforme a dret dels contractes temporals a què està vinculada. La tesi del TS és que «la mesura adoptada en el nostre ordenament nacional per satisfer l'obligació de la clàusula 5 de la Directiva es troba en la conversió en indefinit de qualsevol contracte formalitzat de manera abusiva o en frau de llei, la qual cosa provoca una sanció per a l'empresari molt més costosa que la d'indemnitzar 12 dies». En aquest punt, cal subratllar, com exposa amb contundència el vot particular discrepant, que la realitat actual del mercat de treball a Espanya, i en concret el molt elevat nombre d'interins existents, qüestiona la virtualitat real i efectiva de la tesi exposada pel alt tribunal si no s'articulen mesures efectives que permetin la requalificació en fix del treballador interí el contracte del qual (habitualment després d'un període llarg i dilatat de prestació de serveis) es veu extingit.

Si bé el TS ja havia manifestat anteriorment la seva satisfacció quan la Gran Sala del TJUE li havia donat la raó i havia rebutjat la tesi de la Sala Desena, seguida posteriorment pel TSJ, en l'apartat 4 del fonament de dret quart la reforçarà, si és possible, en afirmar que «el rebuig a la solució adoptada per la Sala de suplicació ha de ser complet», tant per negar que la treballadora interina pugui percebre una indemnització igual a la d'un treballador amb contracte indefinit que s'extingeix per causes objectives (20 dies de salari per any de servei), com per negar que la indemnització sigui la mateixa (12 dies) que la percebuda per contracte d'obra o servei, o eventual per necessitats de la producció, quan finalitzen conforme a dret.

Aquí hauria pogut concloure la seva argumentació el TS, certament en gran mesura molt propera a la jurisprudència del TJUE, però no ho fa i comença amb una argumentació que, al meu parer, és més de política social que no d'aplicació normativa, i com a tal reflexió de política social és obvi que pot merèixer crítiques més o menys contundents.

En efecte, des del meu punt de vista, la Sala es fica en un embolic jurídic per intentar justificar la diferència d'indemnització entre els qui la perceben i aquells als qui no se'ls reconeix aquest dret, tot i que deixa caure, al començament del darrer paràgraf del fonament de dret quart, que «per més que a priori podria semblar exempta de justificació la diferència entre uns treballadors temporals i els altres [...]». Bé, un ampli sector de la doctrina laboralista ha considerat exempta de justificació aquesta diferència, així com nombroses jutjats i tribunals, no ja des del pla d'una possible (futura) regulació sinó des de les possibilitats que ofereix la jurisprudència mateixa del TJUE, tot i que és ben cert que la solució, definitiva?, respecte a aquesta igualació ha de venir, així ho espero, del legislador.

I quins són els arguments del TS per justificar la diferència? La seva interpretació que la norma legal «obeeix a la voluntat del legislador de destacar una situació no idèntica a les altres dues modalitats contractuals, ja que en el cas de la interinitat per substitució el lloc de treball està cobert per un altre/a treballador/a amb dret a reserva de treball», i afegeix, redundant en la tesi anterior, que «a més, aquest lloc no desapareix amb el cessament del treballador/a, interí/a i el recurs a la temporalitat troba la seva motivació en aquesta característica concreta i peculiar que, al seu torn, implica una manera de garantir el dret a la feina de la persona substituïda (art. 35.1 CE). Res d'això no concorre en les altres modalitats de l'art. 15.1 ET», per tancar (almenys intentar fer-ho, que una altra cosa ben diferent és que ho aconsegueixi) que «Finalment, l'estímul que pot suposar per a l'empresa l'estalvi de la indemnització de 12 dies mitjançant la pròrroga del contracte temporal o a la conversió en fix, aquí no té sentit, ja que el lloc de treball es manté en tot cas, perquè el cobreix la persona substituïda en reincorporar-s'hi».

Hauria estat interessant, certament, que el TS s'hagués acostat una mica més a la realitat del nostre mercat de treball, i més exactament a la problemàtica dels interins, amb algunes dades estadístiques fins i tot, que potser hagués fet que me-

ditessin una mica més les afirmacions de política social expressades. Res d'això no apareix en la sentència, però sí que ho fa en el vot particular discrepant a què immediatament em referiré a continuació.

Abans, però, per completar l'explicació anterior indicarem que el TS no entra a considerar la possible existència d'una relació indefinida i no temporal, ja que el debat sobre aquest punt el va resoldre en sentit negatiu per a la treballadora la sentència d'instància, confirmada per la de suplicació, sense que hi hagués cap recurs ulterior de la treballadora, i per això, afirma el TS en una interpretació formal, i formalista, de la normativa processal laboral, que «no es donen aquí elements que ens obliguin a respondre a qüestions relacionades amb la llarga durada dels contractes temporals, com apuntava la ja esmentada STJUE de 5 de juny 2018 (Montero Mateos, C-677/16), en la qual, d'altra banda, es tractava d'un supòsit d'interinitat per vacant».

En sentències tan importants com la que és objecte del meu estudi, i que resolen el conflicte d'una manera rotunda desestimant totes les pretensions de la part treballadora, no hi pot faltar un vot particular discrepant.

Ja he anat apuntant anteriorment alguns dels seus continguts, i ara completo la meua explicació. En primer lloc, es manifesta, encertadament al meu parer, l'acord amb la sentència pel que fa a l'aplicació de la sentència del TJUE de 21 de novembre de 2018 que rectifica la doctrina que establia la de 14 de setembre de 2016, i entén que hi ha una diferència de tracte objectiva entre treballadors interins i treballadors indefinits que porta a la fixació d'una indemnització per als segons, però no per als primers quan els contractes en tots els casos s'extingeixen d'acord amb la normativa vigent. Acord que es manifesta, i, per tant, no es qüestiona, atesos els termes de l'art. 4 bis, apartat 1 LOPJ, tantes vegades referenciat en els meus comentaris normatius a les sentències de tribunals nacionals, que disposa que «Els jutges i tribunals han d'aplicar el dret de la Unió Europea de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea».

Les discrepàncies es manifesten respecte al fet que la sentència no entri en la possible requalificació del contracte temporal en indefinit o fix, i de manera subsidiària per manifestar la tesi que hagués estat possible reconèixer el dret a una indemnització en la mateixa quantia que la dels treballadors temporals als quals la LET sí que els la reconeix. És a dir, allò que es qüestiona, i en què hi ha discrepància amb la sentència, és en la interpretació i l'aplicació de la clàusula 5 de l'Acord marc, reguladora de les mesures destinades a evitar l'ús abusiu dels contractes de durada determinada, per considerar, i per la meua part ja hi he apuntat algunes pistes en l'anàlisi de la sentència mateixa, que «la jurisprudència del TJUE dictada en interpretació d'aquesta clàusula 5, i en concret la que conté la referida STJUE de 21 de novembre de 2018 (C-619/17), subministra arguments per haver pogut arribar a solucions diferents de la que acull la sentència majoritària».

En gran manera, la primera tesi del vot particular discrepant és una crítica al que la interlocutòria del TS va deixar de plantejar, sens dubte, afegeixo de la meua collita, perquè considerava que allò rellevant era la determinació de si la indemnització tenia o no tenia cabuda en el contracte d'interinitat, i, si escau, quina hauria hagut de ser. En efecte, no es va plantejar si era possible la reclassificació d'un contracte «inusualment llarg» en fix, i, si s'hagués plantejat i s'hagués arribat a aquesta conclusió, la indemnització hauria hagut de ser la mateixa que la d'un acomiadament per causes objectives. A diferència de la tesi de la sentència, que no entra en l'examen d'aquesta hipòtesi i al·lega que el cas en el qual sí es que s'hi va entrar, el de Lucía Montero Mateos, era diferent perquè es tractava d'una interinitat per vacant i no per substitució, el vot particular considera que són situacions anàlogues i acudeix a la tesi que aquesta sentència deixa oberta sobre la possible reclassificació del contracte per concloure que «Aquesta és la solució que entenc que s'hi hauria d'haver adoptat també en aquest cas d'interinitat per substitució, ja que, d'acord amb la legislació espanyola, els contractes temporals cal entendre que no han de tenir una durada superior a tres o quatre anys (argument *ex art.* 15.1.a i 15.5 ET i 70 EBEP), de manera que estariem davant d'un cas d'imprevisibilitat de la finalització del contracte (tot i que “va finalitzar perquè va desaparèixer la causa que n'havia justificat la formalització”) i amb una durada inusualment llarga».

El fet de no haver entrat a conèixer d'aquesta possible hipòtesi, perquè, entén la Sala, hi havia l'obstacle processal que la part treballadora no va recórrer la tesi del TSJ desestimària de la seva pretensió i que confirmava la d'instància, és rebutjat pel vot particular amb l'argument que l'aquietament de la part actora «únicament cal estendre'l respecte a la inexistència de frau en la contractació temporal *ex art.* 15.3 ET (“Es consideren per temps indefinit els contractes temporals subscrits en frau de llei”), qüestió diferent a l'exposada anteriorment en què el contracte temporal de substitució s'inicia, es desenvolupa i conclou d'acord amb la normativa estatutària».

Donant dues possibilitats (¿al legislador en un futur pròxim, i/o als jutjats i tribunals que han de conèixer, sens dubte, de més litigis de treballadors interins amb contractes de durada «inusualment llarga»?), el vot és del parer que es podia haver reconegut la indemnització que s'abona a l'acabament d'altres contractes temporals, i fonamenta la seva tesi, amb sòlida cobertura, en el rellevant paper que la jurisprudència del TJUE, incloent-hi de manera expressa la sentència de 21 de novembre de 2018, atorga als òrgans jurisdiccionals nacionals remittents de la qüestió prejudicial perquè adoptin les mesures que considerin més idònies per donar compliment real i efectiu a la clàusula 5, és a dir, per evitar l'ús abusiu de la contractació temporal.

No es rebutja, sinó que es comparteix, i encerten al meu parer tant la sentència com el vot en aquest punt, que la fixació d'una indemnització com la que preveu el nostre ordenament per a determinats contractes temporals al seu acabament

sigui per si sola un mecanisme adequat, dissuasiu, per a la contractació temporal abusiva, i encara molt més quan està previst per a casos de finalització conforme a dret d'aquests contractes; però, sí que es rebutja, i ja m'he manifestat amb anterioritat respecte a això, la tesi de la sentència que la regulació dels apartats 2, 3 i 5 de l'art. 15 LET satisfà de manera completa els requeriments de l'Acord marc per evitar aquest ús abusiva.

Amb contundència, i entrant també en un terreny que no és només jurídic sinó també de política social i en el qual l'autor del vot particular es mou amb una desimboltura evident, afirma que «la realitat ha anat afirmant tot el contrari, i ha evidenciat que les regles esmentades de l'art. 15 ET són del tot insuficients a l'efecte de prevenir els abusos com a conseqüència de l'ús successiu de contractes o relacions laborals de durada determinada. El plantejament de múltiples qüestions prejudicials per part dels jutges espanyols, a partir especialment de l'any 2016 –com la plantejada, entre d'altres, pel TSJ de Madrid en aquest litigi–, ha tingut la virtualitat d'evidenciar davant de la col·lectivitat jurídica i social de la Unió Europea i davant de l'opinió pública espanyola els greus abusos que s'estan cometent, singularment per part de l'Administració pública ocupadora, no només amb les formes de contractació i/o nomenament temporal del seu personal, sinó també per l'ús reiterat durant llargs anys de contractacions o nomenaments d'interinitat o eventualitat per cobrir necessitats estructurals o en espera de convocatòria de concursos o oposicions d'accés que no arribaven a convocar oportunament. D'altra banda, la complaença jurisprudencial que, per norma, no ha sabut posar límit als abusos de les contractacions irregulars de les administracions públiques establint mesures efectives per evitar-los, ha estat també una circumstància generadora de la situació actual». És impossible ser més clar i contundent, no els sembla?

