

**LA CONTRATACIÓN TEMPORAL TRAS LAS STJUE DE 14 DE  
SEPTIEMBRE DE 2016. LOS CASOS DE DIEGO PORRAS, PÉREZ  
LÓPEZ Y MARTÍNEZ ANDRÉS.**

*Autor: Carlos Hugo Preciado Domènech*

*Magistrado especialista del Orden Social. TSJ Catalunya  
Profesor asociado URV*

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I.- INTRODUCCIÓN: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN ESPAÑA DESPUÉS DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016.....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>II.- LA DIRECTIVA 99/70 DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA. CUESTIONES GENERALES.....</b>   | <b>8</b>  |
| <b>III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO DE DIEGO PORRAS CONTRA MINISTERIO DE DEFENSA.....</b>   | <b>13</b> |
| III.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA .....   | 13        |
| III.2.- SUPUESTO DE HECHO:.....  | 14        |
| III.3.- LA RESPUESTA DEL TJUE .....  | 15        |
| <i>III.3.1- El concepto de "condiciones de trabajo": La indemnización por finalización de contrato de duración determinada es una condición de trabajo a efectos de la Directiva 99/70.....</i>  | <i>15</i> |
| <i>III.3.2.- La normativa española enjuiciada (art.49.1c) ET, art.53.1b) y art.15.1 ET) es contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo marco porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año en el caso de (a49.1c) ET).....</i> | <i>16</i> |
| III.4.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA (TCDD) EN LA DOCTRINA DEL TJUE.....  | 18        |
| <i>III.4.1- La prohibición de discriminación de los TCDD como Principio de Derecho Social y como principio general del Derecho de la Unión.....</i>  | <i>18</i> |
| <i>III.4.2.- El estándar europeo de la igualdad de trato y no discriminación, en general.....</i>  | <i>19</i> |
| <i>III.4.3.- La aplicación del estándar de igualdad de trato y no discriminación a los trabajadores/as con contratos de duración determinada.....</i>  | <i>20</i> |
| <i>III.4.4.- La eficacia directa vertical y horizontal de la cláusula 4 del Acuerdo Marco .....</i>  | <i>23</i> |
| <i>III.4.5.- El posible impacto de la doctrina sobre otros contratos distintos del de interinidad por sustitución: interinos para cobertura de vacante, formativos, obra y servicio y eventuales. ....</i>   | <i>26</i> |
| <i>III.4.6.- El impacto de la doctrina sobre el personal laboral indefinido no fijos .....</i>   | <i>29</i> |
| <i>III.4.7.- El posible impacto de la doctrina sobre el personal funcionario interino.....</i>   | <i>30</i> |
| Hay que partir de que no hay duda alguna que la Directiva 99/70 se aplica al personal funcionario interino de las Administraciones públicas.....   | 30        |
| III.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA DE DIEGO .....   | 31        |
| <i>III.5.1.- ¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos?.....</i>  | <i>31</i> |
| <i>III.5.2.- ¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad?.....</i>   | <i>32</i> |
| <i>III.5.3.- ¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares?.....</i>  | <i>33</i> |
| <i>III.5.4.- ¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos?.....</i>  | <i>33</i> |
| <i>III.5.5.- ¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento?.....</i>   | <i>33</i> |
| <i>III.5.6.- ¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse?.....</i>  | <i>33</i> |
| <i>III.5.7.- ¿Qué impacto temporal tiene esta resolución?.....</i>   | <i>33</i> |
| <b>IV.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO PÉREZ LÓPEZ CONTRA SERSACAM: Personal estatutario temporal eventual: prohibición de contratación sucesiva</b>  |           |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>temporal para cubrir necesidades permanentes y discriminación por falta de indemnización al cese.....</b>  | <b>35</b> |
| IV.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA.....  | 35        |
| IV.2.- SUPUESTO DE HECHO .....  | 36        |
| IV.3.- RESPUESTA DEL TJUE .....   | 38        |
| IV.4.- COMENTARIO .....   | 39        |
| IV.4.1.- <i>El ámbito de aplicación de la Directiva 99/70.....</i>  | 39        |
| IV.4.2.- <i>La renovación de contratos de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable .....</i>   | 39        |
| IV.4.2.1.- <i>La doctrina del TJUE sobre los límites de la sucesión de contratos de duración determinada .....</i>  | 39        |
| IV.4.2.2.- <i>La regularidad de la normativa nacional (art.9.3 Ley 55/03).....</i>  | 40        |
| IV.4.2.3.- <i>La irregularidad de práctica nacional (art.9.3 Ley 55/03).....</i>  | 41        |
| IV.4.3.- <i>Regularidad de una norma que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior; siempre que no atente al efecto útil de la Directiva. ....</i> | 42        |
| IV.4.4.- <i>La Directiva no se aplica a diferencias de trato entre trabajadores temporales ....</i>   | 42        |
| IV.4.5.- <i>La sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Madrid en el PA 371/13.....</i>  | 43        |
| IV.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA PÉREZ LÓPEZ .....  | 44        |
| <br>  |           |
| <b>III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASOS MARTÍNEZ ANDRÉS CONTRA SERVAS Y CASTREJANA CONTRA AYUNTAMIENTO DE VITORIA .....</b>   | <b>47</b> |
| V.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA .....  | 47        |
| V. 2.- SUPUESTO DE HECHO .....  | 48        |
| V.3.- RESPUESTA DEL TJUE .....  | 49        |
| V.4.- COMENTARIO .....  | 49        |
| V.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTRESANA .....  | 52        |
| <br>  |           |
| <b>VI.- PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DERIVADOS DE LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES DE CARÁCTER LABORAL Y DE RELACIONES FUNCIONARIAS O ESTATUTARIAS. ....</b>   | <b>53</b> |
| VI.1.- Cuestiones relativas a trabajadores.....   | 53        |
| VI.1.1.- <i>Principio de efectividad y sus implicaciones procesales .....</i>   | 53        |
| VI.1.2.- <i>Procedimiento ordinario de reclamación de cantidad.....</i>   | 56        |
| VI.1.3.- <i>Procedimiento de despido .....</i>  | 57        |
| VI.1.4.- <i>Procedimiento de tutela de derechos fundamentales.....</i>  | 59        |
| VI.1.5.- <i>El conflicto colectivo.....</i>   | 61        |
| VI.1.6.- <i>Sobre las extinciones producidas antes de 14/09/2016.....</i>   | 63        |
| VI.2.- Cuestiones relativas a personal laboral Administración Pública.....  | 67        |
| VI.2.1.- <i>La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/2015 de 1 de octubre .....</i>  | 67        |
| VI.2.1.1.- <i>Panorámica de las modificaciones operadas por la Ley 39/15 en la LRJS.....</i>  | 67        |
| VI.2.1.2.- <i>La supresión de la reclamación previa por la Ley 39/2015 .....</i>  | 71        |
| VI.2.1.3.- <i>Las distintas interpretaciones derivadas de la supresión de la reclamación previa laboral. ....</i>   | 74        |
| VI.2.1.4.- <i>Conclusiones prácticas. ....</i>  | 80        |
| VI.2.2.- <i>El personal indefinido no fijo. ....</i>  | 80        |
| VI.3.- Cuestiones relativas a personal funcionario interino y estatutario.....  | 81        |
| VI.3.1.- <i>Aplicación del principio de efectividad en el Orden contencioso.....</i>  | 81        |
| VI.3.2.- <i>El procedimiento abreviado por cese.....</i>  | 81        |
| VI.3.3.- <i>El procedimiento de tutela de derechos fundamentales.....</i>   | 81        |
| VI.3.4.- <i>Acumulación, tramitación preferente y suspensión.....</i>   | 82        |

|  |           |
|--|-----------|
| <i>VI.3.5.- La extensión de sentencia</i> .....  | 83        |
| <i>VI.3.6.- La novedad de la Ley 39/15, de suspensión administrativa previa hasta que recaiga pronunciamiento judicial</i> ..... | 83        |
| <b>VIII.- ANEXO DOCTRINA DEL TJUE</b> .....  | <b>84</b> |

El 14 de septiembre de 2016 han recaído tres sentencias del TJUE de trascendental importancia para el régimen de la contratación temporal en España. Me refiero a las conocidas como los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés, en los que ha resultado condenada España por la incorrecta transposición y/o aplicación de la Directiva 1999/70 de 28 de junio sobre trabajo de duración determinada, tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en el ámbito funcionarial y estatutario.

El presente trabajo tiene el propósito, a modo de "*pronto intervento*", de trazar un esbozo de la problemática que para los operadores jurídicos representarán los múltiples interrogantes que plantean las citadas sentencias, en un momento -como el presente- en que los Agentes sociales y el Ministerio de Empleo ya han celebrado las primeras reuniones para analizar el impacto que las tres sentencias pueden tener en el marco regulador del trabajo temporal público y privado en España<sup>1</sup>. Dicho propósito, a buen seguro, se revelará pronto desbordado cuando se planteen -como ya está ocurriendo- las primeras demandas ante nuestros órganos jurisdiccionales, pues la realidad supera a menudo la capacidad de análisis que, *ex ante*, se pueda desplegar desde el plano teórico, y suele ser mucho más rica en matices y problemas. Sin embargo ello no nos exime de intentar en estos primeros momentos, aventurar algunos problemas que la doctrina ya ha venido identificando y que están incorporándose a las primeras resoluciones judiciales.

Para ello, como estudio introductorio, abordaremos en primer lugar algunas cuestiones generales relativas a la Directiva 99/70 de trabajo de duración determinada, como son sus objetivos, las cláusulas antidiscriminatorias y de prohibición de abuso de contratación sucesiva y el concepto de trabajador de duración determinada; elementos indispensables para abordar un estudio mínimamente riguroso de las tres sentencias.

Fijadas estas premisas, partiremos de la sentencia que más calado ha tenido y está teniendo y que ya ha dado lugar, al cerrar este trabajo, a 4 pronunciamientos judiciales, que a buen seguro se multiplicarán en los próximos meses. Nos referimos al caso De Diego Porras. Sentencia de innegable calado en un país como España cuya tasa de temporalidad en 2016 es la segunda más alta de la UE (sólo por debajo de Polonia), con un 24 %, diez puntos por encima de la media en la UE<sup>2</sup>

Los casos Pérez López y Martínez Andrés, en los ámbitos funcionarial y estatutario también serán objeto de nuestra atención, pues aportan novedades de interés en un ámbito -el empleo público- donde el mal ejemplo de la precariedad laboral ha adquirido dimensiones alarmantes (más de 300.000 trabajadores según fuentes sindicales), de forma que la tasa de interinidad ronda el 11% y sube al 20% en Educación.

Concluiremos este análisis de urgencia examinando los diversos procesos por los que en la vía laboral y contenciosa pueden articularse las pretensiones que plantean las novedades de la doctrina del TJUE, sin perjuicio de reconocer de antemano, que todo intento de abarcar la multitud de cuestiones que en la práctica se van a suscitar es -como toda esperanza- tan necesaria como inalcanzable.

<sup>1</sup> <http://www.elmundo.es/economia/2016/10/17/5803be0c22601d503d8b461a.html>

<sup>2</sup> <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/NPortada?CodPortada=1155>

Una vez hemos glosado la estructura del presente trabajo, no podemos cerrar este capítulo introductorio sin hacer mención a la necesidad de reformas normativas que las sentencias que vamos a comentar implican, desde el momento que dejan en clara evidencia un mercado de trabajo basado en el abuso sistémico de la temporalidad, como nota distintiva de la nueva clase social: el "precariado"<sup>3</sup>.

Tales reformas podrán tener la tentación de discurrir en la senda de una igualación " a la baja" de las condiciones de trabajo, ataviada del vistoso traje que se conoce como "contrato único", <sup>4</sup> que en realidad encubre la sustracción del despido al control judicial, por la vía del abaratamiento de las indemnizaciones, sobre todo en los primeros años de contrato, como se ha ensayado ya con el contrato de apoyo a emprendedores.

Sin embargo, existen potentes argumentos jurídicos para superar tales tentaciones, como son el derecho a no ser despedido sin justa causa, como parte esencial del derecho al trabajo (art.35CE), el convenio 158 de la OIT o, en fin, el art.30 de la CDFUE, que habrá de tenerse en cuenta cuando de la aplicación del Derecho de la Unión se trate; y en relación con todos ellos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero, sobre todo, la cláusula del Estado Social (art.9.2 CE) obliga al Estado a concebir a los trabajadores precarios, entre los que suman los temporales (1 de cada 4 trabajadores), como una nueva categoría de personas discriminadas (art.14 CE), por la condición social de trabajador temporal, ya que dicha condición incide nuclearmente de forma negativa en el desarrollo de su personalidad, y por tanto en la vertiente positiva de su dignidad al no poder hacer planes de futuro, estando siempre pendientes de si se produce o no su "próxima renovación".

Además, están sujetos a peores condiciones de trabajo que los trabajadores fijos comparables, teniendo mermado su derecho a la tutela judicial, pues el fantasma de la "no renovación" planea siempre sobre ellos, disuadiéndoles de todo intento de reclamar sus derechos.

En conclusión, las sentencias que vamos a comentar habrían de verse no como una oportunidad de extender el precariado a más capas de población por medio de la igualación a la baja de condiciones laborales, sino como una oportunidad para erradicar el abuso de la temporalidad como patología de las relaciones laborales en España; temporalidad incompatible con un Estado que se proclama Social en el pórtico mismo de su norma suprema; e incompatible también con nuestra realidad económica, pues la tasa de temporalidad se halla 10 puntos por encima de la que correspondería a la productividad de nuestra economía<sup>5</sup>.

*Carlos Hugo Preciado Domènech*  
*Magistrado especialista en el Orden Social*

---

3 Guy Standing (2011, 2013), *The Precariat: The New Dangerous Class*, Londres, Bloom- sbury Academic, 2011 [ed. cast.: *El precariado: una nueva clase social*, Barcelona, Pasado y Presente].

4 FALGUERA BARÓ, M.A.- Revista on-line de la comisión de lo Social de Jueces para la Democracia. puede consultarse en <http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es/>  
5[http://cincodias.com/cincodias/2016/09/22/economia/1474556166\\_217428.html](http://cincodias.com/cincodias/2016/09/22/economia/1474556166_217428.html)

## II.- LA DIRECTIVA 99/70 DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA. CUESTIONES GENERALES.

Los presupuestos de política laboral sobre los que descansa la Directiva 99/70, parten del **contrato indefinido como contrato típico y más deseable para los trabajadores/as.**

En efecto en su Considerando 6º se afirma que los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento-

La finalidad del Acuerdo marco consiste, en particular, **en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada** estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación y la evitación del abuso de la contratación sucesiva.

En efecto, el Acuerdo, según sus firmantes (preámbulo pfo3) , ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer **un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada**, protegiéndolos contra **la discriminación**, y con el **fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable** para los empresarios y los trabajadores.

Por esa razón, **el objeto del Acuerdo marco es doble:**

- a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al **principio de no discriminación**;
- b) establecer un marco para evitar **los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.**

En esta línea, la Directiva pretende **privar de la discrecionalidad del empleador el uso (y abuso) de contratos de duración determinada**, de forma que considera (Considerando 7º) que la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos.

No obstante, la Directiva parte de que **los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades** y que pueden **convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores.**

**Para lograr tales objetivos** el Acuerdo Marco, como apuntábamos, contiene **dos cláusulas nucleares** de la protección que pretende dispensar para lograr el doble objetivo garantizar la no discriminación y evitar abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos.

La cláusula 4 contiene la prohibición de discriminación.

La cláusula 5 contiene las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva

El Acuerdo marco **no establece los requisitos para que puedan utilizarse los contratos de trabajo de duración determinada** y **no tiene por objeto armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo de duración determinada.** En efecto, su objeto es únicamente establecer, fijando principios



generales y prescripciones mínimas, un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y para evitar los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo<sup>6</sup>.

**La perspectiva de género**, no puede ser orillada, puesto que según el preámbulo de la propia Directiva más de la mitad de los trabajadores con contratos de duración determinada en la Unión Europea son mujeres, y por lo tanto, el Acuerdo puede contribuir a mejorar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Este enfoque de género habría de propiciar **análisis desde la perspectiva de la discriminación indirecta**, como ha venido ocurriendo con otros ámbitos de la contratación temporal conocidamente feminizados, como es la contratación parcial (Vid. Directiva 97/81 y doctrina del TJUE)<sup>7</sup>. Sin embargo, en este ámbito no se ha prodigado la doctrina del TJUE. Encontramos la STJCE 4 octubre 2001, Jiménez Melgar, Asunto C-438/1999, en la que analiza un supuesto de discriminación directa y concluye la aplicación de la Directiva 76/207 (Hoy Directiva), y sostiene que en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (LCEur 1976, 44), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Partiendo de todo ello, **la trasposición de las cláusulas 4 y 5 de la directiva 99/70 a nuestro derecho interno**, podemos hallarla en los **arts. 15.6 ET** (prohibición de discriminación)<sup>8</sup> y **15.5 del ET** (medidas frente a la contratación sucesiva abusiva)<sup>9</sup>. Dichos preceptos han sido objeto de desarrollo reglamentario por el RD 2720/98 de 18 de diciembre.

---

<sup>6</sup> STJUE 14 septiembre 2016. Caso Pérez López c. España. f.58, con cita de SSTJUE 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 63 y jurisprudencia citada, y auto de 7 de marzo de 2013, Bertazzi y otros, C-393/11, no publicado, EU:C:2013:143, apartado 48).

<sup>7</sup> Ejs. STJCE 7 marzo 1996. Caso Feers y Speckmann. Asunto C-100/95; STJCE 27 mayo 2004. Caso Elsner-Lakeber. Asunto C-285/2002, etc

<sup>8</sup> Art.15.6 ET. Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

<sup>9</sup> Art. 15.5 ET. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Una vez fijado el marco comunitario y nacional de la cuestión, conviene ahora esbozar algunos conceptos básicos de la Directiva, que nos resultarán de utilidad a lo largo del presente trabajo.

**Ámbito de aplicación:** la Directiva (Cláusula 2 del Acuerdo) se aplica a los **trabajadores con un trabajo de duración determinada** cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.

Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

- a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;
- b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

**Quedan excluidos del ámbito de aplicación los contratos celebrados por Empresas de Trabajo Temporal**, puesto que el concepto de trabajador con un contrato de duración determinada que formula la cláusula 3 del Acuerdo lo define trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, como así lo evidencia el considerando 13 de la Directiva 99/70<sup>10</sup>

Ello sitúa fuera del ámbito de la Directiva 99/70 las relaciones de trabajo con ETT, puesto que a las mismas se aplica la **Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre** cuyo artículo 5 consagra el principio de igualdad de trato de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, por lo que la solución pudiera ser la misma<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Considerando 13: Los interlocutores sociales quisieron conceder una atención especial al trabajo de duración determinada, al tiempo que indicaban que tenían la intención de considerar la necesidad de un acuerdo similar para las empresas de trabajo temporal;

<sup>11</sup> Artículo 5 Directiva 2008/104 Principio de igualdad de trato

1. Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

A efectos de la aplicación del párrafo primero, las normas vigentes en la empresa usuaria relativas:

- a) A la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes; así como
- b) a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, deberán respetarse, tal como establezcan las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general.

2. Por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a las disposiciones contempladas en el apartado 1 cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones.

3. Los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1.

4. Siempre que se ofrezca un nivel de protección adecuado para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, los Estados miembros en cuya legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados, podrán, previa consulta de los interlocutores sociales a escala nacional y sobre la base de un acuerdo celebrado por estos, establecer disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que constituyan excepciones al principio contemplado en el apartado 1. Dichas disposiciones podrán incluir la fijación de un plazo para alcanzar la igualdad de trato.

Las disposiciones a que se refiere el presente apartado se ajustarán al Derecho comunitario y serán suficientemente precisas y accesibles para permitir a los sectores y empresas afectados identificar y cumplir sus obligaciones. En particular, los Estados miembros especificarán, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, si los regímenes profesionales de seguridad social, incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera, están incluidos en las disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo a que se refiere el apartado 1. Dichas disposiciones se entenderán, asimismo, sin perjuicio de los acuerdos a escala nacional, regional, local o sectorial que sean menos desfavorables a los trabajadores.

Resta por analizar, en este capítulo preliminar, el concepto **de contrato de trabajo de duración determinada**, que es el objeto de la Directiva y que -ya podemos avanzar- no es un concepto coextenso con el concepto de contrato de duración determinada en nuestro Derecho interno.

**La cláusula 3 del Acuerdo define el trabajador con contrato de duración determinada como** *"el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado"*

Para empezar, hay que dejar sentado que dicha definición **engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador** para el que trabajan (vid. STJCE 4 julio 2006, Caso Adeneler y otros. Asunto C-212/04). Ello, que ha supuesto la aplicación de la Directiva, como tendremos ocasión de ver, a personal funcionario y estatutario de la Administración<sup>12</sup>.

Hecha esta precisión, importa ahora detenernos brevemente en el **concepto de "trabajador con contrato de duración determinada"**. Ello es de trascendental importancia, puesto que si el contrato no es de duración determinada el TJUE no entrará a resolver sobre la cuestión por falta de competencia, como ocurrió en el caso del contrato de apoyo de emprendedores en la STJUE 5 febrero 2015. Caso Nisttahuz, Asunto C-117/14<sup>13</sup>

Nótese que **tal naturaleza, en el Derecho de la UE** viene determinada por **las condiciones objetivas que determinan la finalización del contrato**, y no por la sujeción a plazo. Al contrario, en nuestro derecho interno, (art.15.1a),b) y c) ET), el contrato es de duración determinada cuando esté sujeto a plazo, sea este cierto o incierto: *certus an et certus quando vs. certus an et incertus quando*; pero no cuando está sujeto a condición, como podría ser *" la producción de un hecho o acontecimiento determinado"*, a que se refiere el Acuerdo Marco y que en derecho interno da lugar a la extinción del contrato indefinido por concurrencia de condición resolutoria válidamente pactada (art.49.1 b) ET), ej. objetivos mínimos de ventas o condiciones de rendimiento<sup>14</sup>

---

5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de este artículo y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente Directiva, e informarán a la Comisión de dichas medidas.

12 STJUE 14 septiembre 2016 Caso Martínez Andrés. Asuntos C-184/15 y C- 197/2015

STJUE 14 septiembre 2016. Caso Pérez López Asunto.C-16/15; STJCE 4 octubre 2001, Jiménez Melgar, Asunto C-438/1999; STJCE 13 septiembre 2007. TJCE 2007/229. Caso Yolanda del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud. Asunto C-307/05, etc

<sup>13</sup> El Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es contrari[a] al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado por el artículo 30 de la [Carta], la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores, durante el cual permite el libre desistimiento?

2) ¿Lesiona los objetivos y la regulación de la Directiva 1999/70/CE [y, de este modo, las cláusulas 1 y 3 del Acuerdo marco] el período de prueba de un año a que se somete el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores?»

<sup>14</sup> SSTS 29 octubre 1986, 13 noviembre 1986, 23 febrero 1990, etc

Por tanto, lo primero a destacar es que **las definiciones de contrato de duración determinada en nuestro derecho interno y en la Directiva 99/70 son discordantes**.<sup>15</sup> En efecto, la Directiva, a la hora de definir qué es un contrato temporal, no diferencia entre lo que pueden ser plazos y lo que pueden ser condiciones en sentido técnico jurídico y cualquier contrato de trabajo sujeto a un plazo o condición de naturaleza resolutoria tiene a efectos de la misma la naturaleza de contrato de duración determinada, siempre que dicha condición sea de naturaleza objetiva, ajena a la voluntad de las partes. Por tanto, supuestos que en nuestro derecho interno se insertan como condición resolutoria de los contratos indefinidos (art.49.1b) ET), constituirían contratos de duración determinada según la Directiva.

Ello nos lleva a plantearnos si el art.52 ET, que contempla las causas de extinción por causas objetivas de todo contrato (los indefinidos también), supone, desde el enfoque de la Directiva, que todos los contratos de trabajo en España son de duración determinada.

La respuesta ha de ser negativa, y la distinción puede venir dada, en nuestro ordenamiento diciendo que **son de duración determinada aquellos contratos cuya concertación existe una causa objetiva que hace previsible su terminación por el cese (también objetivo) de dicha causa**, en un horizonte temporal limitado o limitable de forma previsible al momento de su concertación. Por tanto, la causa objetiva de terminación a que alude la Directiva se incorpora a la causa misma del contrato de duración determinada en nuestro ordenamiento. Unas veces dicha causa sujeta el contrato a término (contrato eventual, art.15.1b) ET o contrato de obra y servicio), otras veces lo sujeta a condición, como hecho futuro e incierto (interinidad: reincorporación sustituto, provisión de vacante, etc art.15.1c) ET).

No obstante, la discordancia en la definición de los contratos de duración determinada en el derecho de la UE y en nuestro derecho interno está llamada a producir múltiples desajustes, como tendremos ocasión de comprobar.

---

<sup>15</sup> LÓPEZ PARADA, R. "Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c 596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa" Número especial de octubre de 2016 de la Revista de la Jurisdicción Social de Jueces para la Democracia, editada por FALGUERA BARÓ, M.A . Puede consultarse en: <http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es>

### III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO DE DIEGO PORRAS CONTRA MINISTERIO DE DEFENSA<sup>16</sup>

Una vez hemos examinado las cuestiones generales del régimen que establece la Directiva 99/90, procederemos ahora a analizar la primera de las sentencias objeto de comentario, para lo que abordaremos primero un breve resumen del marco normativo, veremos el supuesto de hecho y concluiremos con las respuestas que ofrece el TJUE<sup>17</sup>.

#### III.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA

##### COMUNITARIO:

-Art.20 y 21 CDFUE. Principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación

-La Directiva 99/70 de 28 de junio, por la que se aprueba el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, de 18 marzo 1999

La finalidad del Acuerdo marco consiste, en particular, en mejorar la calidad del trabajo de duración determinada estableciendo condiciones mínimas que garanticen la aplicación del principio de no discriminación<sup>18</sup>

##### Cláusula 3 Definiciones:

A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por

1. "**trabajador con contrato de duración determinada**": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. "**trabajador con contrato de duración indefinida comparable**": un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

##### Cláusula 4 Principio de no discriminación

1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis

3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

##### NACIONAL :

El art. 15, art. 53.1b) y 49.1c) ET y el RD 2720/98

El art. 49, apartado 1, letra c), ET, dispone que a la **finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos**, el trabajador tendrá **derecho a recibir una indemnización** de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar **doce días de salario por cada año de servicio**.

<sup>16</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C.H. . Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa.

Revista de Información Laboral Aranzadi num. 8/2016. BIB 2016\4847

<sup>17</sup> Parte de los comentarios que aquí se hacen pueden verse en: PRECIADO DOMÈNECH, C.H. " Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa". Ed. Aranzadi. Revista de Información Laboral num. 8/2016

18 SSTJUE 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, apartado 47; 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, , apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartado 22).

El art. 53, apartado 1, letra b), ET, establece que la **extinción del contrato por causas objetivas genera** «[la puesta] a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la **indemnización de veinte días por año de servicio**, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades».

### III.2.- SUPUESTO DE HECHO:

La Sra. De Diego Porras prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último celebrado el 17/08/2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

Con arreglo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), se revocó la dispensa de trabajo de la Sra. Mayoral Fernández.

Mediante oficio de 13/09/2012, se citaba a la Sra. De Diego Porras a efectos de formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato con efectos a 30/09/12 para permitir la reincorporación de la Sra. Mayoral Fernández a su puesto de trabajo a partir del 01/10/12

El 19/09/2012, la Sra. de Diego Porras interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en el que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de éste. Dicha demanda se desestima. La interesada recurre en suplicación ante el TSJ de Madrid, alegando que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debe convertirse en indefinida. En consecuencia, la extinción de tal relación implica el pago de una indemnización.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid observa, por un lado, que la contratación de la Sra. de Diego Porras mediante un contrato de interinidad cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y, por otro, que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva.

El TSJ Madrid pregunta si la Sra. de Diego Porras tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. Dado que **en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada**, en la medida en que **la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros (art.531b) ET**, mientras que se eleva a **sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos (art.49.1c) ET**. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, o en los contratos de a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa (art.49.1 c) ET:

#### Las cuestiones que plantea el TSJ son las que siguen:

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



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

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

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

### III.3.- LA RESPUESTA DEL TJUE

#### *III.3.1- El concepto de "condiciones de trabajo": La indemnización por finalización de contrato de duración determinada es una condición de trabajo a efectos de la Directiva 99/70*

En el caso De Diego el TJUE considera que el concepto de «condiciones de trabajo» **incluye la indemnización** que un empresario está obligado a abonar a un trabajador **por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.**

El TJUE, en una tradicional **interpretación amplia de "condiciones de trabajo"**, ya se había pronunciado en el sentido de que **el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en las «condiciones de trabajo» es precisamente el del empleo, es decir, la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario**<sup>19</sup>

Ante este concepto amplísimo resulta fácil comprender que las exclusiones sean pocas. En efecto, en aplicación de tal criterio, según la **doctrina tradicional del TJUE, se consideran condiciones de trabajo:**

- los trienios<sup>20</sup>
- las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada<sup>21</sup>.
- la indemnización que un empresario está obligado a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula de terminación en su contrato de trabajo<sup>22</sup>

19 (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de junio de 2010 , Bruno y otros, C- 395/08 y C- 396/08, Rec. p. I- 5119, apartado 46).

20 SSTJUE 9 julio 2015. ; 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58); TJUE (Sala Tercera), sentencia de 9 julio 2015.

21 STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

- las condiciones de despido<sup>23</sup>

- las pensiones que dependan de la relación de trabajo<sup>24</sup>

Al contrario, **no se han considerado condiciones de trabajo:**

- las condiciones relativas a las pensiones que se derivan de un régimen legal de seguridad social<sup>25</sup>

Así mismo, no es ocioso recordar el TJUE **ha equiparado el concepto de «condiciones de trabajo» al previsto en la Directiva 2000/78/CE** relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y en la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO L 204, p. 23).

A tenor del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 y del artículo 14, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54, las condiciones de trabajo, incluyen, particularmente, las de despido. Por lo que respecta al Acuerdo marco, por analogía, el alcance del concepto de «condiciones de trabajo», en el sentido de su cláusula 4, apartado 1, es similar.

***III.3.2.- La normativa española enjuiciada (art.49.1c) ET, art.53.1b) y art.15.1 ET es contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo marco porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año en el caso de (a49.1c) ET***

En efecto, el TJUE concluye que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

Para llegar a tal conclusión, el TJUE pasa por las **fases habituales** en el enjuiciamiento de la **discriminación**.

### **3.2.1.- Comparabilidad de las situaciones**

Si **las funciones** desempeñadas por un trabajador en el **marco de los diferentes contratos** de duración determinada **no se corresponden a las de los trabajadores fijos, se trataría de una situación no comparable** (STJUE 18 de octubre de 2012, Caso Valenza)<sup>26</sup>

En el caso De Diego, el TJUE, aún recordando que el juicio de comparación corresponde al Tribunal nacional, considera que en el caso concreto queda patente que

---

22 STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. Asunto C-361/12 [TJCE 2013, 448]

23 STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

24 STJUE 15 abril 2008, Caso Impact, Asunto C-268/06, TJCE 2008/82

25 STJUE 15 abril 2008, Caso Impact, Asunto C-268/06, TJCE 2008/82

26 STJUE Caso Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 48 y jurisprudencia citada).



la Sra. De Diego **realizaba funciones análogas** a la persona sustituida, y además **contaba con la misma formación**.

### **3.2.2.- Existencia de una justificación objetiva**

La desigualdad de trato debe estar justificada por la existencia de **elementos precisos y concretos**, que **caracterizan la condición de trabajo** de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a **criterios objetivos y transparentes**.