I continua reiterant aquesta mateixa tesi en la seva argumentació posterior, emfatitzant la importància que l'Acord marc confereix a la contractació indefinida i, per això, al dret a l'estabilitat en l'ocupació com un component primordial de la protecció dels treballadors, cosa que amb l'aplicació actual de l'art. 15 LET difícilment hi haurà una resposta adequada als requeriments de la clàusula 5. Es manifesta contrari a la sentència en acceptar que, encara que sigui mínima, sí que es pot pensar que la indemnització per finalització del contracte temporal que la tingui reconeguda té alguna incidència sobre el foment de la contractació indefinida, i per aquest motiu s'hauria pogut estendre als contractes, com el d'interinitat, que en el moment actual no la tenen reconeguda. El vot entén que aquesta possibilitat està perfectament incardinada en la sentència de 21 de novembre de 2018, i que, a més, «no hi ha (ni l'ha establert la sentència majoritària) cap altra mesura eficaç en l'ordenament jurídic nacional per prevenir i sancionar els abusos respecte d'aquests últims treballadors temporals i atès que no s'acredita aquest extrem que li incumbeix comprovar al tribunal nacional ni es fa cap raonament sobre un pos-

sible increment de la indemnització o l'aplicació d'altres mesures per assolir fins dissuasius». Ja que, «malgrat el que afirma la sentència majoritària, sobre que el cessament de la treballadora substituïda no suposi la desaparició del lloc de treball ocupat i, d'aquesta manera, es garanteixi el dret a la feina del treballador substituït, entenc, sigui una raó objectiva per establir diferències entre treballadors temporals als quals no afecta de cap manera la causa esgrimida en la sentència referida que es combat».

8. Recapitulació final

Crec que es tanca el debat del dret a la indemnització dels treballadors interins quan el contracte finalitzi conforme a dret. Li correspon ara a legislador la tasca de corregir la situació de desigualtat actualment existent.

Segueix obert el debat de si la normativa espanyola satisfà les exigències de la normativa comunitària per evitar l'ús abusiu de la contractació temporal en general i la d'interinitat en particular..

I continua obert el debat entorn de si la normativa espanyola satisfà les exigències de la normativa comunitària per evitar l'ús abusiu de la contractació temporal en general i la d'interinitat en particular.

I mentre el legislador no actua, hem de conèixer com ha resolt el TS dos litigis d'una importància indubtable. A això em dedicaré en el pròxim bloc de la feina.

IV. L'impacte de la jurisprudència del TJUE sobre el TS i els conflictes jurídics existents

1. Sentència del TS de 24 d'abril de 2019

La resolució judicial (Rec. 1001/2017) desestima, en contra del criteri que manté el Ministeri Fiscal en l'informe preceptiu, en el qual advoca per la procedència, el RCUd interposat per la Conselleria de Treball i Benestar Social de la Xunta de Galícia contra la sentència dictada per la Sala Social del TSJ de Galícia el 19 de gener de 2017. La Sala autonòmica havia desestimat el recurs de suplicació interposat per l'Administració contra la sentència dictada pel JS núm. 3 d'Ourense el 3 de maig de 2016, que va estimar la demanda presentada, en reclamació de drets, per una treballadora que prestava serveis per a la Conselleria esmentada des del 28 de juliol de 1992 i va declarar que la relació contractual entre les parts era de caràcter indefinit des d'aquella data, i «va condemnar l'entitat demandada a ajustar-se i passar per aquesta declaració amb les conseqüències legals oportunes».

El litigi té l'origen en seu judicial amb la presentació de la demanda esmentada en l'epígraf anterior, en concret el 15 de març de 2016. Consta en els fets provats de la sentència d'instància, transcrits en l'antecedent de fet segon de la sentència de suplicació, que la treballadora demandant va iniciar la seva relació contractual amb l'Administració autonòmica mitjançant un contracte de foment d'ocupació, que va esgotar el termini de tres anys, des del 28 de juliol de 1992 al 27 de juliol de 1995. Sense solució de continuïtat, va continuar prestant serveis per a la Conselleria, a partir del dia 28 amb un contracte d'interinitat, en concret per ocupar la direcció de centre de serveis socials de la localitat de Ribadavia fins que es cobrés la vacant (tot i que, com veurem més endavant, hi ha alguna cosa més que dubtes sobre l'existència d'aquest lloc de treball vacant) o bé fins que s'amortitzés la plaça.

Així doncs, cal observar, i anar vinculant la durada d'aquest segon contracte al concepte de «durada inusualment llarga» que apareix en la sentència del TJUE de 5 de juny de 2018, assumpte C-677/16, el conegut cas Lucía Montero Mateos, que

la prestació «temporal» de serveis per cobrir una plaça «vacant» es va perllongar en el temps durant més de vint anys.

Quina va ser l'argumentació de la sentència d'instància per estimar la demanda i declarar el caràcter indefinit no fix de la relació contractual? En tenim un coneixement succint del contingut en el fonament de dret segon de la sentència del TSJ, i es basa parcialment en el llarg període de temps que va passar sense que es cobrés la vacant, «i, en tot cas», i en podria ser l'argument central, «pel transcurs del termini màxim de tres anys que fixa l'art. 70 de l'EBEP».¹⁹

La Sala autonòmica, en el recurs de suplicació, fa un repàs acurat de la normativa laboral aplicable als contractes d'interinitat, amb referències al RD 2720/1998 que desenvolupa l'art. 15 LET, i menció expressa als apartats 1 i 2 b) de l'art. 4.

L'explicació detallada de les vicissituds històriques de la jurisprudència del TS que fa la Sala autonòmica ens recorda les «dosis de flexibilitat» d'aquell tribunal en l'ús del contracte d'interinitat per vacant..., fins a arribar a l'aplicació de l'art.70.1 EBEP i considerar que la relació esdevé indefinida quan se supera aquest límit temporal de tres anys, amb menció expressa a la important sentència de 14 d'octubre de 2014 (Rec. 711/2013). Aquesta sentència confirmava la que es va dictar en suplicació i reconeixia als treballadors amb contracte indefinit, amb durada superior a tres anys i que prestaven serveis en un centre penitenciari de la Generalitat de Catalunya la condició de treballadors indefinits no fixos. Aplicant la jurisprudència més recent del TS, la Sala autonòmica desestima el recurs de suplicació i confirma que la relació contractual de la demandant amb la Conselleria d'Ocupació i Benestar Social és indefinida no fixa.

Contra la sentència del TSJ, l'Administració va interposar RCUD, a l'empara de l'art. 219.1 LRJS; com a sentència de contrast va aportar la que va dictar la mateixa Sala autonòmica gallega el 2 de juliol de 2012 i com a argumentació substantiva o de fons, la infracció dels art. 15.1 i 3 LRT, i la seva tesi va ser que no es pot alterar la naturalesa de la relació d'interinitat, «de manera que no es produeix la transformació del contracte en indefinit per l'existència d'una demora en la provisió de places».

En la sentència de contrast esmentada ens trobem davant d'un supòsit substancialment semblant al de la sentència recorreguda, amb l'única diferència (rellevant quant a prendre en consideració la jurisprudència del TS més recent i canviant) del període d'antiguitat de la demandant i de la data de la seva reclamació. La demandant va iniciar la prestació de serveis per a la Xunta el 27 de setembre de 1994, amb contracte d'interinitat per vacant, i va formular la demanda el

19. Recordem que aquest precepte (redacció vigent del RDLeg 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'EBEP) disposa, en l'apartat 1, que «Les necessitats de recursos humans, amb assignació pressupostària, que s'hagin de proveir mitjançant la incorporació de personal de nou ingrés han de ser objecte de l'oferta d'ocupació pública, o a través d'un altre instrument similar de gestió de la provisió de les necessitats de personal, cosa que comportarà l'obligació de convocar els processos selectius corresponents per a les places compromeses i fins a un deu per cent addicional, i fixar el termini màxim per convocar-los. En tot cas, l'execució de l'oferta d'ocupació pública o instrument similar s'ha de desenvolupar dins del termini improrrogable de tres anys».

2008 en sol·licitud de reconeixement del seu dret a declarar la relació laboral com a indefinida, pretensió que va ser desestimada per la sentència dictada pel JS núm. 2 d'Ourense, confirmada pel TSJ en desestimar el recurs de suplicació.

A l'igual que la sentència recorreguda, la de contrast fa un extens repàs de la jurisprudència del TS fins a la data en què es dicta, i posa l'accent en el fet que en el conjunt d'aquesta jurisprudència, i amb relació a la regulació normativa esmentada anteriorment, no hi hauria un límit concret de durada en les contractacions efectuades en ocasió de processos de selecció en l'Administració, ja que «queda referida al temps que durin els processos corresponents d'acord amb la seva normativa específica», amb un esment molt ampli a la sentència del TS de 19 de desembre de 2017 (dictada, afegeixo jo ara, després de l'entrada en vigor de l'EBEP, però coneixent d'un conflicte en el qual estava en joc la normativa anterior), que emfatitza que la superació del transcurs del termini marcat no el converteix en indefinit.

Aquesta jurisprudència del TS, anterior a l'entrada en vigor de l'EBEP i a la seva aplicació pels tribunals, porta la sentència de contrast, a desestimar la pretensió que es reconegui el caràcter indefinit de la relació contractual, i això, sempre segons la Sala, «tot i la dicció de l'art.10.4 de la vigent Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (BOE 13/04/2007). I de l'article 8 del RD 98, de 18 de desembre (BOE 8/11/1999)».

L'existència de la contradicció que requereix l'art. 291.1 LRJS és clara i indubtable en aquest supòsit, de manera que no hi ha dubtes respecte a la seva admissió i es procedirà a entrar a la resolució substantiva o de fons del conflicte. Convé destacar que ens trobem davant de dos supòsits en els quals hi ha dos contractes temporals de durada «inusualment llarga» i que han superat el termini dels tres anys que estableix l'art. 70.1 EBEP, i les respostes a les dues pretensions són de signe clarament oposat, com ja he explicat abans.

La Sala procedeix a fer un repàs extens de la doctrina que estableix la seva sentència de 14 d'octubre de 2014 i manifesta, tal com destacava el Ministeri Fiscal en el seu informe, que la fonamentació es basava en dues sentències anteriors de 14 i 15 de juliol del mateix any, que no es pronunciaven sobre la naturalesa jurídica de la relació contractual i de l'impacte sobre aquesta relació de la superació dels terminis que estableixen la normativa laboral general i la de la funció pública en particular, i, per tant, no hi havia un pronunciament exprés sobre la importància de la superació d'aquests terminis als efectes de declarar indefinides les relacions contractals temporals.

La Sala no qüestiona, en principi («fins i tot admetent la possibilitat», és l'expressió que utilitza al començament de l'apartat 2 del fonament de dret tercer), que es pugui fer servir la contractació d'interinitat no només per substituir persones amb reserva de lloc de treball, sinó també per cobrir vacants «fins que les cobreixin definitivament els seus titulars a través del procediment establert a aquest

efecte», i en formular aquesta manifestació, al meu parer, no està sinó recordant les possibilitats que ofereixen la normativa laboral i la de la funció pública.

I a partir d'aquí comença l'eix central de l'argumentació de la Sala, que el portarà a la desestimació del RCU. Per a la Sala, amb una contundència que eximeix de més comentaris, i utilitzant la que ja és ben coneguda expressió que utilitza l'apartat 64 de la sentència Lucía Montero Mateos: «El que es fa inadmissible és mantenir una contractació temporal en circumstàncies com la que concorre en aquest cas en el qual consta acreditat que la demandant ha estat prestant serveis per a la demandada com a directora de centre de serveis socials de Ribadavia, en virtut, primer, d'un contracte de foment d'ocupació, des del 28/7/92 al 27/7/95, i, després, d'un contracte d'interinitat, des del 28/7/95, per cobrir la vacant de directora de centre de serveis socials de Ribadavia fins que la vacant es cobrés pel procediment que estableix la llei o s'amortitzés la plaça, sense que després de vint anys l'Administració demandada hagi promogut cap actuació per a la cobertura reglamentària de la plaça, per la qual cosa no es pot sostenir la validesa del contracte temporal per ser inusualment llarg».