Hay que determinar si el trato desfavorable responde a una **necesidad auténtica**, si permite **alcanzar el objetivo** perseguido y si resulta **indispensable** al efecto. Ello puede derivar de:

- especial **naturaleza de las tareas** para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y las características inherentes a las mismas.
- persecución de un **objetivo legítimo de política social** por parte de un Estado miembro

#### **No es justificación objetiva del trato desfavorable:**

- que esté previsto por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo
- la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo

#### **En el caso De Diego, el TJUE considera que no es justificación objetiva de un trato desfavorable:**

- la diferente naturaleza y objeto que distinguen a los contratos de interinidad de los contratos por tiempo indefinido, en concreto el **criterio de la duración y la expectativa de estabilidad** de la relación contractual de los indefinidos-
- **la previsibilidad de la finalización** del contrato de interinidad **no se basa en criterios objetivos y transparentes**, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

En definitiva- concluye el TJUE-, el **mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva** que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

### III.4.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA (TCDD) EN LA DOCTRINA DEL TJUE

#### *III.4.1- La prohibición de discriminación de los TCDD como Principio de Derecho Social y como principio general del Derecho de la Unión.*

##### **a) Naturaleza del principio de no discriminación: un derecho fundamental del art.20 y 21 CDFUE en el ámbito social**

El TJUE ha considerado que dada la **importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación**, que forman parte de los **principios generales del Derecho de la Unión**, a las **disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco**, debe reconocérseles un **alcance general**, puesto que constituyen **normas de Derecho social de la Unión de especial importancia** de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas<sup>27</sup>

El Acuerdo marco, y en particular su **cláusula 4**, tiene **por objeto la aplicación del principio de no discriminación** a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la **finalidad de impedir que una relación laboral** de esta naturaleza sea **utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos** a los trabajadores con contrato de duración indefinida<sup>28</sup>

Por ello, ha sostenido el TJUE que la cláusula 4 de éste debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva**<sup>29</sup>

Por todo ello, como conclusión, **cualquier análisis del alcance y repercusión de la Cláusula 4 del Acuerdo Marco y de la Doctrina De Diego**, debe tratarse desde el **marco conceptual del derecho fundamental a la igualdad de trato y a la prohibición de discriminación**. (ars.20 y 21 CDFUE), considerándose el principio de prohibición de discriminación de los TCDD como una concreción de aquellos principios.

En el marco de nuestro derecho interno, el engarce constitucional de tal derecho sería el art.14 CE, cuando se refiere a "cualquier otra circunstancia personal o social", como factor de apertura a nuevas causas de discriminación distintas de las listadas: nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. Tal conexión se muestra indispensable para articular una tutela preferente y sumaria al amparo del art.177 y ss LRJS (vid. epígrafe VI.1.4).

<sup>27</sup> STJUE 13 septiembre 2007. Caso Del Cerro Alonso, F. 27; STJUE 22 diciembre 2010. Caso María Gavieiro, f.41

<sup>28</sup> STJUE 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, Rec. p. I-7109). F. 37)

<sup>29</sup> (sentencia de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414], Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, Rec. p. I-14031, apartado 49 y jurisprudencia citada).

### ***III.4.2.- El estándar europeo de la igualdad de trato y no discriminación, en general***

El TJUE, viene entendiendo que el **principio de igualdad de trato constituye un principio general** del Derecho de la Unión, reconocido por el artículo 20 de la CDFUE, del que constituye una **manifestación específica el principio de no discriminación** enunciado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho principio **exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente**<sup>30</sup>

Una **diferencia de trato está justificada** cuando se basa en un **criterio objetivo y razonable**, es decir, cuando se relaciona con un fin legalmente admisible perseguido por la legislación en cuestión, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato ( sentencias Arcelor Atlantique et Lorraine y otros [TJCE 2008, 309] , C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 47, y Schaible [TJCE 2013, 362] , C-101/12, EU:C:2013:661, apartado 77).

Para determinar cuando concurre hay que pasar por varios estadios analíticos

**1º) Existencia de una situación comparable:** este primer test es consecuencia el carácter relacional del principio de igualdad, y exige que el término de comparación sea válido, por tratarse de situaciones homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no puede resultar arbitrario o caprichoso (SSTC 138/86 , 1/01, etc). Este análisis es forzosamente previo a los dos siguientes, y si no concurre los dos análisis subsiguientes carecen de sentido (STC 200/01 de 4 de octubre).

En materia laboral se ha desestimado a menudo por el TC la existencia de término válido de comparación entre las categorías o colectivos de trabajadores, que se rigen por normas o reglas diversas, ya que si el régimen jurídico no es común, tampoco existirá una aplicación desigual de la ley no resultará correcta la identificación del término de referencia llevada a cabo por quien denuncia la discriminación. (ATC 743/1987 de 17 de junio).

**2º) Existencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desigual,** que debe apreciarse en relación finalidad de la medida examinada.

**3º) Que exista proporcionalidad razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida.**

---

<sup>30</sup> (véase, en este sentido, la sentencia Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión [TJCE 2010, 275] , C-550/07 P, EU:C:2010:512, apartados 54 y 55; Caso Glatzel [TJCE 2014, 190] , C-356/12, EU:C:2014:350, apartado 43; Caso Almer Beheer BV y Otros contra Van den Dungen Vastgoed BV y Otros. Sentencia de 17 septiembre 2014. TJCE 2014/338).

### ***III.4.3.- La aplicación del estándar de igualdad de trato y no discriminación a los trabajadores/as con contratos de duración determinada.***

El esquema general, que viene utilizando el TJUE en todos los ámbitos en que aplica la igualdad de trato y no discriminación, se concreta en el caso de los TCDD, enriqueciendo cada uno de los 3 momentos de enjuiciamiento que hemos abordado con criterios valorativos peculiares y propios de la Directiva 99/70.

Pero, en general, hay que insistir en que el TJUE ha empleado el mismo estándar de interpretación que cuando se aplica el principio de no discriminación<sup>31</sup>-

Por ello, considera el TJUE que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado<sup>32</sup>

Por tanto, los pasos a seguir para aplicar correctamente la cláusula 4 del Acuerdo Marco son los que pasamos a exponer, y en ese orden:

#### **1) Existencia de un trabajador con un contrato de duración determinada**

**El trabajador con contrato de duración determinada:** se define en la Cláusula 3 del Acuerdo Marco; que ya hemos tenido ocasión de analizar, debiéndose insistir en que se excluyen de tal definición trabajadores contratados para ser cedidos a otros por ETT, que se rigen por la Directiva 2008/104 (Vid. STJUE 11 abril 2013. Caso Della Rocca TJCE 2013\103)

**2) El término de comparación:** trabajador fijo comparable. En este punto surgen tres cuestiones, que conviene analizar por separado: qué se compara, con quién se compara y quién hace la comparación.

**¿Qué se compara?:** conforme al TJUE se comparan condiciones de trabajo, es decir, factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales<sup>33</sup>

Por tanto, hay que analizar:

- naturaleza del trabajo y funciones o tareas
- requisitos de formación o cualificación
- condiciones laborales

#### **¿Con quién se compara?**

No vale la comparación con cualquier trabajador/a. El TJUE y la Cláusula 3 del Acuerdo Marco exigen que la comparación se haga con un "trabajador con contrato de duración indefinida comparable": se define como un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un

<sup>31</sup> STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. TJCE 2012\292 (f.40)

<sup>32</sup> STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , f. 65; STJCE 11 de julio de 2006 [ TJCE 2006, 193] , Franz Egenberger, C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33 y jurisprudencia citada).

<sup>33</sup> SSTJUE 14 septiembre 2016. Caso De Diego. STJUE 18 de octubre de 2012, Caso Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 31). STJUE 19 julio 2015, Caso María José Regojo Dans contra Consejo de Estado. la sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 66, y los autos Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartado 37, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU:C:2012:67, apartado 43). ( sentencia de 18 de octubre de 2012 [TJCE 2012, 292] , Valenza y otras, C-302/11 a C-305/11, apartado 42 y jurisprudencia citada). STJUE 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, apartados 27 y 29

trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales.

El TJUE ha declarado con rotundidad que la igualdad de trato no se aplica entre los trabajadores con un contrato de duración determinada y los trabajadores con contrato de duración indefinida no comparables<sup>34</sup>.

La falta de término de comparación válido supone que la Cláusula del art. 4 no obliga a tratar de manera idéntica la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula relativa a la terminación en un contrato de trabajo y a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida<sup>35</sup>.

En suma: se compara con un fijo del mismo centro, en su defecto, con la categoría o grupo de Convenio y, en su defecto, con la legislación y práctica nacionales.

### **Veamos algunos ejemplos del término de comparación**

**Situación no comparable:** un supuesto en que indemnización hace referencia a trabajadores cuyo contrato se hubiera celebrado de manera irregular, mientras que la segunda afecta a trabajadores despedidos<sup>36</sup>

**Situación comparable:** superar o no superar una oposición de acceso a la función pública no implica la ausencia de situación comparable<sup>37</sup>, dado que los requisitos de la estabilización fijados por el legislador nacional en la normativa controvertida en el litigio principal, que se refieren a la duración de la relación laboral de duración determinada y a la exigencia de haber sido contratado a tal efecto mediante un procedimiento selectivo en forma de una oposición o de un procedimiento establecido por Ley, tienen por objeto precisamente permitir la estabilización únicamente de los trabajadores con contrato de duración determinada cuya situación puede asimilarse a la de los funcionarios de carrera.

Resta por solventar la tercera de las cuestiones planteadas

#### **¿Quién hace la comparación?**

Quien debe apreciar si las situaciones son comparables es el Tribunal nacional (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza F.43). Sin embargo, en el caso De Diego, el TJUE a pesar de que mantiene que se trata de una cuestión que atañe al tribunal remitente, termina por concluir que la situación es comparable a la vista de los datos obrantes en autos (STJUE 14 septiembre 2016. Caso de Diego. F.42)

### **3) Trato menos favorable del trabajador con contrato de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo.**

La operación de comparación entre ambos debe arrojar un trato menos favorable para el TCDD. Un trato distinto, pero más favorable, no supondría discriminación (art.21 CDFUDE y cláusula 4 Acuerdo Marco)

<sup>34</sup> STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù, TJCE 2013\448

<sup>35</sup> STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448, f.43

<sup>36</sup> STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448, f.43

<sup>37</sup> STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza TJCE 2012\292 .F.45

#### 4) Inexistencia de una justificación objetiva

La desigualdad de trato, consistente en un trato menos favorable del TCDD debe estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

La justificación objetiva **puede tener su origen** en:

- la **especial naturaleza de las tareas** para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas. Un buen ejemplo, analizado por el TJUE respecto de nuestro derecho interno, lo constituye la relación esencialmente temporal de los profesores asociados de universidad, en cuyo caso se permite que con contratos de duración determinada se cubran necesidades permanentes.

En efecto, así resulta del Caso Márquez Samohano (STJUE 13 marzo 2014), en que el TJUE afirma " *Sin embargo, las meras circunstancias de que los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados se renueven para satisfacer una necesidad recurrente o permanente de las universidades en la materia y que tal necesidad no se pueda satisfacer mediante un contrato de trabajo de duración indefinida no permiten excluir la existencia de una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, dado **que la naturaleza de la actividad docente en cuestión y las características inherentes a tal actividad pueden justificar, en el contexto de que se trate, el uso de contratos de trabajo de duración determinada.** Aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades, no es menos cierto que la necesidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal, en la medida en que se considera que este profesor retomará su actividad profesional a tiempo completo cuando se extinga su contrato (véase, en este sentido, la sentencia Küçük , (...)apartados 38 y 50).*

- la **persecución de un objetivo legítimo de política social** por parte de un Estado miembro<sup>38</sup>

Veamos ahora algunos ejemplos de justificación objetiva:

Es justificación objetiva: requisitos objetivos, relativos a la plaza que un procedimiento de selección de personal para la Administración pública tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al trabajador con su empleador<sup>39</sup>

---

38 SSTJUE Del Cerro Alonso , apartados 53 y 58, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres , apartado 55; el auto Montoya Medina, antes citado, apartado 41; la sentencia Rosado Santana , antes citada, apartado 73, y el auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartado 48). STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza  
39 STJUE 18 octubre 2010. Caso Valenza, f.61; y STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana



No es justificación objetiva : una norma abstracta y general como la ley o el convenio: debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 y/o 4, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo<sup>40</sup>

No es justificación objetiva: la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública<sup>41</sup>

El TJUE ha declarado que la experiencia profesional de los trabajadores con contrato de duración determinada, reflejada en los períodos de servicio desempeñados por éstos en la Administración pública puede constituir, (..), un criterio de selección a fines de un procedimiento de contratación en calidad de funcionarios.

No obstante, a pesar del margen de apreciación atribuido a los Estados miembros la aplicación de los criterios que los mismos establezcan debe efectuarse de manera transparente y poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos o las relaciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional (STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana . Asunto C-177/10. f. 77).

En fin, al determinar el contenido de las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo no puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco (véase, en este sentido, la STJUE 8 marzo 2012. Caso Martial Huet. Asunto C-251-11. apartado 43 y jurisprudencia citada).

### ***III.4.4.- La eficacia directa vertical y horizontal de la cláusula 4 del Acuerdo Marco***

#### **4.4.1.- Eficacia directa vertical**

En el caso de la STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù, el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de declarar que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional (véase la sentencia de 15 de abril de 2008 [TJCE 2008, 82] , Impact, C- 268/06, Rec. p. I- 2483, apartado 68).

Por otra parte, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, entre las entidades a las que pueden oponerse las disposiciones de una Directiva susceptible de tener efecto directo se incluye todo organismo, con independencia de su forma jurídica, al que en virtud de un acto de la autoridad pública se le haya encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad y que disponga a tal efecto de poderes exorbitantes respecto de las

---

40 (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza, con cita de sentencias Del Cerro Alonso [TJCE 2007, 229] , antes citada, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031, apartado 54; auto Montoya Medina, antes citado, apartado 40; sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255] , antes citada, apartado 72, y auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartado 47).

41 STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. STJUE 8 septiembre 2011, Caso Rosado Santana.

normas aplicables a las relaciones entre particulares (véase la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Caso Kuso, C- 614/11, apartado 32 y jurisprudencia citada).

Ej. Servicio correos italiano: la cláusula 4 de la Directiva 99/70 debe interpretarse en el sentido de que puede ser invocada directamente contra un organismo entidad estatal como Poste Italiane SpA . (STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù.)

Por tanto, la **eficacia directa vertical de la Directiva está fuera de toda duda**

#### **4.4.2.- Eficacia directa horizontal.**

Para resolver si cabe la eficacia directa horizontal o entre particulares de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, hay que tener en cuenta que conforme al TJUE la misma debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva** ( STJUE 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, Rec. p. I- 14031, apartado 49 y jurisprudencia citada).

Por esa razón, el TJUE ha empleado el estándar de interpretación propio del principio de no discriminación-

Al tratarse de un **principio general de la UE, el principio de no discriminación (CDFUE art.21 )**, **procede la aplicación directa horizontal**. En efecto, según la Sala IV del Tribunal Supremo, la aplicación a la relación entre particulares o eficacia directa «horizontal», no puede predicarse de todo el Derecho de Unión, sino tan sólo del **«Derecho originario europeo»**, integrado por los Tratados, la CDFUE y los principios generales que el TJ atribuye cualidad de constitucionales; y también alcanza -la primacía- al Derecho derivado con directa eficacia, en concreto los Reglamentos, puesto que los mismos -conforme al art. 288 TFUE - gozan de «alcance general» y serán «obligatorio[s] en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro» desde su publicación en el DOUE. (STS (Sala IV) núm. 497/2016 de 8 junio). **En la misma línea, el TJUE** en las sentencias 22/11/2005 , asunto «Mangold»; 19/01/2010 , asunto «Kücükdeveci»; 13 Septiembre 2011 , asunto «Prigge»; y STJUE 19 abril 2016 Caso Dansk Industri, ha considerado que cuando una Directiva concreta un Derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación (en estos casos por razón de edad) corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio (caso Mangold, antes citado, apartado 77).

**En conclusión:** el TJUE la considera la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, una plasmación del principio de no discriminación, un derecho fundamental(art.21 CDFUE) y, por tanto, un principio general del Derecho Social de la Unión que ha **de tener eficacia no solo vertical, sino también horizontal o entre particulares**.

**En este sentido discurren las primeras sentencias que se han pronunciado al respecto, así por ejemplo la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 . Rec 1812/2016**

*" A diferencia del supuesto analizado en su momento por el TJUE y por ende el que luego ha dado lugar a la sentencia del TSJM, el caso que hoy traemos a colación no puede decirse que esté inmerso en la que se conoce como eficacia vertical de una Directiva, al no ser parte una Administración Pública en un sentido amplio. Por el contrario y **al ser un pleito entre particulares, deberíamos discutir sobre la denominada eficacia directa horizontal de la misma.***



En ese orden de cosas, podríamos especular con la aplicabilidad de tal eficacia en este litigio y en virtud del principio de interpretación conforme –TJUE 1-4-1984, C-14/83; 16-7-2009, C-12/08-. Por mor del cual el juez nacional debe aplicar la norma interna del País de que se trate, pero a la luz de la Directiva en cuestión y en aras a evitar una situación contraria y/o cuando menos conflictiva, que pueda llevar a la inaplicación de esa norma interna, lo cual también incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva –TJUE 19-4-2016, C-441/14- A tales efectos igualmente recordaremos las sentencias del TS de 26-3-2014, rec. 158/2013 y 8-6-2016, rec. 207/2015. No obstante, también somos conscientes de las limitaciones que pueda presentar la aplicación de ese principio en determinadas situaciones –TJUE 13-11-1990, C-106/89-.

Sin embargo, es innecesario entrar a dirimir si el supuesto que nos ocupa tiene acomodo en el principio mencionado, ya que a nuestro juicio el debate va por otros derroteros que pensamos que son más claros. En ese orden de cosas, ahora el elemento fundamental es la discriminación constatada por el TJUE entre trabajadores fijos y a su vez frente a los que tienen un contrato de duración determinada –parágrafos 35 a 37, de la sentencia-, y tal como ya apuntábamos en nuestro sexto fundamento de derecho. Por tanto, pensamos que no se puede aplicar en estos supuestos una norma interna que merezca ese calificativo tan negativo –TJUE 12-12-2002, C-422/00; 22-11-2005, C-154/04; 19-1-2010, C-555/07-.

Enlazando con esta última resolución queremos hacer hincapié en el art. 21.1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que destaquemos forma de lo que se ha venido a considerar derecho originario europeo, al establecer que: “...Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual...”. Precepto que es directamente aplicable en un litigio entre particulares, como el actualmente en curso, con todas sus consecuencias. Y siempre sin olvidar la expresa referencia que incorpora el num. 1, de la Cláusula 4, del Acuerdo Marco, al principio de no discriminación en materia laboral. Así entendemos que lo ha venido a ratificar no solo la resolución de 14-9-2016, sino con anterioridad las ya mencionadas, así como la de 19-4-2016, C-441/14, al reconocer que el citado es “un principio general del Derecho de la Unión”.

-No obsta a tal declaración que en el supuesto contemplado en la sentencia de 14-9-2016, el contrato objeto de debate fuera de los calificados como de interinidad –art. 15.1.c), del ET-, frente al suscrito por el aquí actor y que es de los considerados por obra o servicio determinado –art. 15.1.a), del ET-. Y decimos que no es obstáculo, pues el en su momento firmado es incardinable, incluso por expresa remisión nominativa –“realización de una obra o servicio determinado”-, en el concepto de “contrato de duración determinada”, recogida en la Cláusula 3.1, antes transcrita.

Asimismo, el punto de partida, suscripción de un contrato de trabajo de duración incierta, y a su vez el de terminación, una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, son idénticos en ambos casos. Queremos hacer hincapié en este último aspecto pues a nuestro juicio es un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE tantas veces mencionada. Es decir, tanto en el supuesto del trabajador fijo de plantilla como en el del que suscribe un contrato de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad del trabajador, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52.c), del ET, podríamos decir que la terminación del contrato de obra/servicio determinado es asimilable a la que se conoce como causa “productiva” –“cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”, recordemos-.

No obstante, queremos matizar que la referencia a dichos preceptos estatuarios es únicamente afectos argumentales e indemnizatorios. Señalamos que con ello no queremos decir que lo anterior suponga que en supuestos como el que ahora nos ocupa, la empresa debiera haber satisfecho las formalidades previstas en el num. 1.b), del art. 53, del ET, la hora de extinguir el contrato de la Sr. Pintado con la consecuencia de que ante ese teórico incumplimiento, la calificación aquí a dar sería la de despido improcedente –art. 122.3, de la LRJS-. Caso contrario, se produciría una reconversión total del debate.

Retomando nuestro hilo discursivo, sin embargo y pese a tal identidad extintiva, el tratamiento indemnizatorio es bien distinto –parágrafo 36, de la sentencia-. Es cierto, que el tipo de contrato que ahora analizamos y a diferencia del que trae causa la sentencia del TSJ de Madrid y por ende la del TJUE, tiene reconocida legalmente una indemnización al momento de extinguirse –art. 49.1.c) y disposición transitoria décimo tercera del ET-, y que estamos suponiendo que Atezain así se le abonó. Pero con todo, persiste una distinción en el trato a dispensar al actor, ya que aun haciendo caso omiso de la última norma citada, la diferencia indemnizatoria seguiría siendo sustancial –12 días frente a 20 por año de servicio-, y, reiteramos, sin una causa que lo justifique y como no sea la temporalidad contractual del Sr. Pintado. Al hilo de lo ahora expuesto, recordemos que la resolución europea explica que el problema de distinción indemnizatoria no se da entre temporales, es decir entre por ejemplo los interinos frente a los contratados por obra –ninguna indemnización frente a 12 días-, sino entre los trabajadores insertos en un concepto más global, cual es el los contratos de duración determinada, frente a los fijos –parágrafo 38, de la sentencia-.

-Llegados a este punto, recordemos que nos corresponde verificar si la situación laboral del actor es o no comparable a la de un trabajador fijo en Atezain –parágrafo 42, de sentencia-, o mejor dicho vistas las circunstancias laborales del Sr. Pintado, en cuanto que era el único trabajador en ese centro, lo que establezca el convenio colectivo –Cláusula 3.2, párrafo segundo, del Acuerdo Marco-, que hemos reconocido de aplicación y siempre desde la exclusiva perspectiva indemnizatoria que nos ocupa.

Nuestra conclusión es favorable, vistas las circunstancias que seguidamente desglosamos y que adelantamos no presentan especial complejidad en este supuesto.

En ese orden de cosas, es preciso volver a nuestro tercer fundamento de derecho, donde declaramos la aplicabilidad del Convenio Colectivo de Limpiezas de Edificios y Locales de Bizkaia. Asimismo, tomábamos como referencia retributiva la categoría profesional de conserje. La cual, añadimos, no requiere una formación cualificada y por ende es de fácil acceso físico e intelectual. Por tanto, a modo de conclusión y aunque ya fuera adelantada, no existe una justificación objetiva y razonable para que el actor no perciba la misma indemnización que la establecida para un trabajadora fijo que fuera despedido por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica –parágrafos 45 a 47, de la sentencia-

### ***III.4.5.- El posible impacto de la doctrina sobre otros contratos distintos del de interinidad por sustitución: interinos para cobertura de vacante, formativos, obra y servicio y eventuales.***

Importa ahora analizar el impacto de la Doctrina de Diego en otros contratos laborales de duración determinada.

#### **Contratos de interinidad**

En primer lugar, parece inobjetable, que la doctrina **es de aplicación a los contratos de interinidad por sustitución**, que es el que tenía concertado la Sra. De Diego. (art.4.1pfo1. RD 2720/98). Tampoco parece que sea cuestionable su aplicación a los contratos de **interinidad por cobertura de vacante** (art.4.1pfo.2 RD 2720/98), toda vez que existe un término válido de comparación , ya que la naturaleza del trabajo y funciones, los requisitos de formación o cualificación y las condiciones laborales serán, por lo común, las mismas que un trabajador fijo comparable (concretamente las mismas que la vacante pendiente de cobertura). Por tanto, no teniendo estos supuestos indemnización ninguna conforme al art.49.1c) ET habrían de verse cubiertos por la doctrina De Diego.

#### **Contratos Formativos**

En cuanto a **los otros contratos que el art.49.1c) ET excluye de toda indemnización, los contratos formativos** (en prácticas y para la formación; vid. art.11 ET y RD 428/98), dado que la sentencia analiza el art.49.1c) ET y en el mismo se contemplan los contratos formativos, **parece, en principio, que pueda serles también de aplicación la Doctrina De Diego.**

No obstante, conforme a lo expuesto con anterioridad, **habrán de superarse los cuatro estadios del juicio de igualdad. Veamos**

**1) Existencia de un trabajador con un contrato de duración determinada** : no cabe duda que el trabajador en prácticas y el trabajador para la formación son de esa naturaleza, pues, en principio, el contrato en prácticas no puede exceder de 2 años (11.1c) ET) y el contrato para la formación no puede exceder de 3 años (art.11.2b) ET).

#### **2) El término de comparación:**

Para ello hay que determinar si en el centro existe un trabajador fijo con **la misma naturaleza de trabajo y funciones o tareas asignadas, idénticos o similares requisitos de formación o cualificación y parejas condiciones laborales**

Este **requisito puede resultar cuestionable** puesto que el contrato en prácticas deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados y el contrato para la formación y el aprendizaje; mientras que el contrato para la formación o el aprendizaje tiene objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo.

Ahora bien, **¿qué ocurre cuando el trabajador en prácticas tiene la misma formación, realiza las mismas funciones y tareas que un trabajador indefinido?.** Recordemos que las prácticas presuponen una formación, y que exigen, cabalmente, la realización de tareas que permitan obtener la práctica profesional, ergo iguales o idénticas a un trabajador fijo comparable.

Por ello habrá de comprobar, caso a caso, si en el mismo centro de trabajo, en el marco del convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas

nacionales, existe un trabajador fijo con la misma naturaleza de trabajo y funciones o tareas asignadas, idénticos o similares requisitos de formación o cualificación y parejas condiciones laborales. **Esta comparación no es absolutamente impensable, pero habrá que estar al caso concreto.**

**3) Trato menos favorable del trabajador con contrato de duración determinada comparable respecto del trabajador fijo.** Superado el anterior juicio de comparación, **el trato menos favorable existe** desde el momento en que no se indemniza al contrato formativo que se extingue y sí con 20 días/año al contrato indefinido

#### **4) Inexistencia de una justificación objetiva**

En este punto es donde mayores problemas puede suponer la aplicación de la Doctrina de Diego a los contratos formativos, toda vez que la obtención de una práctica profesional de los titulados, o la obtención de una cualificación profesional o, en fin, el fomento de empleo de los jóvenes, entre los que existen altísimas tasas de paro, pueden erigirse en justificaciones objetivas y razonables para la diferencia de trato. Sin embargo, sería el Gobierno Español, quien ante una hipotética cuestión prejudicial, debería acreditar que la supresión de la indemnización de los contratos formativos se apoya en un fin de política social, y esta diferencia es proporcionada al objetivo perseguido por dicho trato, para lo que habrían de tenerse en cuenta otras desigualdades de trato, como son las menores retribuciones (art.11.1e) y art.11.2g) ET), junto a la privación de toda indemnización son idóneas, necesarias y proporcionadas al fin de política social.

Podríamos concluir, con lo hasta aquí expuesto, que nos enfrentamos a una cuestión eminentemente casuística, aunque hay que advertir que la doctrina De Diego se aventura menos aplicable al contrato para la formación, donde la obtención de una cualificación revela que puede fracasar el juicio de comparación con el trabajador fijo.

Sin embargo, aún **siendo ésta la primera postura que sostuve en un primer análisis del impacto de la sentencia<sup>42</sup>, la lectura de significadas opiniones<sup>43</sup> sobre la cuestión, me ha llevado a reconsiderar y rectificar dicha primera tesis**

Ello es así, porque el art.15.5 ET excluye de su aplicación la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Por otro lado, es cierto que el art.15.6 ET, no es tan claro en la exclusión, y dispone que la igualdad de trato temporales e indefinidos se dará "*sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos*". No es menos cierto que esta última cláusula puede interpretarse en el sentido de que se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las condiciones de trabajo de la extinción en los contratos formativos. Sin embargo, en los

---

<sup>42</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C.H. " Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa". Ed. Aranzadi. Revista de Información Laboral num. 8/2016

<sup>43</sup> FALGUERA BARÓ M.A "Algunas reflexiones sobre la STJUE en el asunto Diego Porras. Análisis críticos y efectos sobre el ordenamiento laboral español Número especial de octubre de 2016 de la Revista de la Jurisdicción Social de Jueces para la Democracia, editada por FALGUERA BARÓ, M.A . Puede consultarse en: <http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es>

formativos se exige que estén expresamente previstas, lo que me llevaría a concluir - corrigiendo mi anterior postura- que una lectura integrada de este precepto y del art.49.1c) ET los contratos formativos (en prácticas y para la formación), estarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, como así autoriza la cláusula 2.2 del Acuerdo marco

**Contratos de obra y servicio determinado:** en el contrato de obra y servicio la indemnización por terminación de la obra y servicio es de 12 días (art.49.1c) ET), mientras que en la extinción por razones objetivas es de 20 días (art.53.1b) ET.

Siguiendo los mismos pasos que hemos apuntado en casos anteriores, puede aducirse que la obra o servicio, que tienen sustantividad propia podrían suponer un fracaso del juicio de comparación con los trabajadores fijos. Sin embargo, el caso concreto nos puede llevar a determinar que existen trabajadores fijos asignados a la misma obra, con idénticas funciones y exigencias formativas, en cuyo caso existiría un término válido de comparación y, en este caso, no habría justificación alguna de política social que se pueda esgrimir, por lo que en principio la Doctrina De Diego podría ser aplicable en tales supuestos.

Esta primera impresión ya se ha confirmado, puesto que la Doctrina De Diego se ha aplicado a los contratos de obra y servicio en la **STSJ País Vasco 18 octubre 2016 . Rec 1812/2016** y en la **STSJ País Vasco de 18 octubre 2016. Rec 1690/2016**. En esta última, **el contrato superaba el plazo de 3 años (art.15.5 y DA 15ª ET), sin embargo no es aplicable al caso la conversión a indefinido prevista en el art.15.5 ET, por exceptuarlo la DA 15ª.**

**En este caso se declara bien extinguido el contrato y se confiere la indemnización de 20 días por año, en lugar de la de 12 días del art.49.1 c) ET**

La justificación para la aplicación de la Doctrina De Diego a los contratos de obra y servicio en estas dos sentencias del TSJ del País Vasco es similar y -por su interés- la reproducimos :

*"-No obsta a tal declaración que en el supuesto contemplado en dicha sentencia europea el contrato objeto de debate fuera de los calificados como de interinidad -art. 15.1.c), del ET-, frente al suscrito por la aquí actora y que aunque se denomine de realización de "un proyecto de investigación", es a la postre de los considerados por obra o servicio determinado -art. 15.1.a), del ET-, por mor de la expresa remisión que incluye el art. 30, de la Ley 14/2011, norma ya relacionada en un fundamento de derecho anterior.*

*Y decimos que no es obstáculo pues el en su momento firmado por la trabajadora es incardinable, incluso por expresa remisión nominativa -"realización de una obra o servicio determinado"-, en el concepto de "contrato de duración determinada", recogida en la Cláusula 3.1, antes transcrita.*

*Asimismo, el punto de partida, suscripción de un contrato de trabajo de duración incierta, y a su vez el de terminación, una decisión de la empleadora basada en que ya no existe causa suficiente para su mantenimiento, son idénticos en ambos casos. Queremos hacer hincapié en este último aspecto pues a nuestro juicio es un elemento sustancial en la teoría que arbitra la sentencia del TJUE tantas veces mencionada. Es decir, tanto en el supuesto de una trabajadora fija de plantilla como en el del que suscribe un contrato de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad de la trabajadora, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52.c), del ET, podríamos decir que la terminación del contrato de investigación es asimilable a la que se conoce como causa "productiva" - "cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado", recordemos-.*

*No obstante, queremos matizar que la referencia a dichos preceptos estatuarios es únicamente afectos argumentales e indemnizatorios. Señalamos que con ello no queremos decir que lo anterior suponga que en supuestos como el que ahora nos ocupa, la empresa debiera haber satisfecho las formalidades previstas en el num. 1.b), del art. 53, del ET, la hora de extinguir el contrato de la Sra. Sánchez, con la consecuencia de que ante ese teórico incumplimiento, la calificación aquí a dar sería la de despido improcedente -art. 122.3, de la LRJS-. Caso contrario, se produciría una reconversión total del debate. "*

### Contratos eventuales

En cuanto a los contratos eventuales, se pueden celebrar cuando circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos así lo exijan, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.