La sentència recolza en dues d'anteriors de 19 de juliol de 2018, si bé subratllant que no es tractava de contractes d'interinitat sinó d'obra determinada, «amb referència a la doctrina de la sentència del TJUE de 5 de juny de 2018, Lucía Montero Mateos, assumpte C-677/16, l'apartat 64 de la qual es refereix a la durada inusualment llarga d'un contracte temporal com a indicatiu de la seva conversió en fix, i assenyalava que l'abús de dret en la contractació temporal (art. 7.2 del CC) deslegitima el contracte inicialment vàlid, que es desdibuixa perquè l'objecte del contracte esdevé una activitat que, per l'extens període de temps, necessàriament s'ha incorporat a l'ocupació habitual, de manera que reafirma com a bona aquesta doctrina».

Sembla, doncs, si es confirma la doctrina de la sentència que analitzem, que supòsits com l'ara enjudiciat hauran de quedar sota el paraigua de la protecció oferta als contractes interins en l'Administració pública pel seu caràcter «inusualment llarg» i el marge d'actuació, ampli, que concedeix el TJUE als òrgans jurisdiccionals nacionals perquè protegeixin els qui estan afectats per una situació de temporalitat gairebé permanent, i la Sala considera que estem davant d'un supòsit en què una contractació formalitzada inicialment conforme a dret ha esdevingut fraudulenta, i molt més en aquesta ocasió (i aquesta menció porta inevitablement a remarcar que caldrà examinar cada cas concret per poder resoldre cada litigi) en què no només s'ocupa «temporalment» una plaça «vacant» durant més de vint anys, sinó que, a més, l'Administració ocupadora «no ha desplegat cap conducta que estigui d'acord amb el fet de mantenir la interinitat ressenyada. Al llarg dels molts anys de prestació de serveis de la treballadora, com queda exposat, brillen per la seva absència les actuacions tendents a aconseguir la cobertura definitiva de la plaça o a propiciar-ne l'amortització».

Fins aquí, tot és clar, o gairebé, si es dona una situació com l'ara enjudiciada, en la qual han transcorregut més de vint anys de contractació «temporal permanent» i l'Administració no ha fet res per justificar que realment hi hagués un lloc de treball vacant; per tant, tampoc no ha fet res, durant més de vint anys, perquè la plaça fos coberta pels procediments establerts legalment, o per procedir a la seva amortització (amb aplicació de l'art. 52 c) LET i l'abonament de la indemnització legalment fixada per a una extinció contractual per causes objectives).

Però, la claredat es difumina, queda borrosa, o, per fer servir un símil propi de les cada cop més populars sèries d'algunes plataformes audiovisuals, es «reenvia» a una sentència ulterior, quan es tracta de determinar si el límit màxim dels tres anys de l'art. 70.1 EBEP és aplicable a supòsits com el que analitzem. Potser el fet que hi hagués qüestions prejudicials pendents davant del TJUE en el moment de dictar-se la sentència podria haver portat la Sala, i això és només una impressió personal i subjectiva, a mantenir l'exquisida prudència manifestada al respecte.

Primera manifestació: en el RCU no és motiu de censura jurídica l'impacte de l'art. 70.1 EBEP sobre el possible canvi de la relació contractual, i la Sala ara assenyalava que aquest precepte es refereix «a l'execució de l'oferta d'ocupació pública».

Segona manifestació: el termini de tres anys «no es pot entendre en general com una garantia inamovible, ja que la conducta de l'entitat ocupadora pot abocar al fet que, abans que transcorri aquest termini, s'hagi desnaturalitzat el caràcter temporal del contracte d'interinitat, ja sigui per frau, per abús o bé per altres il·legalitats, amb les conseqüències que cada situació pugui comportar; a l'igual que, en sentit invers, el termini de tres anys no pot operar de manera automàtica». I conclou en un paràgraf d'una sola línia amb l'afirmació més esperada, i presumixo que també molt temuda per molts, que «són les circumstàncies específiques de cada supòsit les que han de portar a una conclusió concreta».

Si interpreto bé allò que ha volgut recollir la Sala en els paràgrafs segon i tercer del fonament de dret tercer, en primer lloc, resulta que és poc important la durada del contracte temporal si aquest contracte no s'ajusta a dret perquè incompleix els requisits formals o de fons, ja que en aquest cas seria fraudulent *ex art. 15.3 LET* i se n'ha de fer una novació en indefinit (no fix, almenys de moment en l'àmbit de l'Administració quan actua com a ocupadora). Sens dubte, així m'ho sembla, tota la doctrina laboralista estarà d'acord amb aquest plantejament.

En segon terme, resulta que no és automàtic el fet que la superació dels tres anys per «l'execució de l'oferta d'ocupació pública» tingui conseqüències immediates. Per tant, una persona amb contracte d'interinitat per vacant que es trobi en aquesta situació contractual pot continuar (durant quant de temps?) sense que hi hagi alteracions, i havent d'ajustar-se a «les circumstàncies específiques de cada supòsit». Em pregunto, per exemple, si les restriccions pressupostàries que van portar durant molts anys de la dècada actual a la pràctica congelació de l'OOP podrien ser una causa que habilités una interpretació «àmplia i flexible» de l'art. 70.1

EBEP, i estic segur que els qui són responsables de personal en les diferents administracions pensaran immediatament en això quan llegeixin la sentència.

Finalment, haurem d'esperar una nova sentència, o diverses més, per saber l'impacte de la que ara analitzem, que no obre ni tanca portes, almenys de manera expressa, a la interpretació àmplia i flexible de l'art. 70.1 EBEP, ja que les «circumstàncies del cas concret» permeten arribar a la conclusió d'una actuació fraudulenta per part de l'Administració, i per això «no cal resoldre sobre la naturalesa i el caràcter del termini de tres anys que preveu l'art. 70 de l'EBEP, ni sobre la possible incidència en el caràcter temporal de la contractació d'interinitat per vacant». Un raig d'esperança per a les administracions amb un nombre elevat de treballadors interins per vacant, que així no hauran de convertir-los en indefinits? Un raig d'esperança, des de la perspectiva contrària, quan es tracta de treballadors que porten molts anys, molts, com a interins i les places mai no han sortit a concurs? Un raig tènue, molt tènue, si hem de fer cas a la doctrina del TS que reflecteixen la sentència que és objecte d'anàlisi tot seguit.

El diàleg entre el dret del treball i el dret administratiu promet ser intens, un cop més..., sense oblidar la importància del dret constitucional i, per descomptat, del dret de la UE i de la jurisprudència del TJUE.

2. Sentència del TS de 4 de juliol de 2019

La resolució judicial (Rec. 2357/2018) estima, en els mateixos termes que l'informe preceptiu emès pel Ministeri Fiscal, el RCUd interposat per la Conselleria de Polítiques Socials i Família de la Comunitat de Madrid contra la sentència dictada per la Sala Social del TSJ de Madrid el 26 de març de 2018, que revocava la sentència d'instància, dictada pel JS núm. 33 de Madrid el 20 de febrer de 2017, i desestimava la demanda.

El litigi té l'origen en seu judicial amb la presentació d'una demanda, en procediment per acomiadament, per part d'una treballadora que prestava serveis com a auxiliar d'hostaleria per a l'Agència Madrilenya d'Atenció Social, després que el 30 de setembre de 2016 li van comunicar l'extinció del seu contracte, d'interinitat per vacant, perquè la plaça que ocupava va quedar coberta per una altra treballadora mitjançant concurs.

Per comprendre millor la importància de la sentència dictada pel TS, com també la del vot discrepant, convé prestar una atenció especial als fets que la sentència d'instància declara provats.

Es tracta d'una treballadora que prestava serveis per a la citada agència autonòmica des d'agost de 1997, primer, i fins al juny de 2001, mitjançant diversos contractes temporals i, a partir del juliol del mateix any, mitjançant un contracte d'interinitat per cobrir una vacant vinculada a l'OOP de 2001.

La següent informació de què disposem en aquests fets és que es va convocar un «procés selectiu per cobrir places d'auxiliar d'hostaleria» gairebé nou anys més tard, per Ordre de 3 d'abril de 2009. Set anys després, el 30 de setembre de 2016, s'adjudicava la plaça a una treballadora diferent de la que l'ocupava, a la qual se li comunica aquell mateix dia l'extinció del seu contracte.

No obstant això, sembla que encara hi havia necessitats per cobrir i que la treballadora cessada devia complir els requisits adequats per prestar aquests serveis d'auxiliar d'hostaleria, ja que poc després, el 17 de novembre, va ser contractada un altre vegada com a interina, això sí, en un centre residencial diferent d'aquell en què havia prestat serveis anteriorment, «per substituir una altra persona traslladada».

La sentència del JS va estimar parcialment la demanda. Primerament, va desestimar l'excepció processal formal de falta d'acció que havia al·legat la part demandada, la qual considerava que aquesta carència derivava del fet d'haver tornat a prestar serveis per a la mateixa entitat. Després, es va acceptar que l'extinció s'havia produït per l'ocupació o la cobertura d'una vacant, i per això no hi havia amortització de plaça ni s'hi podien aplicar les tesis de la part actora sobre la nul·litat de la decisió i l'incompliment de les formalitats necessàries per dur a terme un acomiadament objectiu (art. 51 i 53 LET). A continuació, va entendre que, del contracte d'interinitat, se n'havia fet una novació en indefinit no fix perquè la seva durada havia sobrepassat el termini màxim de tres anys que preveu l'art. 70 EBEP per executar l'oferta pública d'ocupació. Finalment, va reconèixer el dret de la treballadora a percebre una indemnització de 12 dies de salari per any, aplicant la jurisprudència llavors vigent, en la sentència del TS de 7 de novembre de 2016, entre d'altres.

Les dues parts van recórrer en suplicació. La Sala autonòmica aplica la doctrina pròpia que conté la sentència de 12 de desembre de 2017, en un supòsit similar i en el qual es va manifestar en aquests termes: «no ens trobem davant d'un acomiadament improcedent, sinó davant d'un cessament procedent que hauria de ser indemnitzat en els termes que estableix la doctrina de l'alt tribunal, en la sentència esmentada de 9 de març de 2017, núm. 201/2017, Rec. 2636/2015, amb vint dies de salari per any treballat, però cal que tinguem en compte que la relació laboral s'ha mantingut, ja que s'ha reiniciat dos mesos després, en subscriure l'actora un nou contracte d'interinitat per prestar serveis amb una categoria inclosa dins del mateix grup que l'anterior, V nivell 1, de manera que no s'ha ocasionat cap perjudici a l'actora, que no ha perdut la feina, de manera que no hi ha cap motiu perquè sigui indemnitzada, tal com ja ha reiterat aquesta Sala en diverses sentències, per la qual cosa el recurs s'estima parcialment», per concloure, ara ja amb menció al cas litigiós concret, que «[...] la relació de l'actora és indefinida no fixa (no d'interinitat) i no hi ha hagut acomiadament, ja que aquesta relació continua vigent a través de la nova contractació, que no canvia, d'acord amb el principi

d'unitat de vincle, la naturalesa de la relació –i no és procedent analitzar d'ofici el dret, o no, a salaris durant l'interval entre el contracte antic i el nou, atès que no és una qüestió plantejada i és diferent de l'acció d'acomiadament».

Per tant, va estimar parcialment tots dos recursos: va declarar el caràcter d'indefinida no fixa de la relació laboral de l'actora, però va «revocar la sentència d'instància relativa a la indemnització fixada i va deixar-la sense efecte».

Contra la sentència del TSJ, únicament va interposar RCUd la part empresarial demandada.

Convé recordar en primer lloc que l'Administració havia al·legat en suplicació quatre motius, a l'empara de l'art. 193 c) LRJS, és a dir, per infracció de normativa i jurisprudència aplicables. A més de la infracció de l'art. 70 i la disposició final quarta EBEP, es va al·legar vulneració de l'art. 49.1 b) LET amb relació a la disposició transitòria vuitena del mateix text normatiu, en considerar que, si s'hi havia d'abonar una indemnització, aquesta hauria de ser de 8 dies, i no de 12, per any de servei.