En estos supuestos, no parece que la naturaleza de las tareas (pueden ser actividad normal) pueda llevar al fracaso el juicio de comparación, por lo que no será infrecuente que trabajadores fijos realicen las mismas tareas, con la misma formación y en idénticas condiciones que los eventuales.

En este punto se revela con total crudeza la incongruencia del sistema de contratación temporal y de la causalidad objetiva de la extinción, porque, en rigor, la disminución de las tareas o pedidos pueden suponer la extinción de un contrato por tiempo indefinido por causas productivas (art.51.1 y art.52c) ET) con 20 días de indemnización, mientras que un trabajador eventual al llegar al término del contrato percibirá sólo 12 días de indemnización.

Entendemos, sin perjuicio de una necesidad de análisis caso a caso, que el contrato eventual se presta a la existencia de un término válido de comparación y, por supuesto, a la inexistencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desfavorable.

#### ***III.4.6.- El impacto de la doctrina sobre el personal laboral indefinido no fijos***

El personal indefinido no fijo, se considera, por la doctrina del TS que tiene derecho por imperativo legal, en aplicación analógica del artículo 49.1,c) del ET, otorgar en estos casos al trabajador indefinido no fijo que ha sido objeto de una válida extinción la misma indemnización por fin de contrato establecida para la mayoría de los contratos temporales en dicho precepto.

Así, la STS de 14/10/2013 (RJ 2013, 8000) (RCUD 68/2013) , STS 11 febrero 2014. RJ 2014\913, afirma que la asimilación a efectos extintivos entre la relación «indefinida no fija» y la interinidad, no parece razonable que puede llevarse al extremo de obstar una interpretación analógica - art. 4.1 CC - del art. 49.1.c) ET y que no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados; interpretación que se impone con mayor fuerza si se atiende a la Directiva 1999/70/CE [28/Junio] y a la jurisprudencia que la interpreta [ SSTJUE 4/Julio/06 (RJCA 2006, 181) , Asunto Adeneler ; 7/Septiembre/06 (TJCE 2006, 229) , Asunto Marrossu y Sardino ; 7/Septiembre/06 (TJCE 2006, 224) , Asunto Vassallo ; y 23/Abril/09 (TJCE 2009, 94) , Asunto Angelidaki ], y por la que se reitera el principio de «efectividad» en orden a la contratación temporal.

**Por tanto, con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción del contrato comportará una indemnización no de 12 días/año sino de 20/días año.**



### ***III.4.7.- El posible impacto de la doctrina sobre el personal funcionario interino***

Hay que partir de que no **hay duda alguna que la Directiva 99/70 se aplica al personal funcionario interino de las Administraciones públicas**<sup>44</sup>.

Desde antiguo, el TJUE ha venido considerando que la definición de trabajador con contrato de duración determinada engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan<sup>45</sup>

En concreto, la aplicación a personal con vínculo administrativo, no laboral, en el caso de España se ha producido, entre otros en los casos de las STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans y STJUE 18 octubre 2012, Caso Valenza

**Por tanto, la cuestión es si los funcionarios/as interinos que cesen en su relación por cobertura de la plaza que ocupan o por amortización de la misma son comparables con los trabajadores en régimen laboral a efectos de indemnización**

Nuestro TC ha considerado tradicionalmente (ej. STC 148/90 de 1 de octubre) que la **desigualdad de trato entre personal funcionario y laboral no es invocable en cuanto a condiciones de trabajo** (ej. cómputo de período de excedencia a efectos de antigüedad) porque son dos colectivos distintos, que se hallan enmarcados en situaciones jurídicas diferenciadas que actúan unas entre la administración y el personal funcionario y otras entre empresario y trabajador, aplicándoseles derecho público y privado, por lo que, en definitiva **no constituyen situaciones comparables**. En el mismo sentido respecto personal estatutario y laboral se pronuncia, entre otras, la STC 56/88 de 24 de marzo, y STC 170/88 de 29 de septiembre.

Sin embargo, **la cuestión cambia radicalmente en el contexto de la Directiva 99/70**, pues como hemos analizado, el TJUE considera comparables funcionarios y laborales y entiende que no es justificación objetiva del trato menos favorable una norma abstracta y general como la ley o el convenio:

"debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 y/o 4, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una Ley o un convenio colectivo"<sup>46</sup>

En conclusión, la Doctrina De Diego comporta que el cese del personal funcionario interino cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.3 RDL 5/2015), debería dar derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, igual que para los interinos laborales, porque la mera diferencia de régimen jurídico (estatutario o laboral) no justifica, en sí mismo, el trato desfavorable que los funcionarios interinos sufren respecto de trabajadores fijos laborales comparables.

---

<sup>44</sup> STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans. TJCE 2015\287; STJUE 26 noviembre 2014. Caso Mascolo TJCE 2014\455; STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. TJCE 2013\448; STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. TJCE 2012\292

<sup>45</sup> (STJCE 4 julio 2006, Caso Adeneler y otros TJCE 2006/181 F. 56; STJCE 7 septiembre 2006, Caso Marrosu y Sandino TJCE 2006/229)

<sup>46</sup> (STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza, con cita de sentencias Del Cerro Alonso [TJCE 2007, 229], antes citada, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414], Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031, apartado 54; auto Montoya Medina, antes citado, apartado 40; sentencia Rosado Santana [TJCE 2011, 255], antes citada, apartado 72, y auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartado 47).

### III.5- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA DE DIEGO

Las consecuencias de la doctrina fijada en el Caso De Diego son innegables y exigen el examen de diversas cuestiones que trataremos de ordenar como sigue en las siguientes cuestiones:

¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos?

¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad?

¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares

¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos?

¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento?

¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse?

¿Qué impacto temporal tiene esta resolución? La prescripción

#### *III.5.1.- ¿Se trata sólo de un caso concreto o afecta a una generalidad de supuestos?*

A los pocos días de haberse dictado la resolución De Diego, no han faltado voces que se han apresurado a decir que se trata de una resolución de un caso concreto, que no tiene trascendencia en los demás contratos<sup>47</sup>.

Sin embargo, dicha interpretación no es plausible si tenemos en cuenta lo que la propia sentencia afirma con meridiana claridad: el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

**Por tanto, la doctrina De Diego se aplica -sin duda- a todos los supuestos de contratos de interinidad a cuya terminación el art.49.1c) no concede indemnización alguna. La sentencia no distingue entre interinidad por sustitución y por vacante (art.4 RD 2720/98), por lo que es aplicable a ambos, como hemos examinado**

Por lo demás, una sentencia con efectos limitados al caso concreto, como se sostenía, es obvio que no hubiera justificado la reunión de la Ministra en funciones con los Agentes Sociales, como así ha ocurrido<sup>48</sup>.

Resta por ver el alcance del impacto de esta sentencia en los casos concretos, pero, lo que no cabe objetar, es que no se trata de una cuestión puntual y anecdótica, sino de una doctrina que -sin duda alguna- va a dar mucho de qué hablar en la praxis del foro social en los próximos meses.

<sup>47</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I "Enredo judicial en la contratación". Diario El Mundo 23/09/16

<sup>48</sup>[http://economia.elpais.com/economia/2016/10/13/actualidad/1476364770\\_898644.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/10/13/actualidad/1476364770_898644.html)

### ***III.5.2.- ¿La doctrina De Diego es extrapolable a otros contratos temporales distintos del de interinidad?***

#### **Formativos:**

En principio puede sostenerse que los contratos formativos se hallan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

Ello es así, porque el art.15.5 ET excluye de su aplicación la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Por otro lado, es cierto que el art.15.6 ET, no es tan claro en la exclusión, y dispone que la igualdad de trato temporales e indefinidos se dará " *sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos*". No es menos cierto que esta última cláusula puede interpretarse en el sentido de que se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las condiciones de trabajo de la extinción en los contratos formativos. Sin embargo, en los formativos se exige que estén expresamente previstas, lo que me llevaría a concluir - corrigiendo mi anterior postura- que una lectura integrada de este precepto y del art.49.1c) ET los contratos formativos (en prácticas y para la formación), estarían excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, como así autoriza la cláusula 2.2 del Acuerdo marco

**Contratos de obra y servicio determinado:** Si bien la obra o servicio, que tienen sustantividad propia podrían suponer un fracaso del juicio de comparación con los trabajadores fijos, el análisis del caso concreto nos puede llevar a determinar que existen trabajadores fijos asignados a la misma obra o servicio, con idénticas funciones y exigencias formativas, en cuyo caso existiría un término válido de comparación y, en este caso, no habría justificación alguna de política social que se pueda esgrimir para abonar una indemnización de 12 en lugar de una de 20 días por año, por lo que en principio la Doctrina de Diego podría ser aplicable en tales supuestos y, de hecho, ya lo ha sido en las SSTSJ País Vasco de 18 octubre 2016 (Recs 1872/16 y 1690/16)

#### **Contratos eventuales**

En estos supuestos, no parece que la naturaleza de las tareas (pueden ser actividad normal) pueda llevar al fracaso el juicio de comparación, por lo que no será infrecuente que trabajadores fijos realicen las mismas tareas, con la misma formación y en idénticas condiciones que los eventuales.

Entendemos, sin perjuicio de una necesidad de análisis caso a caso, que el contrato eventual se presta a la existencia de un término válido de comparación y, por supuesto, a la inexistencia de una justificación objetiva y razonable para el trato desfavorable, por lo que la Doctrina de Diego se aventura fecunda en este campo.



### ***III.5.3.- ¿La doctrina De Diego es invocable sólo frente a Administraciones Públicas o también frente a particulares?***

El TJUE ya se ha pronunciado en el sentido de que la cláusula 4 del Acuerdo Marco es incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional (STJUE de 12 diciembre 2013. Caso Carratù), por lo que su eficacia ante las Administraciones Públicas está fuera de toda cuestión.

Por otro lado, la condición del principio de igualdad de trato y no discriminación desarrollado por la cláusula 4 del Acuerdo Marco de derecho fundamental y, por ende de desarrollo de derecho originario (art.21 CDFUE), supone que el mismo tenga eficacia horizontal o entre particulares, conforme a la doctrina del TJUE y del TS.

### ***III:5.4.- ¿Afecta esta resolución a otras categorías de trabajadores de duración determinada, en particular a los indefinidos no fijos?***

Con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción de su contrato comportará una indemnización no de 12 días/año, sino de 20/días año.

### ***III.5.5.- ¿Es aplicable a los funcionarios interinos que cesen finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento?***

El cese del personal funcionario interino cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.3 RDL 5/2015), debería dar derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, igual que para los interinos laborales

### ***III.5.6.- ¿Qué indemnizaciones podrán reclamarse?***

Los supuestos en que la Doctrina De Diego resulte de aplicación pueden reclamar la de un trabajador a tiempo completo comparable, que el TJUE sitúa en 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 meses (art.531b ET)

### ***III.5.7.- ¿Qué impacto temporal tiene esta resolución?***

**En el ámbito laboral**, la doctrina puede aplicarse a:

- Todos los contratos temporales de interinidad, formativos en prácticas, obra y servicio y eventuales, así como indefinidos no fijos, a los que sea aplicable la Doctrina de Diego en el sentido expuesto y que se extingan a partir de 14 de septiembre de 2016.

- Los contratos extinguidos antes de 14 de septiembre de 2016, tendrían su acción para reclamar la indemnización de 20 días/año o la diferencia entre la de 12 días y la de 20 días no prescrita (art.59.1 ET)

Están prescritas las acciones referidas a extinciones producidas antes de 14 de septiembre de 2015 y, en general, todas aquellas en que se interponga la demanda transcurrido 1 año desde la fecha de la extinción.

**En el ámbito de las Administraciones públicas y el personal funcionario:** el plazo de prescripción, conforme al art.25 de la Ley 47/03 de 26 de noviembre es de **4 años**

**IV.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASO PÉREZ LÓPEZ CONTRA SERSACAM: Personal estatutario temporal eventual: prohibición de contratación sucesiva temporal para cubrir necesidades permanentes y discriminación por falta de indemnización al cese**

## **IV.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA**

### **Normativa comunitaria**

**Cláusula 5 del Acuerdo Marco**, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), que figura en el anexo de la **Directiva 1999/70/CE**

#### **Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva :**

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, **introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:**

- a) **razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;**
  - b) **la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;**
  - c) **el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.**
2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, **determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:**
- a) se considerarán "sucesivos";
  - b) se considerarán **celebrados por tiempo indefinido.**

### **Normativa española**

**Ley 55/2003 de 16 de diciembre; por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.**

#### **Artículo 8. Personal estatutario fijo**

Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

#### **Artículo 9. Personal estatutario temporal**

1. Por **razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario**, los servicios de salud podrán nombrar **personal estatutario temporal**.

Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de **interinidad, de carácter eventual o de sustitución**.

2. El nombramiento de **carácter interino** se expedirá para el desempeño de una **plaza vacante** de los centros o servicios de salud, cuando **sea necesario atender las correspondientes funciones**.

Se acordará el **cese del personal estatutario interino** cuando **se incorpore personal fijo**, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando **dicha plaza resulte amortizada**.

3. El nombramiento de **carácter eventual** se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de **servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria**.
- b) Cuando sea necesario para **garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios**.
- c) Para la prestación de **servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria**.

Se acordará el **cese del personal estatutario eventual** cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

4. El **nombramiento de sustitución** se expedirá cuando **resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal** que comporten **la reserva de la plaza**.

Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

5. **Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.**

Art.15.3 ET: «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

Art.3 RD 2720/1998, de 18 de diciembre, el contrato eventual, incluido en la categoría de contratos de duración determinada, está pensado para dar repuesta a necesidades coyunturales.

Art. 49, aptdo1, c), ET : a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar **doce días de salario por cada año de servicio**

#### **IV.2.- SUPUESTO DE HECHO**

La Sra. Pérez López fue nombrada **personal estatutario temporal eventual** como enfermera en el Hospital Universitario de Madrid durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009.

El nombramiento indicaba como causa justificativa la «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», y como contenido y descripción de la prestación el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial».

Tras el primer nombramiento, fueron emitidos nuevos nombramientos de la Sra. Pérez López en siete ocasiones, con una duración de tres, seis o nueve meses, todos con idéntico contenido, de modo que la Sra. Pérez López prestó servicios sin solución de continuidad durante **el período comprendido entre el 5 de febrero de 2009 y el 31 de marzo de 2013.**

Durante la vigencia del último de los nombramientos mencionados, correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2013, la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid dictó la Orden de 28 de enero de 2013, por la que, para cumplir el objetivo de contención del gasto público, se establecía que, una vez llegada la fecha de fin del nombramiento, debía procederse al cese del personal estatutario temporal eventual y a la liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, fuera a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular.

Con arreglo a dicha Orden, el 8 de marzo de 2013 se comunicó a la Sra. Pérez López la finalización de su relación de servicio con el Servicio Madrileño de Salud, con efectos a 31 de marzo de 2013. No obstante, el **21 de marzo de 2013 se le comunicó su nuevo nombramiento, idéntico a los que le precedieron y sin solución de continuidad** respecto del anterior, por el período comprendido entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2013.

El 30 de abril de 2013, la Sra. Pérez López **interpuso recurso de alzada contra la comunicación de cese** y contra su nuevo **nombramiento como personal estatutario temporal eventual**. Transcurrido el plazo previsto legalmente para considerar desestimado su recurso de alzada por silencio administrativo, el 13 de septiembre de 2013 interpuso **recurso contencioso** ante el **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid, en el que alega, en esencia, que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente**. En consecuencia, la sucesión de nombramientos de duración determinada incurre en fraude de ley y la relación de servicio debe transformarse.

**Según el juzgado remitente, la normativa nacional controvertida, y más concretamente el artículo 9 del Estatuto Marco, no contiene medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada.** En efecto, aunque se establezca una duración máxima de la **relación de servicio del personal estatutario temporal eventual**, la **Administración puede apreciar libremente las razones que justifican la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada y la oportunidad de crear una plaza estructural** que responda a las necesidades de los servicios de salud. Ahora bien, considera que, **en el caso de que se cree dicha plaza, se mantendrá la situación precaria de este personal estatutario, ya que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal.**

El juzgado remitente también muestra sus dudas en lo que atañe a **la compatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con el principio de no discriminación** tal como está formulado en la cláusula 4 del Acuerdo marco. Señala que el **personal estatutario temporal eventual** de los servicios de salud sujeto al Estatuto Marco y **los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo eventual**, regulado por el Estatuto de los Trabajadores, **son relaciones laborales de duración determinada comparables.** Ahora bien, **a diferencia de las disposiciones aplicables al personal estatutario temporal eventual**, el Estatuto de los Trabajadores no sólo **reconoce a estos trabajadores con contrato de duración determinada el derecho a una indemnización** equivalente a **doce días de salario por cada año trabajado o fracción inferior**, sino que además incluye una cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, consistente en que **los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido.**

#### **Cuestiones que plantea el Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Madrid:**

«1) **¿Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, por favorecer los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de carácter eventual?**, en la medida que:

- a) **No fija una duración máxima total** para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos.
- b) **Deja a la libre voluntad de la Administración la decisión de proceder a la creación de plazas estructurales**, cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años.
- c) **Permite realizar nombramientos de carácter eventual sin exigir la constancia en los mismos de la concreta causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que los justifique.**

2) **¿Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 2013, al establecer que «una vez llegada la fecha fin del nombramiento, en todo caso, deberá procederse al cese y liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, vaya a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular», con independencia, por lo tanto, de que haya finalizado la concreta causa objetiva que**

justificó el nombramiento, tal y como se establece en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco?

3) **¿Es acorde con el objeto pretendido con el [Acuerdo marco] la interpretación del párrafo tercero del artículo 9.3 del [Estatuto marco], en el sentido de considerar que cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, se deba proceder a la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, pasando entonces el trabajador con nombramiento de carácter eventual a ser nombrado con carácter interino?**

4) **¿Es acorde con el principio de no discriminación reconocido en el [Acuerdo marco] la aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones, pues carecería de sentido que trabajadores con idéntica cualificación, para prestar servicios en la misma empresa (Servicio Madrileño de Salud), realizando la misma función y para cubrir idéntica necesidad coyuntural, tuvieran un tratamiento distinto en el momento de la extinción de su relación, sin que exista razón aparente que impida comparar entre sí contratos de duración determinada para evitar situaciones discriminatorias?»**

#### **IV.3.- RESPUESTA DEL TJUE**

El TJUE da las siguientes respuestas a las cuestiones planteadas:

1) La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que **se opone a que una norma nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que:**

– **la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas»**, en el sentido de dicha cláusula, **debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria**, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables;

– **no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumbe a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino**, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

2) La cláusula 5 del Acuerdo marco, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, **no se opone a una norma nacional como la controvertida** en el litigio principal, **que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada** y que se **abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma no**

menoscabe el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, lo que incumbe comprobar al juzgado remitente.

3) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es **manifiestamente incompetente para responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid**.

## IV.4.- COMENTARIO

### *IV.4.1.- El ámbito de aplicación de la Directiva 99/70*

El TJUE, reitera su doctrina, que aplicada al caso concreto supone que el Acuerdo Marco es de aplicación al personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud<sup>49</sup>, porque el Acuerdo Marco engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno.

### *IV.4.2.- La renovación de contratos de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable*

#### IV.4.2.1.- La doctrina del TJUE sobre los límites de la sucesión de contratos de duración determinada

El TJUE empieza por recordar que el objetivo de la cláusula 5 del Acuerdo Marco no es otro que **imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada**, considerada **fuentes potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores**, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados.

Para lograr tal objetivo los Estados miembros disponen de margen de apreciación, pudiendo optar por cualquiera (una o varias) de las 3 medidas que contempla la cláusula 5:

- razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales,
- duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales
- número de sus renovaciones

Por tanto, los **Estados miembros han de prevenir abusos de la contratación temporal, por cualquiera de los medios indicados** y, además, a elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, teniendo en cuenta que el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, **medidas que no sólo deben ser proporcionadas**, sino también

---

<sup>49</sup> SSTJUE 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04 F. 56; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, F. 38; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, f. 28 y 29; y de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, F. 67).



lo bastante **efectivas y disuasorias** como para **garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas** en aplicación del Acuerdo marco<sup>50</sup>

El **principio de equivalencia** impone que cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, hay que poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión<sup>51</sup>

Sin embargo, corresponde a los jueces nacionales apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que éstos constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada -

#### ***IV.4.2.2.- La regularidad de la normativa nacional (art.9.3 Ley 55/03)***

El TJUE dice con total claridad que **una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias** de la Directiva<sup>52</sup>, sin embargo, considera que no es tal el caso de la normativa española, en concreto, del art.9.3 Ley 55/03.

En este sentido, el TJUE considera que **la normativa nacional determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada**. El art.9.3 Ley 55/03 permite nombramientos temporales, según los casos, cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Esta disposición aclara además que, si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración competente estudiará las causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural.

A la vista de ello **el TJUE concluye que la norma nacional controvertida en el litigio principal no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada**, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales

---

50 STJUE 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, f- 62 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, f.77.

51 STJUE 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, f. 64 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, f.79

52 STJUE 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 97 y jurisprudencia citada; de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 28, y de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 46).



#### ***IV.4.2.3.- La irregularidad de práctica nacional (art.9.3 Ley 55/03)***

En segundo lugar, el TJUE, reconoce que puede considerarse una **"razón objetiva"** para la contratación temporal la **sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada**; así mismo reconoce que la Administración sanitaria tiene necesidades de adecuar el personal al número de pacientes que pueden justificar en este **sector específico el recurso a nombramientos sucesivos de duración determinada; pero fija un límite infranqueable:**

***"no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo"*** <sup>53</sup>

La **renovación de contratos o relaciones laborales** de duración determinada **para cubrir necesidades que**, de hecho, **no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco**, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades<sup>54</sup>

En este sentido, **el Juez nacional debe comprobar:**

- a) que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales
- b) que una disposición como el art.9.3 Ley 55/03 no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal<sup>55</sup>

En el caso concreto el TJUE concluye que los sucesivos nombramientos de la Sra. Pérez López para garantizar los servicios hospitalarios no parecen responder a meras necesidades temporales del empleador y se apoya para ello en la apreciación del juzgado remitente, que califica de **«mal endémico» la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal** y que considera que **alrededor del 25 % de las 50 000 plazas** de plantilla de personal facultativo y sanitario de la Comunidad de Madrid **están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal**, llegando en algunos casos extremos a **rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios**, con una **duración media de entre 5 y 6 años**.

A partir de ahí, el TJUE concluye que la normativa nacional controvertida en el litigio principal **no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente**. Por el contrario, se desprende de las afirmaciones del juzgado remitente que los puestos estructurales creados serán provistos mediante el nombramiento de personal **estatutario temporal interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos** de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de

<sup>53</sup> (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 58).

<sup>54</sup> (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartados 36 y 37, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 100).

<sup>55</sup> (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 39 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 101).

precariedad de los trabajadores se convierte en permanente. Pues bien, **esta normativa** puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, **la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables, mientras que (...) en el Estado miembro de que se trata existe un déficit estructural de puestos de personal fijo.**

*IV.4.3.- Regularidad de una norma que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior; siempre que no atente al efecto útil de la Directiva.*

El artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 2013, al establecer que «una vez llegada la fecha fin del nombramiento, en todo caso, deberá procederse al cese y liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, vaya a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular», con independencia, por lo tanto, de que haya finalizado la concreta causa objetiva que justificó el nombramiento, tal y como se establece en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco

**El TJUE no da una respuesta definitiva** a la segunda cuestión prejudicial, que plantea la regularidad del artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 2013, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior; remitiendo la solución concreta al Juez nacional, en función de si dicha norma pone o no en peligro el efecto útil de la Directiva.

En este sentido, considera que el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo marco, que consiste en establecer límites a la utilización de sucesivos contratos y relaciones de trabajo de duración determinada, se vería completamente privado de su objeto si el mero hecho de que una relación laboral se considere nueva en Derecho nacional pudiera constituir una «razón objetiva», en el sentido de dicha cláusula, que permitiera autorizar una renovación de un contrato de trabajo de duración determinada, pero dado el alto margen de apreciación de los Estados concluye que la cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma no menoscabe el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, lo que incumbe comprobar al juzgado remitente.

*IV.4.4.- La Directiva no se aplica a diferencias de trato entre trabajadores temporales*

**El TJUE se declara incompetente** para resolver la cuarta cuestión que se plantea, consistente en que **si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional**, como la controvertida en el litigio principal, que **deniega toda indemnización por cese al personal estatutario temporal eventual**, mientras que, no obstante, **esta indemnización se concede** a la finalización del contrato de los **trabajadores comparables con contrato de trabajo eventual.**

La razón de la incompetencia es que el término de comparación no se establece entre el personal con contrato de duración determinado y el personal con contrato indefinido comparable; sino entre temporales, siendo que la discriminación entre temporales no se halla dentro del ámbito de aplicación de la Directiva,

Sin embargo el TJUE sugiere claramente la solución, **al decir que la diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual . Por si queda alguna duda, el TJUE se remite expresamente al caso De Diego Porras (apartados 37 y 38).**

Por tanto, **la conclusión parece obvia: la diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual -que no percibe indemnización alguna a su cese- y el personal laboral contratado por tiempo indefinido -que percibe una indemnización de 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades- es contraria al art.4 del Acuerdo Marco.**

#### *IV.4.5.- La sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Madrid en el PA 371/13*

Tras la STJUE en el caso Pérez López, el órgano remitente, el JC nº 4 de Madrid, ha dictado a su vez sentencia en la que resuelve declarar que los sucesivos nombramientos de la demandante como personal estatutario sanitario de carácter eventual fueron realizados en fraude de ley y que, como consecuencia de lo anterior, su cese de fecha 31 de mayo de 2013 es nulo de pleno derecho, no habiendo existido causa legal para el mismo, declarando, a su vez, que la relación que mantiene con la Administración demandada es de interinidad

En la argumentación de la sentencia la misma se hace eco de la **invariable doctrina de la Sala Contencioso-Administrativa de la CAM, absolutamente contraria al examen de la problemática de la sucesión de nombramientos desde la perspectiva de la Directiva 99/70. Doctrina que, como es obvio, tendrá que cambiar tras la sentencia Pérez López.**

**En este sentido, reproducimos el resumen que la misma hace el JCA nº 4 de Madrid**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (fundamentalmente de su Sección 7a), pero de sentido radicalmente contrario (de las 30 sentencias que aparecen en el repertorio de jurisprudencia, referidas a este concreto tema y dictadas por dicho Tribunal, 29 son favorables para la Administración autonómica y tan sólo 1 es parcialmente desestimatoria para ella, si bien únicamente en cuanto desestima la causa de inadmisión del recurso alegada y acogida en la instancia), al expresar en ellas que:

- (i) el personal estatutario de los Servicios de Salud no está vinculado a la Administración Sanitaria por una relación jurídica de naturaleza laboral (cuestión obvia y, por ello, no cuestionada por nadie);
- (II) los sucesivos nombramientos y ceses “son verdaderos actos administrativos y que los mismos ganaron firmeza por no haber sido impugnados en su día”, si bien, a

continuación y en las sentencias más recientes, se admite que puedan ser analizados “para determinar la legalidad de la actuación administrativa”;

(iii) “falta el presupuesto de hecho para que podamos considerar que los nombramientos de la apelante deberían haber sido como personal estatutario interino y no eventual”, cuando lo cierto es que, como ya se ha dicho antes, en estos casos la Administración no discute, en realidad, que con ellos no se trata de cubrir una eventualidad; y (iv) “en todo caso, el que se haya trabajado como personal estatutario eventual más de 12 meses en un período de dos años, ello en modo alguno significa que debería haber sido considerada personal estatutario interino como pretende, sino que lo único que sucede en tales supuestos es que la Administración sanitaria debe estudiar las causas que motivan aquella situación y valorar en su caso si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla, es decir que en este caso la Ley apodera a la Administración a crear o no una plaza estructural en la plantilla del centro en función de las necesidades del servicio que sólo a dicha Administración corresponde valorar” (los párrafos entrecomillados están extraídos de las Sentencias de 06- 04-2010 —Rec Apel 14/2010- y de 03-03-2005 —Rec Apel 1216/2008-, pero se reproducen miméticamente en todas las demás). Ver más recientemente STSJ Madrid (cont-adm.) núm. 52/2016 de 28 enero.

#### **IV.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA PÉREZ LÓPEZ**

1) La **aplicación de la Directiva 99/70 al personal temporal con relación funcional o estatutaria no es una novedad del caso Pérez López**, sino que ya había sido reconocida en la STJCE 13 septiembre 2007. **Caso Yolanda del Cerro y Osakidetza**, Asunto C-307/2005. En ese caso se concluyó que la Directiva podía sustentar una pretensión dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el Derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos. De esta forma el **personal estatutario temporal logró el derecho al reconocimiento de los trienios, que se venían abonando al personal fijo**.

En este sentido, podemos decir que **los incumplimientos por el Reino de España de la Directiva 99/70, no es algo que pueda tacharse de anecdótico**. Así, a parte de los casos Pérez López y Yolanda del Cerro, en la STJUE 9 julio 2015, tenemos el Caso María José Regojo Dans contra Consejo de Estado, en la que España también resultó condenada, esta vez por razón de una funcionaria eventual, a la que se declaró que encajaba en el concepto de trabajadora de duración determinada del art.3.1 del Acuerdo marco y, por tanto, se declara discriminatorio que el personal eventual no perciba los mismos trienios que los funcionarios de carrera cuando ambas categorías de trabajadores se hallen en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente. En fin, el caso de los profesores asociados y el posible abuso de su contratación por las universidades españolas fue analizado por la STJUE 13 marzo 2014, Caso Antonio Márquez Samohano contra UNIVERSITAT POMPEU FABRA, Asunto C-190/13

2) **La norma nacional controvertida (art.9.3 Ley 55/03) no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada**, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales, por lo que la misma, en principio, no es contraria a la Directiva.

3) Sin embargo, el TJUE considera que la **práctica aplicativa de dicha norma sí es contraria a la Directiva**, toda vez que *no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo*", afirmación ésta que tampoco constituye una novedad, pues ya se había mantenido por el TJUE en el caso Márquez Samohano.

Dado que la normativa nacional no **entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumbe a la Administración competente** y que la provisión de puestos fijos mediante nombramiento de personal **estatutario temporal interino, no tiene una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos** de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, el TJUE concluye que en realidad, **la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente, por lo que dicha práctica se opone a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco.**

4) El TJUE deja abierta la puerta para que **el personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud reclame la indemnización de 20 días por año que le corresponde a los contratados laborales indefinidos en situación comparable, con expresa remisión al Caso De Diego Porras.**

No obstante, no se pronuncia al respecto porque la cuestión prejudicial formuló el término de comparación entre personal de duración determinada ( estatutarios eventuales y laborales de duración determinada), comparación a la que no es aplicable la Directiva 99/70, por lo que se declara incompetente.