Doncs bé, en cassació, i tal com concreta el TS en el fonament de dret primer, 5, només manifesta la seva discrepància amb «la declaració del caràcter d'indefinida no fixa de la relació laboral de l'actora», i aporta com a sentència de contrast la que va dictar la mateixa Sala autonòmica madrilenya el 23 d'octubre de 2017, que, en un supòsit similar al de la sentència recorreguda, va estimar el recurs de suplicació interposat per la Comunitat de Madrid contra la sentència d'instància i va declarar inexistent la condició d'indefinida no fixa de la treballadora demandant, el contracte de la qual, d'interinitat per vacant, va ser extingit per causa vàlida, és a dir, perquè la plaça va ser ocupada per una altra persona treballadora.

La Sala analitza, en primer terme, si hi concorren els requisits que indica l'art. 219.1 LRJS per poder unificar doctrina, és a dir, si hi ha contradicció entre les dues sentències, la recorreguda i la de contrast. La resposta serà afirmativa, encertadament, al meu parer, ja que es tracta de supòsits litigiosos en què els fets són substancialment idèntics, el debat jurídic també i, per contra, els resultats són diferents perquè hi apliquen de maneres diferents l'art. 70 EBEP per tal de considerar existent o no la condició de treballadora indefinida no fixa de persones que prestaven els seus serveis des de feia diversos anys a l'Administració sanitària madrilenya i que van veure extingida la seva relació contractual laboral perquè la plaça va ser coberta, després de la celebració del concurs preceptiu, per una altra persona.

En definitiva, es tracta de sentències contradictòries que requereixen unificació, i això, recorda la Sala remetent a la seva sentència de 17 de juliol de 2017, «amb independència del grau d'encert dels raonaments emprats per les sentències comparades». En l'apartat 2 del fonament de dret segon se sintetitza la tesi de la Sala: «[...] Realment el que està en joc és si la superació del termini de tres anys, article 70 de l'EBEP, converteix l'interí per vacant en indefinit, qüestió que es resol de ma-

neres diferents i necessita ser unificada. El fet que l'EBEP el contingui, inicialment, la Llei 7/2007, publicada uns anys després de la signatura del contracte de la demandant en aquest procés, no obsta aquesta identitat substancial, perquè la sentència d'instància i la de suplicació recorreguda funden la novació del contracte, precisament, en l'article 70 d'aquesta Llei, que va entrar en vigor després de la signatura del contracte la durada del qual es va estendre fins al 30 de setembre de 2016, és a dir, que durant més de vuit anys van ser d'aplicació la Llei 7/2007 i el RDLeg 5/2015, que va aprovar un nou text refós de l'EBEP, l'article 70 del qual reserva la mateixa redacció pel que fa a allò que aquí interessa».

La tesi de la recurrent, i estem ja en el fonament de dret tercer, és, sempre segons la Sala, que s'ha infringit l'art. 70 EBEP en relació amb la seva disposició final quarta, («en entendre, en essència [...]») que l'apartat 1 de l'article esmentat no és aplicable, de manera que la sentència recorreguda ha incorregut en infracció de la normativa aplicable, «en no imposar la novació del contracte simplement perquè han transcorregut tres anys».

Sense dilació, la Sala anuncia que el recurs ha de prosperar, amb la contundent afirmació inicial, suposo que per donar cobertura a tot el que immediatament s'exposarà (i amb moltes discrepàncies per part del vot particular), que la no aplicació de l'art. 70 EBEP (i dic de passada que ja no hi trobarem cap referència a la disposició transitòria 4 esmentada) a supòsits com el que ara s'enjudicia «és doctrina reiterada d'aquesta Sala». Cal dir que aquesta doctrina no la trobarem només en les dues sentències que se citen en paràgrafs posteriors, sinó també en les que s'estan dictant en els molt nombrosos RCUD pendents davant del TS com a conseqüència de la suspensió de la tramitació fins que el TJUE, primer, i el mateix TS es manifestessin sobre l'existència o no d'una causa objectiva que diferenciï (i ja sabem que la resposta ha estat afirmativa) entre l'extinció del contracte d'interinitat (temporal) per compliment d'una de les causes que preveu la normativa vigent i l'extinció d'un contracte indefinit que per causes objectives, i el seu efecte sobre el (no) abonament d'indemnització en el primer supòsit.

La Sala acudeix, en primer lloc, a la sentència de 19 de juliol de 2016, en la qual també va haver-hi un vot particular fortament discrepant del mateix magistrat que l'ha signat en aquesta sentència. La sentència posava l'accent en la incompatibilitat de l'accés de la condició de l'interí a indefinit (no fix) només per la demora en la tramitació de procediment de selecció amb «el respecte als principis que regulen les convocatòries i selecció de personal en les administracions públiques [...]». Es refereix, a continuació, a la «matisació» de la seva doctrina anterior per la sentència dictada en Ple el 24 d'abril de 2019, de la qual posa l'accent (a diferència d'on ho posa el vot particular) en el fet que la manera com s'hagi d'aplicar el termini de tres anys a què es refereix l'art. 70.1 EBEP depèn de les circumstàncies concretes de cada supòsit a fi i efecte de valorar-ne la transcendència jurídica i la possible novació del contracte inicialment d'interinitat.

La sentència de 4 de juliol de 2019, basant-se en les dues sentències esmentades, acull la tesi que l'execució de l'OOP té una durada màxima de tres anys, però que això no implica de cap manera que l'EBEP estigui possibilitant la novació automàtica d'un contracte d'interinitat per vacant, ni tampoc que una modalitat contractual com aquesta tingui una durada màxima de tres anys, i ara també es basa en la sentència del TJUE de 5 de juny de 2018, Lucía Montero Mateos, assumpte C-677/16, per fer la seva interpretació particular del tantes vegades esmentat apartat 64, que es refereix a la «durada inusualment llarga» d'un contracte d'interinitat i la seva possible novació, per arribar a la conclusió que el TJUE està avalant que la modalitat contractual pot durar més de tres anys i que han de ser els tribunals nacionals «els que valorin si aquesta durada excessiva justifica la conversió en fix del contracte temporal».

Un cop la Sala ha fixat la doctrina general, és a dir, ha conclòs (amb tesi discrepant del vot particular) com cal interpretar l'art. 70.1 EBEP, arriba el moment de resoldre el cas concret, i amb satisfacció per l'Administració recurrent ja que «no s'aprecia cap irregularitat en la [seva] manera de procedir». I en què es basa per arribar a aquesta conclusió? Doncs en dos arguments que no deixen de ser certament sorprenents, al meu parer, si tenim en compte totes les dates importants del litigi i, molt especialment, la del començament de la prestació de serveis (2001) amb un contracte d'interinitat per cobertura de vacant.

El primer argument és que, per Ordre de 8 de gener de 2008, publicada al Butlletí Oficial autonòmic del dia 23, «es va actualitzar l'oferta d'ocupació pública dels anys 1998 a 2004, la qual cosa evidencia que no va haver-hi inactivitat de l'Administració». El segon argument, i continuo insistint que ens fixem en les dates importants del cas, es que les convocatòries per cobrir ofertes de feina «van quedar paralitzades per la greu crisi econòmica que va patir Espanya en aquesta època i que va donar lloc a nombroses disposicions que limitaven les despeses públiques, com el RDL 20/2011, de 30 de desembre, i la Llei 22/2013, de pressupostos generals, que van tenir una incidència directa en la despesa de personal i en les convocatòries d'ocupació pública, ja que van prohibir la incorporació de personal nou, encara que fos temporal, i les convocatòries de processos selectius per cobrir places vacants, encara que fos de llocs ocupats interinament i en procés de consolidació d'ocupació (articles 3 RDL 20/2011 i 21 de la Llei 22/2013)».

Suposo que la majoria de la Sala era conscient de les crítiques que formularia el vot particular sobre com s'havia utilitzat la sentència de 24 d'abril per arribar a la conclusió defensada, i que aquesta sentència admetia la possibilitat de la novació fins i tot abans de transcórrer els tres anys que fixa l'art. 70.1 EBEP, per convertir la contractació en indefinida no fixa. També mereix una atenció especial la manera com salva aquesta possible crítica, si llegim després amb atenció el vot particular discrepant: segons la Sala, no es tracta de supòsits iguals perquè en la primera no va haver-hi cap acció de l'Administració tendent a cobrir la vacant, men-

tre que a l'ara recorreguda «va haver-hi OOP el 2001 i el 2009»; a més, en l'ara enjudiciada només es debat si és aplicable o no l'art. 70 EBEP, i per això, a diferència de l'anterior, no s'entra en la qüestió de si va haver-hi abús o frau en la contractació temporal. Acudint de nou a la sentència Lucía Montero Mateos del TJUE i a la remissió que fa aquest tribunal als tribunals autonòmics perquè decideixin si es pot reclassificar la modalitat contractual tenint present les circumstàncies concretes del cas, arriba a la conclusió que «no podem plantejar-nos d'ofici l'existència de frau de llei o abús de dret, sota pena d'incórrer en incongruència *extra-petita*», basant-se en sentències de la Sala de 19 d'octubre de 2015, 25 d'abril i 18 de setembre de 2017, i conclou amb claredat (que tindrà una contundent rèplica en contra en el vot particular) que la jurisprudència de la Sala impedeix analitzar qüestions com el frau o l'abús de la contractació temporal que no van ser objecte d'examen en la sentència recorreguda, ja que, si hi entressin, «deixaríem indefensa a l'ocupadora».

Analitzem, a continuació, els continguts més rellevants del vot particular discrepant, educat i moderat en les formes, al mateix temps que amb una contundència innegable en la crítica jurídica als arguments de la sentència. Aquesta contundència es deixa entreveure ja en l'apartat primer, en el qual, després de subratllar que l'única qüestió a debat és determinar si la treballadora demandant té la condició d'indefinida no fixa, assenyala que la contractació data del 3 de juliol de 2001, i que l'extinció d'aquesta interinitat es produeix el 30 de setembre de 2016, «és a dir, més de quinze anys després», cosa que no ha estat qüestionada per la majoria de la Sala i que porta al signant, i les magistrades adherides del vot, a manifestar, em sembla que amb molta ironia crítica, que la sentència «considera normal que un treballador pugui romandre com a interí per vacant per a l'Administració pública durant un període temporal tan dilatat i que ni tan sols amb això n'hi hagi prou per conferir-li la condició d'"indefinit no fix" [...]».

A partir d'aquesta premissa prèvia, amb la qual es discrepa radicalment, s'entra a fonamentar la tesi defensada, partint de les dades fàctiques de la sentència d'instància, inalterada en el recurs de suplicació i la sentència posterior. Amb una argumentació acurada, i contradient totalment les tesis de la sentència, s'exposa que la contractació es va efectuar el 2001 en termes de vinculació a una oferta pública d'aquell any, i no consta en el relat de fets provats que aquesta oferta pública es dugués a efecte, «ni que l'Administració autonòmica fes cap activitat per cobrir reglamentària la plaça». Amb la mateixa ironia crítica que en el supòsit anterior, amanida i completada ara amb el suport jurídic necessari, el vot particular afirma que la sentència majoritària fa referència a una Ordre de l'any 2008, dictada, doncs, després de l'entrada en vigor de l'EBEP, «no invocada ni tan sols per l'Administració pública ocupadora en el seu recurs (sense que consideri que això generi indefensió per a la part contrària), de la qual, per la seva mera publicació en el butlletí oficial, presumeix que l'Administració va dur a terme realment actua-

cions pel que fa a la plaça qüestionada, la qual cosa no es va al·legar enlloc ni consta, i d'això dedueix l'existència d'una activitat administrativa oportuna i suficient per a aquests fins [...]», per concloure que l'afirmació genèrica que mitjançant aquella Ordre es va actualitzar l'OOP del període 1998 a 2004 «no acredita que es convoqués concretament plaça ocupada interinament per l'actora ni, si escau, el que va passar amb aquesta plaça, si es va cobrir, si es va cobrir però la persona que va obtenir la plaça no la va ocupar, si va quedar deserta o qualsevol altra circumstància decisiva». Com es pot comprovar, ironia i fonamentació van estretament de bracet (jurídicament, és clar).