## **TRASCENDENCIA PRÁCTICA**

**¿Tienen acción los eventuales o los interinos para que se convoquen plazas cuando conste que están ocupando vacantes estructurales?**

En principio la cobertura de vacantes se trata de una potestad de la Administración y los eventuales en fraude de ley tendrán acción para que los declaren interinos, pero no para que se convoquen las plazas, cuestión ésta que atañe a la Administración, que a lo más viene obligada, conforme al art.9.3 de la Ley 55/03 a proceder al estudio de las causas que motivaron más de 2 nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses; y para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

Además, el art.80.2 Ley 55/03 establece como materias objeto de negociación la provisión de plazas y la oferta global de empleo, por lo que no procedería una condena de tal naturaleza, que supondría infringir el deber de negociación previa establecida por la ley.



Ahora bien, la pregunta se plantea a la vista de la respuesta del TJUE cuando sostiene que la cláusula 5.1a) de la Directiva se opone a que una norma nacional, como el art.9 EM sea aplicado de manera que no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

Quizás en el contexto de esta respuesta puedan explorarse fórmulas como la **impugnación de las ofertas de empleo público** (art.70 EBEP) cuando **las mismas no cubren el déficit estructural de puestos que está siendo cubierto por personal interino**. Sin embargo, dicha impugnación, que habría de articularse por la vía de la impugnación directa del Real Decreto correspondiente por parte legítima (art.26.1 LJCA ) o bien de oficio a través de la cuestión de ilegalidad (art.123 y 27 LJCA).

Con todo, esa vía tiene innegables dificultades desde el momento en que las Leyes de presupuestos establezcan las tasas de reposición de efectivos (vid. para el año 2016: art.20 de la Ley 48/2015 de 29 de octubre)

#### **¿Pueden reclamar mientras ello no ocurra el abono de los trienios que devenguen?**

La respuesta ha de ser afirmativa, en tanto que en este sentido ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TJUE<sup>56</sup>.

**¿Tienen acción los estatutarios eventuales en fraude de ley para reclamar su condición de indefinidos no fijos?** En el orden contencioso-administrativo, la respuesta del Juzgado de lo contencioso núm.4 de Madrid descarta ese "nomen iuris" de "indefinido no fijo" acuñado por la doctrina social; sin embargo **acepta que los nombramientos de personal eventual para cubrir puestos de naturaleza permanente se realizaron en fraude de ley, declarando nulo el cese, ordenando la reposición en su puesto de trabajo con la condición de "interinos"**, "pues de esta forma el profesional que cubre un determinado puesto vacante que existe de hecho, permanece en esa situación indefinida hasta que el puesto se cubra con carácter fijo a través e los procedimientos de concurrencia competitivo o cuando la plaza resulte amortizada (art.9.2 Estatuto Marco)

#### **¿Cuál será indemnización correspondiente al cese del personal eventual o interino estatutario de 12 días/año o de 20 días año?**

Entendemos que, conforme a la Doctrina De Diego Porras habría de ser de 20 días por año, cuando ese cese se produzca regularmente. En efecto en el apartado 67 de la sentencia del Caso Pérez López, el TJUE parece abrir esa puerta, con expresa remisión a la Doctrina De Diego Porras:

*"Esta diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco) en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta*

---

<sup>56</sup> SSTJUE 9 julio 2015. ; 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58); TJUE (Sala Tercera), sentencia de 9 julio 2015.



*indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual (véase, en este sentido, la sentencia de hoy, De Diego Porras, apartados 37 y 38)."*

### **III.- COMENTARIO DE LA STJUE 14/09/16. CASOS MARTÍNEZ ANDRÉS CONTRA SERVAS Y CASTREJANA CONTRA AYUNTAMIENTO DE VITORIA**

## **V.1.- MARCO NORMATIVO DE LA CONTROVERSIA**

### **Normativa comunitaria**

**Cláusula 5 del Acuerdo Marco**, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), que figura en el anexo de la **Directiva 1999/70/CE**

### **Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva :**

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, **introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:**

- a) **razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;**
  - b) **la duración máxima total de los sucesivos contratos** de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
  - c) **el número de renovaciones** de tales contratos o relaciones laborales.
2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, **determinarán en qué condiciones** los contratos de trabajo o relaciones laborales **de duración determinada:**
- a) se considerarán "sucesivos";
  - b) se considerarán **celebrados por tiempo indefinido.**

### **Normativa española**

## **Ley 55/2003 de 16 de diciembre; por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.**

### **Artículo 8. Personal estatutario fijo**

Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

### **Artículo 9. Personal estatutario temporal**

1. Por **razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario**, los servicios de salud podrán nombrar **personal estatutario temporal**.

Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser **de interinidad, de carácter eventual o de sustitución**.

2. El nombramiento de **carácter interino** se expedirá para el desempeño de una **plaza vacante** de los centros o servicios de salud, cuando **sea necesario atender las correspondientes funciones**.

Se acordará el **cese** del personal estatutario interino cuando **se incorpore personal fijo**, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando **dicha plaza resulte amortizada**.

3. El nombramiento de **carácter eventual** se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de **servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria**.
- b) Cuando sea necesario para **garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios**.
- c) Para la prestación de **servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria**.

Se acordará el **cese del personal estatutario eventual** cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

4. El **nombramiento de sustitución** se expedirá cuando **resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal** que comporten **la reserva de la plaza**.

Se acordará el **cese** del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

5. **Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.**

**El artículo 89 de la Ley 7/1985**, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que incluye la definición de los diferentes tipos de personal al servicio de las Entidades locales, tiene el siguiente tenor:

«El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.»

## V. 2.- SUPUESTO DE HECHO

**En este supuesto se resuelven dos casos acumulados, uno (Martínez Andrés) correspondiente a personal estatutario temporal eventual y otro (Castrejana López) a personal laboral que después es nombrado funcionario interino.**

**Caso Martínez Andrés (C-184/15):** El 2 de febrero de 2010, la Sra. Martínez Andrés fue nombrada **personal estatutario temporal eventual** en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales incluía una motivación específica, salvo una genérica mención a «necesidades de servicio». El 1 de octubre de 2012 se cesó a la Sra. Martínez Andrés.

Su **contratación temporal sucesiva se considera abusiva** porque a falta de indicación expresa de los servicios que se suponía que las diferentes prórrogas estaban llamadas a prestar, el TSJ País Vasco afirma que se halla en la imposibilidad de comprobar si las prórrogas se utilizaron realmente para satisfacer necesidades temporales o permanentes de la Administración.

**Caso Castrejana López (C-197/15)** desde 1993 mantuvo **diversos contratos laborales de duración determinada para la ejecución de un determinado convenio** como Arquitecto del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz- El 22 de enero de 1998, el Concejal-Delegado del Área de Función Pública modificó la condición jurídica del Sr. Castrejana López, **nombrándole funcionario interino** para la ejecución del mismo convenio

Su contratación se considera abusiva porque fue objeto de un nombramiento temporal, que tuvo por objeto ejecutar un proyecto de ordenación urbana, que se extendió durante un largo período de tiempo, desde 1995 a 2012, y, por otro, porque la relación de servicio se extendió incluso más allá de la finalización de dicho proyecto.

La situación del Sr. Castrejana López es especialmente llamativa, dado que, **si se hubiera mantenido su relación laboral inicial con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, habría disfrutado de las disposiciones protectoras relativas a la extinción de una relación laboral, derecho que no obstante le ha sido denegado, tanto por la normativa nacional como por la jurisprudencia relativa a esta normativa, debido a su condición de funcionario interino.**

**Cuestiones que se plantean** (la tercera sólo respecto del Caso Castrejana) :

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

2) En el caso de responderse negativamente la cuestión anterior, **¿el principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el [j]uez nacional puede considerar que ambas situaciones, la del contratado laboral por tiempo**

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

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

### V.3.- RESPUESTA DEL TJUE

1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco(...), debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco (...) en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.

### V.4.- COMENTARIO

1) La equiparación de laborales a estatutarios temporales eventuales y funcionarios interinos en la protección frente al uso abusivo de la contratación temporal ante ausencia de sanciones comparables en derecho administrativo a la doctrinal laboral del indefinido- no fijo acuñada por la Sala IV del TS.

Sin lugar a dudas constituye ésta **la mayor novedad** del caso Martínez y Castrejana.

El TJUE establece la **comparabilidad entre personal laboral fijo personal estatutario, así como interinos funcionarios**, partiendo de la circunstancia que los laborales contratados fraudulentamente por la Administración tienen **derecho al mantenimiento de la relación laboral como indefinidos-no fijos, mientras que**, con carácter general, **no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo**, sin que conste que existe **una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos** respecto de dicho personal

Sin perjuicio de tan importante conclusión, el TJUE no deja de recordar su doctrina, según la cuál la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada **corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público**<sup>57</sup>

Sin embargo, sí se opone a que exista -como el caso de los interinos funcionarios y de los estatutarios temporales eventuales- **una total desprotección frente al encadenamiento fraudulento de nombramientos.**

Por tanto, mientras no se modifique el EBEP y la Ley 55/03, la consecuencia es que los funcionarios interinos y los estatutarios temporales eventuales, sujetos a una sucesión fraudulenta de contratos, habrán de ser considerados indefinidos-no fijos, con idénticas garantías que el personal laboral a fin de sancionar de forma eficaz la utilización abusiva de los nombramientos temporales. En algunas resoluciones, como la del Juzgado de lo contencioso núm.4 de Madrid, que resuelve el caso Pérez López, se opta por una denominación más acorde con la nomenclatura propia de la función pública y se les denomina interinos.

El **régimen de los indefinidos no fijos**, de cuño jurisprudencial, se resume en la reciente STS 5 julio 2016 RCU 84/2015:

La construcción de los trabajadores indefinidos no fijos obedece a la necesidad de brindar una solución a la aparente contradicción que sendos bloques normativos propician cuando se examinan las consecuencias de que un empleador de naturaleza pública haya incumplido las reglas sobre contratación temporal: mientras que las previsiones del Derecho del Trabajo tienden hacia la fijeza de la relación laboral ( art. 15.3 ET y concordantes), desde la perspectiva del Derecho del Empleo público se insta a mantener la relación con las características (temporalidad) que gobernaron su acceso en régimen de publicidad y mérito ( arts. 1.3.b EBEP y concordantes). Y lo cierto es que, con mayor o menor decisión, la jurisprudencia ha venido entendiendo que estamos ante contratos laborales con régimen muy próximo al de la interinidad por vacante.

**La doctrina tradicional de esta Sala ha sido que los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones Públicas se extinguían al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura o al amortizarse la plaza vacante ocupada** ( SSTs 8 de junio de 2011 (R. 3409/2010 ), 22 de julio de 2013 (R. 1380/2012 ), 23 de octubre de 2013 (R. 408/2003 ), 13 de enero de 2014 (R. 430/2013 ) y de 25 de noviembre de 2013 (R. 771/2013 ) entre otras que en ellas se mencionan).

En ellas se recuerda que la relación laboral «indefinida no fija» -de creación jurisprudencial- queda sometida a una condición resolutoria [provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura], cuyo cumplimiento extingue el contrato por la mera denuncia del empleador y sin necesidad de acudir al procedimiento contemplado en los arts. 51 y 52 ET ; porque -se argumenta- con la comunicación escrita de los hechos constitutivos de la causa así como de la voluntad de actuación extintiva, cualquiera de las causas de extinción introducidas lícitamente en el contrato y actuadas oportunamente debe producir el efecto extintivo, salvo que la Ley o la negociación colectiva hayan sometido expresamente aquella actuación a algún requisito formal ( STS 27 mayo 2002 (R. 2002, 9893) -rcud 2591/01 -; 02/06/03 -rcud 3243/02 -; y 26/06/03 -rcud 4183/02 -).

<sup>57</sup> SSTJUE 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 48, y de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 33).

Estas consideraciones son aplicables a los contratos «indefinidos no fijos», pues -como ya se ha dicho- se trata de contratos también sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y -por lo tanto- cuando por amortización no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue ex arts. 49.1.b) ET y 1117 CC

En tal sentido la, ya citada, STS 27 mayo 2002 (rec. 2591/01) manifestaba que "no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato....".

Entre otras, las SSTs 8 julio 2014 (rec. 2693/2013), 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013), 11 febrero 2015 (rec. 840/2014), 9 marzo 2015 (rec. 1747/2015) o 22 octubre 2015 (rec. 3054/2014) han abordado las peculiaridades de la extinción del contrato de los indefinidos no fijos. Su doctrina es la siguiente:

El artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore "causas" que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET. Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos esos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente.

Acogiendo esa lógica, aunque sin explicitar la precedente reflexión, en la STS de 3 febrero 2010 (rec. 1715/2009) ya consideramos nula la condición resolutoria pactada en un contrato de trabajo indefinido, que vincula su subsistencia a la duración de la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes, pues con ella la empresa pretende eludir, en fraude de ley, el tratamiento indemnizatorio más favorable para el trabajador previsto en los arts. 52 y 53 ET. Además, el art. 49.1.b) ET exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad cede necesariamente en estos casos. Y se reputa cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa.

Tales consideraciones son, mutatis mutandis, trasladables a casos como el ahora resuelto y deben impedir que una causa autónoma de extinción se reconduzca de modo impropio a otra diversa, máxime cuando ello contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (indirectamente acogido por el art. 35.1 CE y a minorar los derechos de los trabajadores afectados.

En suma: si un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta Dogmática contractual (el papel que el artículo 49.1.b) ET puede desempeñar) cuanto el tenor de las actuales normas (DA 20ª ET (RCL 1995, 997); preceptos concordantes del RD 1483/2012) y nuestra más reciente doctrina (STS 24 junio 2014) conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo.

**No hay que olvidar la STS 24 junio 2014 (RJ 2014, 4380) (rec. 217/2013), del Pleno dio un giro doctrinal en la extinción de los contratos indefinidos no fijos al considerar que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos.**

**2) Normas procesales contrarias al principio de efectividad porque obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.**

## **V.5.- CONCLUSIONES: TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DOCTRINA MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTRESANA**

Tres son las conclusiones que podemos alcanzar de la doctrina del TJUE en esta importante sentencia:

**- El Personal estatutario temporal eventual y los funcionarios interinos tienen derecho al mantenimiento de su relación de servicio, como sanción a la sucesión fraudulenta de nombramientos, de igual forma que se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos.**

**- En el Caso Pérez López, ya hemos dicho que el TJUE deja abierta la puerta para que el personal el personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud reclame la indemnización de 20 días por año que le corresponde a los contratados laborales indefinidos en situación comparable, con expresa remisión al Caso De Diego Porras**

**-La normativa procesal administrativa es contraria al principio de efectividad desde el mismo momento en que obliga al estatutario o funcionario interino a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada-**



## **VI.- PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DERIVADOS DE LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES DE CARÁCTER LABORAL Y DE RELACIONES FUNCIONARIAS O ESTATUTARIAS.**

### **VI.1.- Cuestiones relativas a trabajadores**

En este apartado examinaremos las **opciones procesales existentes para reclamar las indemnizaciones correspondientes a los ceses de trabajadores de duración determinada** que pertenecen al sector privado, de conformidad con la Doctrina De Diego Porras.

Para ello, abordaremos desde la propia doctrina del TJUE, las implicaciones prácticas que hayan de darse al principio de efectividad. Acto seguido, trataremos, sobre el procedimiento ordinario, el de despido, el de tutela de derechos fundamentales y el de conflicto colectivo, como los llamados a encauzar las pretensiones que puedan derivarse de la Doctrina De Diego Porras.