El vot particular centra la seva atenció en el transcurs d'amplis períodes temporals en què la treballadora va estar prestant serveis i durant els quals l'Administració demandada no va dur a terme cap actuació amb vista a la convocatòria de l'OOP corresponent. Si prenem només en consideració la data d'entrada en vigor de l'EBEP, el 13 de maig de 2007, la demandant ja havia prestat els seus serveis durant cinc anys i nou mesos, un període, recorda el vot, després del qual cal entendre raonablement que el subjecte ocupador «havia vulnerat les regles imperatives de la contractació temporal i de l'exigència i persistència de causa per a aquesta contractació, en mantenir irregularment aquesta forma de contractació que evidenciava una llarga inactivitat de l'Administració pública ocupadora i durant un període que és factible de qualificar com a inusualment llarg i injustificat, ja que excedeix de molt els límits normals previstos per a la durada ordinària de la contractació temporal, fins i tot per a la interinitat per vacant, i això encara que s'adoptés una interpretació flexible en favor de l'Administració pública ocupadora respecte als ocupadors privats, vist l'art. 4.2 (contracte d'interinitat) del Reial decret 2720/1998, de 18 de desembre [...]».

Apunta a favor de la seva tesi de vulneració de la normativa vigent per durada inusualment llarga (observem, doncs, les discrepàncies sobre el que cal entendre per això entre la majoria de la Sala i el vot particular) que no constava l'existència d'un procés de selecció, i que encara que no hi hagi, abans de l'EBEP, un termini màxim per a la durada d'un procés de selecció en l'ocupació pública, això no implicava cap manera donar carta blanca a l'Administració, ja que aquesta «ha d'acreditar que no hi ha hagut inactivitat per part seva i que ha promogut els mecanismes adequats, en el temps raonablement exigible, per a la provisió de les vacants», tesi que troba suport en els art. 6.4 i 7.2 del Codi civil (sobre frau de llei i abús de dret). En suma, ja abans de l'entrada en vigor de l'EBEP la treballadora havia de ser considerada indefinida no fixa.

I si avancem en el temps, continua sense trobar-se cap activitat de l'Administració per a la convocatòria d'OOP fins al 3 d'abril de 2009, és a dir, quan la treballadora ja portava set anys i vuit mesos prestant serveis, dada que reforça la tesi anterior, i tot això, novament amb ironia crítica, subratlla el vot, es produeix abans de la «greu crisi econòmica» citada per la sentència.

Que aquesta crisi va existir no es posa, no ho poso, en dubte, i que va afectar especialment l'àmbit públic és cert, i per això suposo que el vot particular no entra a emfatitzar la importància del fet que haguéssim d'esperar set anys més, des que es va convocar el concurs fins que es va cobrir la plaça (setembre de 2016) per al còmput de temps en què la treballadora ha estat interina gairebé permanent, encara que no deixa de subratllar que no consten les causes de la dilació d'aquests set anys ni hi ha en les actuacions cap al·legació de l'Administració ocupadora en aquest sentit. I diré de passada que en el vot es fa referència a la convocatòria del procés selectiu el 3 d'abril de 2009 per subratllar la diferència entre el que recullen els fets provats i l'argumentació de la sentència majoritària, ja que aquest procés selectiu «en la sentència d'instància confirmada en suplicació es nega que fos de consolidació de l'ocupació i l'ara recurrent no va pretendre la modificació dels fets provats de la sentència d'instància en què no consta tal dada».

El vot coincideix amb la sentència en què la Sala pot decidir aplicar la doctrina que considera més correcta, sense quedar condicionada per les argumentacions de les parts, i és amb l'aplicació d'aquesta tesi com la sentència falla a favor de la part ocupadora, i li critica que no utilitzi altres arguments que poden servir, i així ho exposa a continuació, per defensar la tesi favorable a la part treballadora amb l'argument que això «li generaria indefensió a l'ocupadora».

La seva tesi, és que l'aplicació de la doctrina que conté la sentència de 24 d'abril de 2019 hagués pogut portar perfectament a la desestimació del recurs empresarial i la confirmació de les sentències d'instància i de suplicació, i que fins i tot la sentència del TJUE del cas *Lucía Montero Mateos* «és molt qüestionable» que avaluï la tesi de la sentència majoritària que un contracte d'interinitat pugui durar més de tres anys. Formula el vot una dura crítica formal, amb un evident impacte substantiu o de fons en la decisió adoptada, a l'al·legació de no poder entrar, per pretesa incongruència *extra-petita*, en un hipotètic frau de llei o abús de dret, i destaca el següent: «Tot i que, com reconeix la sentència majoritària mateixa, per arribar a la conclusió estimatòria del recurs formulat per l'ocupadora s'han canviat els termes del debat plantejat per la recurrent que exclusivament invocava no aplicació de la DT 4 EBEP; i atès que vist el plantejament de la demanda i l'estimació essencial de la pretensió actora en la sentència d'instància i en la recorreguda, en aplicació estricta de la doctrina d'aquesta Sala de cassació en la data dels fets, no es pot entendre que li fos exigible a l'actora que interposés recursos de suplicació i de cassació contra les sentències referides perquè se li estimés igualment la seva pretensió però per motius diferents».

Tot això el porta a concloure que s'hauria hagut de desestimar el recurs i d'aplicar la doctrina de la sentència de 24 d'abril esmentada, com també una interpretació de l'apartat 64 de la sentència *Lucía Montero Mateos* per evitar situacions contractuals no conformes als objectius de l'Acord marc annex a la Directiva 1999/70/CE d'afavorir la contractació de durada indefinida i reservar la contracta-

ció de durada determinada a supòsits en què hi hagi causa degudament justificada per fer-ho i amb un període temporal concret, i afirma el vot particular amb una duresa dialèctica innegable que és «difícilment comprensible que la finalitat de l'Acord marc es compleixi amb la interpretació que en fa la sentència majoritària».

Concloc. Set anys i vuit mesos (sense comptar els set anys de la crisi econòmica) li semblen, certament, excessius a aquest fonamentat i documentat vot particular, fins i tot amb interpretacions flexibles de les normes aplicables, per a un contracte d'interinitat per cobertura de vacant, i molt més si no va haver-hi cap activitat de l'Administració ocupadora per a la convocatòria. Però no és aquesta la tesi de la sentència, de cap manera, com he tractat d'explicar.

V. Dret a la readmissió dels treballadors fixos, i no dels altres, després d'un acomiadament disciplinari no conforme a dret. El TJUE accepta la diferència de tracte. Sentència de 25 de juliol de 2018 (C-96/17)

1. Consideracions prèvies

El TJUE (Sala Sisena) va dictar sentència el 25 de juliol de 2018 donant resposta a la qüestió prejudicial plantejada el 26 de gener de 2017 pel JS núm. 2 de Terrassa (assumpte C-96/17).

Es tracta d'una resolució d'una importància especial per al personal laboral que presta serveis en l'ocupació pública, ja que en aquesta qüestió es plantejava si el reconeixement del dret de readmissió dels treballadors fixos que preveu l'art. 96.2 EBEP, és contrari o no al principi de no-discriminació que preveu la clàusula 4 de la Directiva 1999/70/CE, pel que fa als indefinits no fixos i temporals. Com explicaré més endavant, el TJUE considera possible la diferència de tracte entre uns treballadors i els altres, trobant-se ja una bona síntesi de la sentència en la nota de premsa del gabinet de comunicació del tribunal, titulada «L'Acord marc sobre el treball de durada determinada no s'oposa al fet que el personal laboral no fix de l'Administració espanyola no tingui dret a una garantia de readmissió en cas d'acomiadament disciplinari improcedent», i aquest molt ampli subtítol: «En efecte, d'acord amb el dret comú en aquest cas l'empresari pot triar entre readmetre o indemnitzar el treballador. El tracte diferenciat a què té dret el personal laboral fix, que ha de ser readmès, està justificat per la garantia de permanència en el lloc que, en virtut del dret de la funció pública nacional, només pot ser invocada per aquest personal».

Procediré, en primer lloc a recordar el contingut de la qüestió prejudicial i els antecedents del litigi que van portar a la presentació de la demanda, en procediment per acomiadament, davant del jutjat. Després, faré l'examen de la sentència del TJUE.

2. Qüestió prejudicial que planteja la interlocutòria del JS núm. 2 de Terrassa de 26 de gener de 2017

La interlocutòria dictada el 26 de gener pel JS núm. 2 de Terrassa versa sobre l'acomiadament disciplinari d'una treballadora infermera d'un hospital públic, que té la condició jurídica d'indefinida no fixa, i el jutjador es qüestiona si el reconeixement del dret de readmissió dels treballadors que preveu l'art. 96.2 EBEP és contrari o no al principi de no-discriminació que preveu la clàusula 4 de la Directiva 1999/70, pel que fa als indefinits no fixos i temporals. Les qüestions prejudicials plantejades són les següents:

¿Es considera dins del concepte «condicions de treball» de la clàusula 4 apartat 1 de la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada, la resposta legal que ofereix l'ordenament jurídic davant de la qualificació d'un acomiadament disciplinari considerat il·legal i especialment la resposta que assenyalava l'article 96.2 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic?

¿La clàusula 4 apartat 1 de la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada, consideraria discriminatòria una situació com la que preveu l'article 96.2 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, en què l'acomiadament disciplinari d'un treballador fix al servei de les administracions públiques si és declarat improcedent –il·legal– suposa sempre la readmissió del treballador, però, si és indefinit –o temporal– que realitza les mateixes funcions que un de fix, atorga la possibilitat de no readmetre'l a canvi d'una indemnització?

Quines són les raons o motivacions que porten el jutjador a plantejar la qüestió prejudicial?

En primer lloc, cal conèixer el litigi suscitat, que és la demanda per acomiadament presentada per una treballadora que presta serveis en el Consorci Sanitari de Terrassa, amb la categoria professional de diplomada en infermeria grup 2, i que el jutge posant de manifest ja des del començament de la interlocutòria que realitza una «activitat igual que qualsevol altre treballador d'infermeria grup 2 fix en l'empresa demandada». Estem, doncs davant d'un vincle contractual existent entre una treballadora i una entitat pública, vincle que s'inicia el 30 de maig de 2006 mitjançant la subscripció d'un contracte d'interinitat amb la Fundació Sant Llàtzer que va concloure el 14 d'agost de 2006, si bé va continuar prestant serveis en la mateixa empresa a partir del dia 15, tot i que amb un nou contracte d'interinitat, que va ser transformat en indefinit el 28 de desembre de 2006. Consta en la relació de fets que el contracte es va formalitzar a temps parcial, molt poc parcial, permetin-me el comentari, ja que la jornada diària era de set hores i trenta

minuts. Molt poc després, l'11 de gener de 2007, va passar a jornada completa. Amb posterioritat, es va produir una subrogació en la titularitat empresarial, que va comportar que la treballadora passés a prestar serveis per al Consorci Sanitari de Terrassa.

Els avatars del cas tenen un interès particular, ja que, a més dels referenciats, ens trobem a partir del 20 de juliol de 2011 amb la sol·licitud d'una excedència voluntària per un any, concedida per l'empresa i que posteriorment va ser prorrogada en dues ocasions, també anualment, fins que la treballadora en va sol·licitar el reingrés el 19 de juny de 2015. Les disputes entre la treballadora excedent i l'empresa respecte a les condicions del reingrés plantejades per aquesta darrera van portar, finalment, a l'acomiadament disciplinari de la treballadora per absències injustificades a la feina, negades del tot per la demandant en el tràmit d'expedient obert per l'empresa com a pas previ a la decisió adoptada, argumentant que «negava la responsabilitat disciplinària perquè entenia que la demandada havia efectuat una ficció jurídica per contrarestar la sol·licitud de reingrés».

El jutge passa revista a la normativa nacional i europea que considera aplicable per a la resolució del litigi, com són, en primer lloc, els art. 2, 7, 93 i 96 del RDLeg 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de l'EBEP. En segon lloc, repassa la jurisprudència espanyola aplicable al cas, i explica amb detall com la jurisprudència del TS ha anat construint el concepte de treballador indefinit no fix, i conclou després del seu estudi amb l'afirmació que el TS «atorga al contracte de treball indefinit dels treballadors al servei de les administracions públiques un estatus gairebé idèntic –per no dir idèntic– als contractes de treball d'interinitat per vacant que profusament explica la Sala Social del Tribunal Suprem en la sentència transcrita» (de 24 de juny de 2014, cas Universitat Politècnica de Madrid). A continuació, es deté en la normativa europea, amb menció de les clàusules 3 i 41 de l'Acord marc incorporat com a annex a la Directiva 1999/70/CE i l'art. 20 CDFUE, que disposa que «totes les persones són iguals davant de la llei».

A partir de l'apartat cinquè, el jutgador es planteja, i formula, les «raons per preguntar sobre la interpretació del dret de la Unió Europea», i atès que hem partit de l'estatus contractual de treballadora indefinida no fixa que planteja una demanda per acomiadament, la possible declaració d'improcedència de la qual en seu judicial donaria a la part empresarial la possibilitat, ex art. 56 LET, d'optar entre la readmissió del treballador o l'abonament d'una indemnització, i que l'art. 96.2 EBEP disposa que és procedent la readmissió del personal laboral fix, és a dir, sense opció per a l'elecció de la indemnització per la part empresarial, «quan sigui declarat improcedent l'acomiadament acordat com a conseqüència de la incoació d'un expedient disciplinari per la comissió d'una falta molt greu» (expedient tramitat en aquests termes en el cas ara analitzat), creu el jutge que aquesta diferència de regulació jurídica presenta «una peculiaritat que justifica la presentació d'aquesta qüestió prejudicial», per entendre que podria no ser conforme als apartats anterior-

ment referenciats de l'Acord marc annex a la Directiva 1999/70/CE, i més concretament a la clàusula 4.1. Per arribar a aquesta hipòtesi, a tenir dubtes sobre la correcta adequació del dret intern al comunitari, el jutge entén, amb prou base comunitària per fer-ho, al meu parer, que, en el cas de la treballadora acomiadada, és aplicable l'apartat 3 de l'Acord marc, perquè es tracta d'un contracte que, encara que formalment es denomini indefinit no fix, està subjecte a una clàusula objectiva de temporalitat, com és la convocatòria pública de plaça per cobrir la vacant existent, i a què és aplicable la normativa comunitària tal com va declarar el TJUE en l'assumpte León Medialdea (interlocutòria d'11 de desembre de 2014, assumpte C-86/14), i va acollir posteriorment el nostre TS en sentència de 6 d'octubre de 2015. És interessant el dubte que planteja el jutgador respecte a la naturalesa indefinida o temporal del contracte, atès que si s'hagués acceptat formalment la primera hipòtesi, que el jutge descarta, no estaríem comparant un contracte temporal amb un altre de fix o d'indefinit comparable. En suport de la seva tesi jurídica, acudeix a l'argument que la treballadora no ha consolidat la plaça que ocupa, plaça en propietat o fixa, «de manera que manté una situació precària pel que fa a treballadors fixos comparables».

Les qüestions prejudicials plantejades ho seran per diversos motius. En primer lloc, pels dubtes del jutgador de si la regulació o el tractament legal de l'acomiadament disciplinari que regulat l'art. 96.2 EBEP és «una condició de treball» d'acord amb el contingut, i la interpretació que n'ha fet la jurisprudència comunitària, de la clàusula 4.1 de l'Acord marc. En aquest punt, el jutgador recorre a la sentència Ana de Diego Porras I, apartats 28 a 30, a partir de la qual «intueix» que la resposta hauria de ser afirmativa, però la inexistència d'un pronunciament exprés sobre la qüestió el manté en la incertesa, si bé no amaga el jutgador que la resposta hauria de ser positiva si seguim la sentència Nierodzik (13 de març de 2014, assumpte C-38/13, apartats 27 i 29), tot i que reafirma el dubte perquè és «atenent la naturalesa legal del que seria la condició laboral... cosa que porta al plantejament d'aquesta qüestió particular». Recordo en aquest punt que l'apartat 27 disposa que «En aquest assumpte, ha de destacar-se que la normativa nacional controvertida en el litigi principal té per objecte les condicions de resolució d'un contracte de treball de durada determinada. Doncs bé, una interpretació de la clàusula 4, apartat 1, de l'Acord marc que excloués aquestes condicions de resolució de la definició del concepte de “condicions de treball” en el sentit d'aquesta disposició equivaldria a reduir, en detriment de l'objectiu d'aquesta disposició, l'àmbit d'aplicació de la protecció concedida als treballadors temporals contra les discriminacions».

Un cop plantejat el primer dubte, sorgeix immediatament el segon, relatiu a la conformitat a la normativa comunitària de la diferència de protecció jurídica per a un acomiadament disciplinari declarat procedent, segons que la demandant tingui un vincle contractual o un altre (temporal-indefinit no fix, o fix). Novament, en aquest punt el jutgador visita la sentència Ana de Diego Porras I, de la qual trans-

criu els apartats 35 a 44, i pel que fa més concretament a l'anomenada justificació objectiva d'una diferència de tracte acudeix als apartats 45 a 52. Creu el jutgador que no hi ha cap pronunciament exprés sobre la qüestió plantejada i per això la formula, tot i que ja li avança al TJUE que sí que considera, tot i que formula la seva tesi «amb reserves», que no troba en la normativa comunitària referenciada, interpretada pel TJUE, aquesta justificació objectiva per diferenciar una situació jurídica de l'altra, de manera que, al seu parer, la diferència en el grau de protecció en un supòsit d'acomiadament declarat improcedent seria discriminatòria perquè la desigualtat no estaria objectivament justificada. La qüestió prejudicial planteja la seva hipòtesi amb relació a l'art. 20 CDFUE per la seva relació amb la clàusula 4.1 de l'Acord marc, si bé no hi ha més explicació o argumentació sobre l'aplicació directa de la Carta, qüestió sobre la qual sí que hi ha, certament, una àmplia argumentació del TJUE en diverses sentències dictades amb relació a conflictes laborals.

3. Sentència del TJUE de 25 de juliol de 2018

El TJUE passa a respondre conjuntament a les tres preguntes que formula la qüestió prejudicial, si bé la tercera queda ja pràcticament descartada d'inici, en tant que el tribunal parteix de la base que el cas s'ha d'examinar a la llum del que disposen la Directiva i l'Acord marc annex (clàusula 4), ja que tots dos textos «apliquen, pel que fa als contractes de durada determinada, el principi d'igualtat jurídica que recull l'art. 20 de la CDFUE».

Els primers apartats de la fonamentació jurídica (núm. 19 a 24) li serveixen al TJUE per recordar la seva doctrina consolidada sobre els objectius i la finalitat de l'Acord marc annex a la Directiva 1999/70/CE, com són garantir el principi d'igualtat i no-discriminació dels treballadors temporals respecte dels que tenen una relació contractual indefinida.

Sí que em sembla convenient ressaltar que pràcticament totes les cites jurisprudencials que es troben en aquesta sentència són referides a la nova doctrina del TJUE que estableixen les sentències de 5 de juny, i més concretament en la dictada en l'assumpte C/574/16, Grupo Norte Facility, ja que només n'hi ha una en la qual es cita el cas Ana de Diego Porras I. Encara que aquesta referència a l'efecte d'anàlisi del cas ara enjudiciat és incidental, no és menys cert que marca una orientació clara del TJUE respecte als criteris jurisprudencials que cal prendre en consideració en noves sentències, o el que és el mateix, la clara i evident «desafecció» del cas Ana de Diego Porras I.

Què és un treballador indefinit no fix? És indefinit o és temporal? Amb la complexitat de les anades i vingudes de les sentències del TS, no sabem molt bé quin seria el seu estatus, però això no em sembla que en aquesta ocasió tingui impor-

tància, ja que el TJUE assumeix, fa seva, la tesi de l'òrgan jurisdiccional remitent, que considera que estem en presència d'una treballadora la relació contractual de la qual és de «durada determinada», de manera que, sense més argumentacions jurídiques, considera que està dins de l'àmbit d'aplicació personal (clàusula 3) de l'Acord marc.

La qüestió litigiosa versa sobre la possible readmissió en cas d'acomiadament disciplinari no ajustat a dret, que predica per als treballadors fixos (únicament) l'art. 96.2 EBEP, i no hi ha cap referència a altres categories de treballadors que prestin serveis en el sector públic, com és el cas ara analitzat d'una treballadora indefinida no fixa. Estem davant d'una condició de treball, a la qual se li pot aplicar l'Acord marc? Sí, ja que es tracta (doctrina jurisprudencial consolidada, encara que ara només se citi la sentència C-574/16) d'una mesura inclosa en l'àmbit de la relació laboral entre la part ocupadora i la treballadora, i la seva exclusió és contrària a l'objectiu perseguit de garantir la igualtat de tracte dels treballadors temporals. No obstant això, cal assenyalar que el TJUE pateix una confusió, al meu parer, entre allò que es planteja (la readmissió) i allò que és possible en l'ordenament jurídic laboral en general i en el sector públic per als treballadors no fixos (la possible substitució de la readmissió per la indemnització), encara que no tingui rellevància per a la resolució del litigi, atès que tots dos supòsits queden inclosos al meu parer dins del concepte de «condicions de treball». No està en joc, com erròniament planteja el TJUE, «una indemnització com la controvertida en el litigi principal» (apartat 31), sinó la regulació del règim jurídic de readmissió o reincorporació del treballador acomiadat de manera no conforme a dret, i del que es tracta és de determinar si aquesta regulació (que insisteixo que ha d'entrar dins del concepte de condicions de treball) és aplicable també als treballadors no fixos.

Els apartats 32 a 39 semblen més aviat un recordatori general de la doctrina de la sentència del Grupo Norte Facility, en el fet que s'han de tractar de manera semblant situacions comparables, sent la possibilitat d'un tracte diferent possible quan aquest sigui o estigui «objectivament justificat». Que hi ha una diferència de tracte entre el rebut per la part demandant, respecte a la possibilitat que té l'empresa d'optar entre readmetre o indemnitzar en cas d'acomiadament improcedent, amb relació a un treballador fix, per al qual únicament es preveu la readmissió, és clar i evident. Una altra qüestió (ja ens anem acostant al nucli dur o part fonamental de la sentència) és que ens trobem davant d'una situació que permeti diferenciar-se d'una altra de comparable «per raons objectives». No obstant això, deixar clarament plantejada que aquesta comparabilitat existeix en el cas enjudiciat, el TJUE remet a l'òrgan jurisdiccional nacional remitent (li ha donat alguna cosa més que meres orientacions), per determinar, per ser «l'únic competent per examinar els fets», si la treballadora demandant (indefinida no fixa) «es trobava en una situació comparable a la dels treballadors fixos contractats pel mateix empresari durant el mateix període».

L'ampli sotmetiment a la doctrina de la sentència del Grupo Norte Facility, que es comprova en l'apartat 39, es va concretar en els següents per arribar finalment a l'acceptació de les tesis formulades pel Govern espanyol respecte a la justificació de la diferència de tracte entre uns i altres treballadors, acceptació que segueix la mateixa línia que la que manifesta el TJUE en les sentències de 5 de juny de 2018 i que fan palès un canvi de tendència pel que fa a litigis anteriors en els quals també es debatia l'aplicació de la Directiva 1999/70/CE i de l'Acord marc.

Sorprèn d'entrada que el TJUE no abordi directament la resolució del litigi, sinó que ho faci després d'exposar que la regla general en l'ordenament jurídic laboral espanyol és l'opció empresarial entre la readmissió o la indemnització (justificació que troba en la documentació que consta en les actuacions i en les preguntes formulades en l'acte de la vista pública), per apuntar immediatament que l'excepció és justament la regulació de l'art. 96.2, és a dir, la readmissió d'un treballador fix quan el seu acomiadament disciplinari és declarat no conforme a dret. Cal fer aquesta referència, ja que precisament la regla general de la no readmissió obligatòria és una de les tesis que defensa el Govern espanyol per justificar que en casos ben diferenciats i justificats, com són els del personal laboral fix, que ha accedit per la via regular a l'ocupació pública, hi hagi aquesta diferència de tracte perquè aquest personal «pugui beneficiar-se d'aquesta garantia de permanència que constitueix una excepció al règim general del dret laboral».

¿Hi ha, per tant, diferències de tracte «degudament justificades», entre aquells que han accedit a l'ocupació pública per la via de les regles, constitucional i legalment previstes, que vinculen aquest accés al respecte dels principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat, i els que ho han fet «per la porta del darrere», atès que potser van poder accedir inicialment de forma regular a la contractació laboral o al nomenament de funcionari interí, però després van passar a indefinit no fix per incompliment de la normativa sobre la contractació temporal? La resposta serà afirmativa per al TJUE, que farà seves pràcticament, i sense cap valoració crítica, les tesis del Govern espanyol, per considerar que ens trobem davant de dues situacions certament comparables que poden diferenciar-se pel que fa a la normativa aplicable perquè hi ha «elements necessaris i concrets», «criteris objectius i transparents», que així ho justifiquen. El grau més alt de protecció dels treballadors fixos, la seva readmissió automàtica en cas d'acomiadament disciplinari no conforme a dret, forma part, afirma el TJUE després d'acceptar les tesis del Govern espanyol, «d'un context molt diferent, des d'un punt de vista fàctic i jurídic, d'aquell en què es troben els treballadors que no són fixos». El jurídic, apunto per la meua part, potser ho és, però, per descomptat, pel que fa al fàctic no albiro les diferències que justificarien el tracte desigual.

I dic que el TJUE fa seves pràcticament sense cap crítica alguna les tesis del Govern espanyol perquè això queda posat en evidència palesament en l'apartat 46 quan afirma que aquestes tesis poden justificar les diferències, després d'haver

rebutjat que el concepte d'«interès públic» tingui prou entitat per si sol per justificar aquestes diferències.

Com estic citant en diverses ocasions les tesis del Govern espanyol i encara no n'he fet menció concreta, és oportú assenyalar que les recullen àmpliament els apartats 42 a 44, i que, al meu parer, tenen força punts en comú amb altres observacions formulades pel Govern en litigis en què estava en joc la diferència de tracte, per exemple, entre personal fix i interí i que el TJUE no va prendre en consideració, de manera que em sembla pertinent insistir en la importància del canvi de rumb del tribunal europeu en aquest sentit. Pel seu interès, les reproduïxo a continuació i dono pas al comentari posteriorment.

42. El Govern espanyol al·lega que aquesta diferència de tracte està justificada en virtut de les normes de contractació d'aquesta categoria de treballadors i del context específic en què es produeix la seva contractació. D'aquesta manera, segons la seva opinió, la garantia de readmissió controvertida està indissociablement vinculada al sistema d'accés a llocs de personal laboral fix. En efecte, l'Estatut bàsic de l'empleat públic preveu que el sistema d'accés del personal laboral fix té caràcter selectiu i que, per tal de salvaguardar els principis d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, ha d'incloure una prova o diverses proves per determinar la capacitat dels aspirants i establir l'ordre de prelatió, o bé resultar d'un procediment de valoració de mèrits. Mitjançant la readmissió automàtica en cas d'acomiadament declarat improcedent, el legislador espanyol ha volgut protegir els treballadors fixos de l'Administració pública, respectant els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat.

43. El Govern espanyol al·lega amb referent a això que el manteniment en les funcions constitueix un imperatiu que deriva de la superació d'una oposició, la qual cosa justifica concedir més garanties al personal laboral fix, com ara el dret de permanència en el lloc, que al personal laboral temporal o a l'indeinit no fix.

44. Segons aquest Govern, per al personal fix, la readmissió obligatòria garanteix l'estabilitat en l'ocupació, tenint en compte els principis consagrats en la Constitució espanyola, mentre que, per al personal no fix, el manteniment en les funcions no constitueix un element essencial de la relació laboral, de manera que, en aquest cas, el legislador espanyol no ha considerat convenient privar l'Administració ocupadora de la facultat de triar entre readmetre el treballador l'acomiadament disciplinari del qual és declarat improcedent i concedir-li una indemnització.

Tan devot i respectuós de les tesis del Govern espanyol (sembla que les reprimendes que es van fer al TJUE en ocasió de la sentència Ana de Diego Porras I estan tenint alguna cosa més que un mer efecte) és el tribunal europeu que la lectura de l'apartat 45 sembla una repetició dels tres anteriors, si no fos perquè ara el TJUE fa seva les tesis del Govern espanyol, manifestant-se en aquests termes: «[...] Referent a això, les consideracions d'imparcialitat, eficàcia i independència de l'Administració impliquen una certa permanència i estabilitat en l'ocupació. Aquestes consideracions, que no tenen equivalent en el dret laboral comú, expli-

quen i justifiquen els límits a la facultat d'extinció unilateral dels contractes imposats als ocupadors públics i, en conseqüència, la decisió del legislador nacional de no concedir-los la facultat de triar entre readmissió i indemnització del perjudici sofert a causa d'un acomiadament improcedent».

Bé, afirmo, sembla que hi ha dos criteris, un del Govern espanyol i un altre del TJUE (si bé basat essencialment en les tesis del primer) que han de merèixer la nostra atenció.

La primera, la diferència de tracte, la «preferència» (= estabilitat) dels treballadors fixos per mantenir la seva ocupació quan la decisió disciplinària empresarial no sigui conforme a dret es basa en la superació d'unes determinades proves per a l'accés a la plaça ocupada, i han d'haver-se respectat en el concurs preceptiu els principis d'igualtat, mèrit i capacitat (a més de la deguda publicitat de la convocatòria). Les seves «funcions», sempre seguint la tesi del Govern espanyol, requereixen que tinguin una protecció especial davant de la màxima sanció disciplinària que pot imposar l'ocupador (acomiadament), cosa que no passa en el supòsit dels treballadors no fixos, per als quals el manteniment de les seves funcions «no constitueix un element essencial de la relació laboral».

Doncs bé, ¿està apuntant el Govern espanyol a la menor importància, pràctica, de la feina efectuada per un treballador en l'àmbit públic l'única (però, pel que sembla en aquesta sentència, molt important) diferència amb un altre és la durada, determinada o indefinida, del vincle jurídic contractual que l'uneix al seu cap? Suposo que és la via per reforçar la importància del mandat constitucional, desenvolupat legalment, sobre la forma regular, i estable, d'accés a l'ocupació pública, però no em sembla de rebut que les «funcions», el treball desenvolupat en suma, per treballadors «no fixos», que poden haver accedit de forma regular i conforme a dret a l'Administració (¿què són, per exemple, els concursos de professorat universitari per a places de professor associat, en els quals les persones aspirants han hagut de passar per un procés selectiu?), tot i que després les irregularitats administratives hagin portat a un canvi en el seu estatus contractual, tinguin menys importància «substancial» que el d'aquells que tenen més estabilitat. És aquesta una diferència que pot justificar que sigui una causa objectiva la diferència de tracte? Sí per al Govern espanyol; sí per al TJUE; i amb els meus grans dubtes respecte a això.

La segona, la tesi del TJUE que considera que «les consideracions d'imparcialitat, eficàcia i independència de l'Administració impliquen una certa permanència i estabilitat en l'ocupació». El meu parer, que de ben segur serà el de totes les persones que treballen en l'àmbit de les administracions públiques, és que el desenvolupament de l'activitat laboral, de la prestació de serveis, tant si és una persona «contractada temporal» com si és «contractada fixa», ha de produir-se amb un respecte estricte dels principis més enunciats amunt, no només perquè ha de ser consubstancial a l'exercici de l'activitat, sinó també perquè del seu incompliment

poden derivar responsabilitats jurídiques diverses en els àmbits laborals, administratius i penals. ¿Vol deixar oberta la possibilitat el TJUE, a l'estil de la finestra oberta en la sentència Lucía Montero Mateos, i que ja ha estat utilitzada pel TSJ de Madrid en la seva sentència de 26 de juny de 2018, al fet que en el cas que la prestació de serveis compleixi amb aquests principis això comporti «més estabilitat» en l'ocupació, a imatge i semblança dels treballadors fixos? No sembla desga-vellada, certament, aquesta hipòtesi.

4. Recapitulació

Concluc. Em sembla que les sentències Lucía Montero Mateos i Grupo Norte Facility, juntament amb l'analitzada en aquest bloc de la feina, marquen una línia de tendència molt més sensible a l'acceptació de les diferències de tracte entre treballadors fixos o indefinits, d'una banda, i temporals, d'una altra. Encara queden bastants qüestions prejudicials plantejades per jutjats i tribunals espanyols sobre la mateixa temàtica (desigualtat de tracte que es planteja si està justificada perquè hi ha raons objectives per en casa cas concret), de manera que caldrà continuar, molt especialment les persones treballadores afectades, molt atents a la seva evolució.

VI. Observacions finals. Qüestions pendents per regular l'extinció de la prestació de serveis

Arriba el moment d'acabar aquest treball. Bé, potser el terme acabar, o concloure, pot ser vàlid formalment, en tant que es tracta del darrer tram de l'estudi, però en realitat no ho és si tenim en compte tot el que queda pendent, justament, sobre la matèria que ha estat objecte de la meua anàlisi en les pàgines anteriors.

Perquè, no es tracta només que el TJUE respongui en les sentències que té pendents a les qüestions prejudicials plantejades sobre l'abast, si així ho considera, de la vulneració el dret de les i els treballadors temporals en l'ocupació pública que acrediten molts anys d'antiguitat en els seus llocs de treball, una durada «inusualment llarga» per utilitzar la polèmica expressió esmentada en l'apartat 64 de la sentència de 5 de juny de 2018, cas Lucía Montero Mateos (assumpte C-677/16), i que no poden accedir, per diversos motius dos dels quals, i no poc importants, per descomptat, són la manca de convocatòries d'OOP o la dilació en el temps des que es convoquen fins que se celebra el concurs, a la tan desitjada estabilitat en l'ocupació.

En efecte, el TJUE pot dictaminar, i així ho ha fet en nombroses ocasions en litigis que afectaven diverses condicions de treball i en els quals es posava de manifest la diferència injustificada de tracte, i, per tant, l'existència d'una situació discriminatòria, entre treballadors «indefinites» (fixos laborals, funcionaris de carrera) i «temporals» (interins, personal estatutari temporal), que s'està vulnerant la clàusula 5 de l'Acord marc per no haver adoptat Espanya les mesures oportunes per prevenir i corregir l'abús de l'ocupació temporal en l'àmbit públic.

En aquest cas, proporcionarà «orientacions» o «recomanacions, als òrgans jurisdiccionals remittents de les qüestions prejudicials perquè resolguin els litigis que tenen pendents, tot i que sempre recordarà l'ampli marge d'apreciació de què disposen els poders públics en la regulació de l'accés a la funció pública, i si manté les tesis que plasmen les sentències tantes vegades esmentades al llarg del meu treball en els casos Lucía Montero Mateu, Grupo Norte Facility i Ana de Diego Porras II, confirmarà la diferència en la regulació de l'extinció de treball entre els que tenen «presumpció de fixesa» (les i els treballadors temporals) i aquells que, sem-

pre segons el seu parer en interpretar la normativa espanyola i acollir les tesis defensades pel Govern, no la tenen (les i els treballadors temporals).

Ja hem vist amb anterioritat que la tesi de la «fixesa» en l'ocupació, o, dit de manera més clara, que la irregularitat en la situació laboral hagi de conduir inexorablement a una declaració de fixesa que col·locaria el personal temporal afectat en una situació idèntica a la del personal indefinit, no ha estat, almenys fins ara, la tesi acollida pel TJUE, i així ho confirma la sentència de 19 de març de 2020, que segueix en aquest punt les tesis de l'advocada general. Si es deixa la porta oberta a la possibilitat de fixar una regulació indemnitzatòria prou persuasiva i dissuasiva per portar l'Administració pública condemnada a evitar continuar fent un ús abusiu de les contractacions o els nomenaments temporals, i que això obri el camí perquè les quanties de les indemnitzacions, si finalment s'extingeix la relació de serveis, puguin ser fixades en funció del perjudici causat pels molts anys d'inestabilitat laboral en situacions que no s'haurien hagut de produir.

En aquest cas, el debat es pot plantejar en termes d'equiparar la indemnització a la de l'acomiadament declarat improcedent en les relacions contractuals a les quals s'hi aplica el dret del treball; tesi, certament, no volguda per un sector de la doctrina administrativista i, per descomptat, tampoc pels seus òrgans jurisdiccionals, que manifesten amb tota claredat que es tracta de dues branques de l'ordenament jurídic ben diferenciades per les seves característiques pròpies. Aquestes diferències són, al meu parer, cada vegada menors, si es repara en el fet que es concreten en la forma d'accés i en el règim extintiu quan ens referim al personal funcionari de carrera, o en l'estabilitat obligatòria per al personal funcionari temporal si es tracta d'un acomiadament disciplinari declarat improcedent. També pot plantejar-se l'abonament d'una indemnització que serà fixada pel jutjat o el tribunal competent en atenció al perjudici efectivament sofert.

Per això, el debat a què em referia en la presentació entre diverses paraules i allò que representen en la vida laboral d'una persona treballadora en l'ocupació pública i també per a l'Administració ocupadora (fixesa, indemnització, indemnitzacions, mèrit, igualtat, capacitat, publicitat) continua vigent, i crec que continuarà amb vigència més enllà de les sentències del TJUE, perquè allò que hauria d'intentar esmenar, les situacions indegudes de mal ús de les contractacions i els nomenaments laborals, ha de produir-se per mitjà d'un canvi normatiu, cosa que correspon aprovar al poder legislatiu, i amb això tractar de donar seguretat, i no només «presumpció de no fixesa o fixesa», a les relacions de treball de cada persona treballadora.²⁰

20. Que això és reconegut com una necessitat es comprova, per exemple, en el programa electoral del partit polític més votat en les eleccions generals celebrades el 10 de novembre de 2019, el PSOE, que, en l'apartat relatiu a ocupació digna i pensions justes, disposa: «1.11. Desenvoluparem l'Estatut bàsic de l'empleat públic, fomentant l'avaluació de l'acompliment, la carrera professional [...] i s'evitarà l'ús abusiu de la interinitat». https://www.eldiario.es/politica/DOCUMENTO-programa-electoral-PSOE-elecciones_0_957854533.html (consulta: 31 octubre 2019).

I com que cada vegada hi ha un nombre més gran de personal temporal interí, amb diferent antiguitat, i un nombre que no és inferior de persones que volen accedir a l'ocupació pública a través de les places que es convoquen en les, encara poques, ofertes d'ocupació pública, la pugna, no només jurídica sinó també social, està servida i es trasllada, com he explicat en aquest treball, als parlaments, tant estatal com autonòmics, i a les mateixes administracions afectades, per la recerca d'acords per part dels parlaments que permetin aprovar normes que possibilitin l'accés d'aquest personal a l'ocupació estable per mitjà, preferentment, del concurs de mèrits amb relació al lloc de treball ocupat i en funció dels anys d'antiguitat (i també de l'edat de la persona treballadora, en algunes ocasions), i les crítiques dels qui estan preparant les oposicions i desitgen que la regulació d'accés posi en igualtat de condicions totes les persones que es presenten a les places ofertes, amb independència que algunes d'aquestes persones (moltes, si recordem les dades estadístiques referenciades al començament de la meua exposició) estiguin prestant ja des de fa uns (o molts) anys serveis per a l'Administració convocant.

En qualsevol cas, el debat no es pot ni s'ha de centrar només en la problemàtica de l'ocupació pública, almenys al meu parer, sinó que allò a què ens hem d'enfrontar és a una nova, o, si més no, renovada, regulació de la contractació laboral temporal, amb impacte tant en el sector privat com en el públic. Cal no oblidar, en efecte, que la regulació originària de l'art. 10 EBEP, i encara molt més la modificació posterior sobre les característiques del funcionari interí, s'assemblen com dues gotes d'aigua a la regulació de l'art. 15.1 LET.

Per això, qualsevol canvi en el sector privat impacta de manera immediata en el sector públic, encara que, certament, per a aquest darrer queden qüestions pròpies com són l'OOP i la seva regulació, que queda condicionada tant pel marc normatiu propi, al qual convindria donar certesa jurídica per intentar evitar en la mesura que sigui possible els vaivens jurisprudencials sobre què cal entendre pel termini de tres anys que fixa l'art. 70.1 EBEP per a la seva execució, com per decisions polítiques vinculades a l'ús dels recursos pressupostaris existents i que poden provocar (la crisi de 2009 a 2015 ho ha fet palès) un increment del nombre de persones ocupades amb caràcter temporal i dels consegüents problemes jurídics posteriors que arriben als tribunals.

Sense cap ànim d'abordar ara amb detall aquesta nova, o renovada, regulació, de la normativa sobre la contractació temporal, que s'ha de dur a terme en el marc del nou i tan promès, però l'elaboració del qual encara no ha començat, Estatut dels treballadors del segle XXI, sí que crec que es poden apuntar algunes línies en aquest sentit que reforcin la causalitat en la contractació i la resposta adequada davant de l'ús contrari a dret de la normativa; cal recordar l'elevat nombre de personal laboral que hi ha, per exemple, en les administracions locals.

Una durada màxima d'aquesta contractació, perfectament possible en els contractes per necessitats de la producció, i més difícil però també vinculable a un període màxim en els contractes per obra o servei i interinitat, ja que l'obra o servei «permanent» i la interinitat «permanent» desvirtuen de bon començament la nota de temporalitat. Certament, en l'àmbit públic, cal concretar el termini màxim que un lloc de treball vacant pot estar ocupat per una mateixa persona treballadora en situació de temporalitat, i quan ha de sortir a concurs, o potser n'hi hauria prou amb complir la normativa vigent, no els sembla?

L'incompliment pot comportar sancions dissuasives, tant d'indole econòmica com pel que fa als efectes per mantenir el treballador al seu lloc de treball.

Les primeres, poden anar per la via d'un increment de les quanties econòmiques que estableix la Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social, i igualment, i en l'àmbit públic (ja ho preveu la Llei de PGE i ha estat també admès per la jurisprudència del TJUE) que la responsabilitat econòmica pel mal ús de la contractació temporal recaigui sobre el titular del departament que hagi autoritzat la contractació irregular o hagi permès que una contractació regular s'hagi convertit en contrària a dret.

Les segones plantegen una qüestió polèmica, certament, però que cal abordar necessàriament, com és la declaració de nul·litat de l'acomiadament i la condemna a la readmissió del treballador, que en el sector públic podria afectar treballadors laborals tant temporals com indefinits no fixos acomiadats disciplinàriament i amb declaració d'improcedència de l'acomiadament (encara que ja sabem que no és aquesta la tesi del TJUE en la sentència de 25 de juliol de 2018, assumpte C-96/17). Molt més difícil, certament, sembla la conversió d'una situació irregular en una altra de fixesa per una decisió judicial, ja que el marc normatiu per a l'accés a aquesta fixesa en l'ocupació pública el limita extraordinàriament, com hem tingut oportunitat d'explicar amb anterioritat i com es posa també de manifest en la jurisprudència del TJUE.

Moltes qüestions pendents, en definitiva, a les quals cal tractar de trobar solucions que permetin tant garantir el bon funcionament de les administracions públiques com l'estabilitat en l'ocupació de les persones que hi presten els seus serveis. En aquesta tasca han d'estar implicats tots els poders públics i tots els agents socials, i l'únic objectiu i finalitat ha de ser el benefici que en pot obtenir tota la ciutadania, i la cohesió social, si s'aconsegueix. Paga la pena l'esforç, per molt difícil que sembli en l'actualitat.

I posats a demanar, el més important fora una regulació clara que doni per tancada la problemàtica actual en l'ocupació pública, tant de cara al futur com per resoldre la litigiositat actual. No és una tasca fàcil que el suport del TJUE en gran manera a les reivindicacions del personal laboral interïi amb el respecte del que disposen els art. 23 i 103 CE, però, sens dubte, cal buscar solucions per no perdre ni dilapidar el capital humà, i els coneixements, de les perso-

nes que porten molts anys prestant els seus serveis en l'ocupació pública de manera temporal. Un repte per al Govern i per als agents socials, que hauria d'evitar una microconflictualidad permanent en seu judicial i una resposta diferent per a cada jutjat i tribunal. O, almenys, aquest és el meu parer.

Lectures complementàries d'interès per aprofundir en l'estudi de la problemàtica que tracta el llibre

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, i UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (directors). *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 novembre 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 maig 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 juliol 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 març de 2019. <<https://elderecho.com/los-problemas-procesales-del-caso-diego-porras-una-reflexion-critica-sobre-la-congruencia-del-proceso-social>>
11. DIVERSOS AUTORS. *La modalidad de contratación laboral. Libro homenaje al prof. Francisco J. Prado Reyes*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018.
12. 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.
13. 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, pàg. 158-174.
14. 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/car/lportal-portlets/documentos?nombre=4a8c9fa6-0f2c-4998-9ef7-1dd71cd85508.pdf>>
15. MONEREO PÉREZ, José Luis, i 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.
16. 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, pàg. 1139-1150.

17. 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.
18. 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.
19. 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>
20. 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.
21. 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>>
22. 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>>

L'autor

Eduardo Rojo Torrecilla és catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona des de l'any 2008. Anteriorment, va ser degà de la Facultat de Dret de la Universitat de Girona, des del juny de 1994 fins al març de 2000, i director de la seva Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania, des de l'octubre de 2001 al desembre de 2007.

Va ser director del comitè científic encarregat dels treballs d'elaboració del Pla general d'ocupació de Catalunya 2006-2008, i coordinador (des del novembre de 2007 al febrer de 2008) del grup de treball sobre l'accés al mercat de treball creat en el marc del procés d'elaboració del Pacte nacional per a la immigració a Catalunya.

És autor i coautor de nombroses publicacions sobre polítiques laborals, d'ocupació i d'immigració. Pretén transmetre les seves reflexions jurídiques i socials a totes les persones interessades a través del seu blog (www.eduardorojotorrecilla.es) i, en general, de les xarxes socials.



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

cemical.diba.cat

El CEMICAL, constituït per la Diputació de Barcelona, la Federació de Municipis de Catalunya, l'Associació Catalana de Municipis i Comarques, la Federació de Serveis Públics de la UGT de Catalunya i la Federació de Serveis Públics de CCOO, té dos objectius: promoure el progrés entre els representants dels ens locals i el personal al seu servei, i afavorir la resolució dels conflictes laborals. Amb la col·lecció Estudis de Relacions Laborals, el consorci es proposa facilitar el diàleg social, mitjançant la reflexió i el debat, i abordar qüestions objecte de discussió a les meses de negociació.

El 14 de setembre de 2016, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea va dictar tres sentències importants per a Espanya, relacionades amb conflictes jurídics sobre l'extinció de les relacions de treball en l'ocupació pública.

Aquest llibre versa sobre el seu impacte en l'extinció de la relació d'una persona que ha estat contractada temporalment i interinament per substituir-ne una altra amb reserva de lloc de treball o per ocupar una plaça vacant que ha de ser coberta, o bé d'una relació de serveis de personal funcionari interí o estatutari temporal.

- 1** La funcionarització del personal laboral al servei de les corporacions locals catalanes: 101 preguntes, 101 respostes
- 2** L'assetjament psicològic: incidència en el sector públic
- 3** La carrera administrativa: noves perspectives
- 4** La conciliació de la vida laboral i familiar del personal al servei de les entitats locals catalanes
- 5** El personal directiu a l'Administració local
- 6** El personal laboral de les corporacions locals després de l'Estatut bàsic de l'empleat públic
- 7** Els òrgans de representació del personal funcionari: delegats i juntes de personal. Una visió crítica
- 8** L'acomiadament col·lectiu en les administracions i els ens públics. Marc general, causes i procediment
- 9** Aplicació del principi de no-discriminació al personal temporal al servei de l'Administració pública
- 10** La reducció de la jornada i l'excedència per tenir cura dels fills o els familiars a les administracions públiques
- 11** La discapacitat i l'ocupació a les administracions públiques
- 12** La reinternalització de serveis públics: aspectes administratius i laborals
- 13** Transparència i funció pública
- 14** Extinció de la relació de treball en l'ocupació pública interina. L'impacte de la jurisprudència del TJUE (2016-2020)