#### ***VI.1.1.- Principio de efectividad y sus implicaciones procesales***

Antes de entrar en el análisis de las diversas opciones, conviene recordar que **sea cual fuere el proceso encaminado a sustanciar las reclamaciones basadas en la prohibición de discriminación de la Cláusula 4** de la Directiva, el mismo ha de ajustarse al **principio de efectividad**, según el cual dichos cauces procesales no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión<sup>58</sup>

Veremos ahora brevemente la doctrina del principio de efectividad y su aplicación por el TJUE para luego sacar alguna conclusión respecto del ordenamiento español.

**Para ello, analizaremos los criterios generales sobre la efectividad, manejados por el TJUE.**

En la STJCE 14 de diciembre de 1995, **Caso Peterbroeck**, C-312/93, F.12<sup>59</sup> el TJCE considera que a falta de normas adoptadas en este ámbito en el Derecho de la Unión, **corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión concede a los justiciables, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las aplicables a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)**

Aunque las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del **principio de autonomía de procedimiento** de éstos, tales modalidades no deben ser, sin embargo, menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno

<sup>58</sup> STJUE 4 de julio de 2006 , Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 95; de 7 de septiembre de 2006 , Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 37, y de 3 de julio de 2014 , Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 63, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 45).

<sup>59</sup> Con cita de las SSTJCE 16 de diciembre de 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5, y Comet, 45/76, Rec. p. 2043, apartados 12 a 16; de 27 de febrero de 1980, Just, 68/79, Rec. p. 501, apartado 25; de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. p. 3595, apartado 14; de 25 de febrero de 1988, Bianco y Girard, asuntos acumulados 331/85, 376/85 y 378/85, Rec. p. 1099, apartado 12; de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia, 104/86, Rec. p. 1799, apartado 7; de 14 de julio de 1988, Jeunehomme y otros, asuntos acumulados 123/87 y 330/87, Rec. p. 4517, apartado 17; de 9 de junio de 1992, Comisión/España, C-96/91, Rec. p. I- 3789, apartado 12, y de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 43)

(**principio de equivalencia**) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (**principio de efectividad**)<sup>60</sup>

En el ATJUE 11 de diciembre de 2014, **Caso León Medialdea** c. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 45, el TJUE examina la **normativa nacional y la doctrina de los indefinidos no fijos**, y si la misma supone una **sanción acorde con el principio de efectividad**, toda vez que **la declaración de indefinido no fijo permitía el cese del trabajador sin sujeción a indemnización**.

El TJUE concluye que el **Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos**, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, **resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público**, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.

Una cuestión que no puede perderse de vista es la **atribución competencial a los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar** si las sanciones y los procesos para hacerlas efectivas responden o no **al principio de efectividad**.

En efecto, (caso León Medialdea, f. 53-55) el Derecho de la Unión impone al juzgado remitente velar por que las sanciones aplicadas por el Derecho nacional tengan carácter suficientemente efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las medidas preventivas previstas por dicho Derecho con arreglo a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

Por consiguiente, como ha declarado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones, **incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, apreciar en qué medida las condiciones de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes de ese Derecho interno constituyen una medida adecuada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada**<sup>61</sup>

Dicho esto, **el principio de interpretación conforme** exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartado 200; auto Koukou, EU:C:2009:269, apartado 110, y sentencia Deutsche Lufthansa, C-109/09, EU:C:2011:129, apartado 55)

<sup>60</sup> STJUE 4 de julio de 2006, **Caso Adeneler** y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 95; y STJUE 7 de septiembre de 2006, **Caso Vassallo**, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 37, STJUE 3 de julio de 2014, **Caso Fiamingo** y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 63

<sup>61</sup> (vid. Casos Marrosu y Sardino, EU:C:2006:517, apartado 56; Vassallo, EU:C:2006:518, apartado 41, y Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartados 164 y 188, y los autos Vassilakis y otros, EU:C:2008:346, apartado 135; Koukou, EU:C:2009:269, apartados 69, 77 y 90; Lagoudakis y otros, C-162/08 a C-164/08, EU:C:2008:780, apartado 11, y Affatato, C-3/10, EU:C:2010:574, apartado 50).

## Aplicación de la doctrina del principio de efectividad por la doctrina española

### Orden contencioso:

Precisamente a la doctrina del TJUE en el caso **Martínez Andrés** (Asuntos C-184/15 y C-197/15 ) **imponen una reflexión sobre el tema procesal** (f. 55-64). En este sentido, partiendo de que corresponde al ordenamiento procesal español configurar los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que reconoce la Directiva, las **modalidades de aplicación de las normas deben ser conformes a los principios de equivalencia y efectividad**. En este sentido la inobservancia de la equivalencia y efectividad en el ámbito procesal puede suponer una infracción de la Directiva.

Tanto es así que, en el **proceso contencioso español**, resulta que el tribunal nacional que conoce el litigio relativo a la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada no puede pronunciarse sobre una posible solicitud de reparación del daño sufrido por el empleado, circunstancia ésta que considera el TJUE que se opone al principio de efectividad. Caso **Martínez Andrés** (f.63)

### Orden Social

En el **ámbito del proceso laboral**, sin embargo, la adaptación procesal a la exigencia del **principio de efectividad** fue hecha por el TS, entre otras en la STS 6 octubre 2015 (RCUD 2592/14), que toma por soporte para **conceder una indemnización por extinción en un proceso por despido** el Auto TJUE de 11 de diciembre de 2014, dictado en el asunto C-86/14 , Caso **León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega**, en el que se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social número 1 de los de Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CE y en relación con el **cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del referido Ayuntamiento**.

En este caso, el TS concluye que "Desde la perspectiva que proporciona esa doctrina aparecen plenamente ajustada a la misma la sentencia de 31 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1687) (recurso 2156/2014 ), aclarada por auto de 14 de mayo de 2015 , de **conceder al demandante -indefinido no fijo que cesó por cobertura reglamentaria de la vacante- en aquél caso una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el artículo 49.1 c) ET"**

Conviene recordar que en el Caso de León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, se planteó la cuestión de si , **el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional** según la cual, **en el supuesto de abusos**, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, **resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público**, una **relación laboral de duración determinada se convierte en una relación laboral por tiempo indefinido no fijo**, ya que esta última relación puede extinguirse por **decisión unilateral del empleador de proveer o amortizar la plaza del trabajador de que se trata, sin abonarle indemnización alguna**, dado que no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tales abusos. El TJUE respondió que la Directiva se **opone a una normativa nacional, como la española, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público**,

**dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.**

**CONCLUSIÓN:** el principio de efectividad y el de interpretación conforme en nuestro ordenamiento interno, suponen que, en principio, **en un proceso de despido se pueda conceder una indemnización por cese cuando se aprecie que éste es conforme a derecho y no ha existido fraude de ley**, pero existe un tratamiento menos favorable en la extinción del trabajador de duración determinada en comparación con el trabajador indefinido. De lo contrario, se estaría obligando al trabajador a iniciar un segundo procedimiento, en contra de lo que ha entendido el TJUE en el caso Martínez Andrés

Así lo ha considerado la doctrina aún incipiente sobre la cuestión, como la STSJ Madrid 5 octubre 2015; Rec 246/2014; la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/16 y la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/16. En todas ellas, **se ha concedido la indemnización por extinción de contratos** sea de interinidad, sea de obra y servicio, de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, prevista en el art.53.1b) ET, **habiéndose sustanciado en procesos de despido** en que se pedía una indemnización por despido improcedente de 33 días por año de servicio del art.53b) ET y en los que se concluye que no hay despido sino válida extinción de la relación laboral de duración determinada por expiración del tiempo convenio o realización de la obra o servicio objeto del contrato. (art.49.1c) ET)

#### ***VI.1.2.- Procedimiento ordinario de reclamación de cantidad***

El procedimiento de reclamación de cantidad será apto para reclamar la cuantía de los 20 días por año, cuando no se discuta la existencia de despido, pues en tal caso habrán de seguirse los trámites de los arts. 120 y ss LRJS.

La opción entre articular la demanda por vía de despido o por reclamación de cantidad ha de tomarse ponderando diversas circunstancias.

- **si ya existe una sentencia firme de despido que declara su improcedencia o nulidad** no procede la reclamación de cantidad, porque existiría cosa juzgada sobre la acción indemnizatoria derivada de la extinción, que ya habría sido calificada, en su caso, como improcedente o nula (art.222 LEC), amén de que carecería de sentido, pues se habría obtenido una indemnización superior (33 días/año, ex art.56.1 ET)

- **si existe una sentencia firme de despido que declara la válida extinción del contrato temporal (art.49.1c) ET**: en estos casos la acción de reclamación de cantidad tendrá su utilidad, sin que pueda aducirse cosa juzgada, puesto que, presumiblemente, la sentencia anterior habrá declarado la válida extinción de la relación laboral, sin derecho a indemnización, en el caso de contratos de interinidad; o con derecho a una indemnización de 12 días por año de servicio, en el caso de los contratos de obra y servicio y eventuales (art.49.1c) ET).

En estos casos habrá de entenderse que **es útil la reclamación de cantidad** -en el caso de interinos- por la totalidad de la indemnización de 20 días (art.53.1b)ET); sea -en el caso de obra y servicio y eventuales- por la diferencia entre los 12 recibidos y los 20

Sin embargo, puede sostenerse que **si se ha percibido ya una indemnización por esta razón en sentencia firme** -ej. 12 días por año en caso de contrato de obra y servicio-

**habrá cosa juzgada**, sin que pueda reclamarse de nuevo por la diferencia hasta los 20 días, por la misma causa de pedir, es decir a título de compensación por el trabajo perdido.

En tal caso, existiría una vía para evitar la excepción de cosa juzgada, que sería **reclamar la diferencia por la vía de tutela de derechos fundamentales** como indemnización derivada de la discriminación por razón del vínculo de duración determinada (art.21 CDFUE, art.14 CE y art.177.1 LRJS)

### ***VI.1.3.- Procedimiento de despido***

La reclamación de la indemnización de 20 días por año (ex art.49.1 c)ET) derivada de la válida extinción de la relación laboral de duración determinada, puede sustanciarse por la vía de despido (art.120-123 LRJS)

Con carácter previo, no es ocioso recordar que la sentencia del TJUE en el caso De Diego Porras de 14 de septiembre de 2016 y la posterior derivada, STSJ Madrid de 8 de octubre de 2016; así como las SSTJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 (Rec.1872/16 y 1690/16), se dictan todas ellas en procesos de despido, por lo que no parece cuestionable que la indemnización por válida extinción pueda debatirse a través de ese cauce procesal.

Partiendo de esa evidencia, veremos **tres razones de peso** para sustentar esta tesis.

Como **primer argumento**, podemos decir que en la instancia, **si tenemos una demanda por despido por fraude en la contratación, conforme al art.26.3.pfo2 LRJS<sup>62</sup>, se puede acumular la acción de reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta el despido del art.49.2 ET**. Entre las cantidades adeudadas, tras De Diego Porras, es obvio que se hallan los 20 días/año en los supuestos de extinción regular de contratos de interinidad no fraudulentos, por lo que sería acumulable. Por lo que **es posible la acumulación subsidiaria de pretensiones: improcedencia de despido y subsidiariamente cantidad por la indemnización no percibida (interinos) o por la diferencia (obra y servicio, eventuales)**.

**Abundando en esta vía**, téngase en cuenta que el **art.123 LRJS**:

*"Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido.."* Este precepto se cita expresamente por la STSJ Madrid 8 octubre 2016, que da cumplimiento a la Doctrina De Diego Porras en el caso concreto.

Como **segundo argumento**, hay que señalar que el problema de **la eficacia horizontal** tiene su correlato procesal en que si la Cláusula 4 del Acuerdo de la Directiva **prohíbe la discriminación** y es, por tanto, una plasmación del art.21 CDFUE, **la consecuencia procesal es que pueda articularse por la vía de tutela de derechos fundamentales** (art.177 y ss). Por tanto, si **la indemnización lo es por discriminación, nada impide conforme al art.184 LRJS en relación con el art.26.2 ET acumular al proceso de**

---

<sup>62</sup> art.26.3.pfo2 LRJS El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del art.49 ET, sin que pro ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del art.105 de la LRJS.



**despido dicha pretensión**, si bien con carácter subsidiario a la principal de improcedencia.

Hay que precisar que **no puede**, en este contexto argumental, **aducirse que el despido habría de ser nulo por vulneración de derechos fundamentales** (art.55.5 ET), porque **no se trata de un despido que tenga por móvil alguna causa de discriminación**, sino que **lo que es discriminatorio es la consecuencia legal** derivada del mismo, la indemnización. Por tanto, no nos hallaríamos ante un supuesto de nulidad del despido.

En fin, como **tercer argumento de peso, el propio TS**, en los casos de extinciones válidas de contratos de indefinidos no fijos, ha acordado, en procesos seguidos por despido, la indemnización por el cese válido. En efecto, en su SSTS de 14/10/2013 (RJ 2013, 8000) (RCUD 68/2013 ) STS 11 febrero 2014. RJ 2014\913; 6 octubre 2015, rec. 2592/14, y un largo etcétera considera que el personal indefinido no fijo tiene derecho por imperativo legal, en aplicación analógica del artículo 49.1,c) del ET, el derecho a la indemnización allí prevista en los casos en que, demandado por despido, se concluye que la extinción ha sido ajustada a derecho .

Así, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta el TS que: *“...el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización...es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia...”*; ya que: *“...La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual...”*; en consecuencia: *“...declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET...”*

Estas argumentaciones se pueden observar en las SSTSJ País Vasco de 18 octubre 2016, Rec 1872/16 y Rec 1690/2016:

*"Otra cuestión que hay que dirimir es hasta que punto puede hablarse de una **acumulación indebida de acciones**, visto lo expuesto en el art. 26.1, de la LRJS. Y también si es factible que el procedimiento para debatir esta **"nueva" indemnización**, ha de ser otro distinto y que coincidiría con el ordinario.*

*La **respuesta ha de ser negativa** y a tal efecto hemos de remitirnos como ejemplo jurisprudencial al contenido de las sentencias del TS tantas veces referidas de 14-10-2013 y 6-10-2015; al igual que a lo reiteradamente argumentado. Siendo el único elemento diferencial la cuantía de la indemnización a reconocer, 8 días en el primero de los casos, 20 en el actualmente en curso. Es pues admisible la acumulación y aunque incluso pudiera calificarse de impropia.*

*Pero es que existe otro matiz que no hay que olvidar, cual es que tal como establece la resolución del TJUE de 14-9-2016, **el origen de la indemnización por la extinción contractual allí apuntada, es la existencia de una diferencia de trato sin justificación en la normativa española y por ende se reconoce que se produce discriminación entre trabajadores de duración determinada y los a su vez considerados como fijos**. Es decir, podemos decir que el Tribunal asume la **vulneración de un derecho fundamental** también incorporado a nuestro derecho interno en el art. 14, de la Constitución-; y calificable como principio general de la UE, sometido igualmente a especial protección normativa –art. 21, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE-; cuestión sobre la que volveremos en un posterior fundamento de derecho. No puede por tanto considerarse ajeno al proceso de despido, un debate de estas características, más teniendo en cuenta el art. 26.2, de la LRJS y la jurisprudencia del TS, ya desde la sentencia de 12-6-2001, rec. 3827/2000 y que ampara dicha acumulabilidad"*



#### **VI.1.4.- Procedimiento de tutela de derechos fundamentales**

Una vía alternativa para pedir la indemnización derivada de la extinción de contratos de duración determinada sería la del art.177 y ss LRJS, de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Esta vía será **particularmente útil y ágil cuando no se demande por despido** -ej. por caducidad de la acción- , es decir, cuando se **parta de la validez de la extinción y de la regularidad de la relación laboral temporal**. La preferencia y sumariedad (art.178.1 LRJS), la excepción del requisito de conciliación previa(art.64 LRJS), o, en fin, la habilidad del mes de agosto para su tramitación (art.43.4 LRJS), sin elementos todos que aconsejan la tramitación por este cauce procedimental siempre que, insistimos, no se demande por despido, pues en tal caso la acumulación al proceso de despido es imperativa e inexcusable, conforme al art.184 LRJS

El derecho fundamental que se habrá de aducir como vulnerado es el derecho a no ser discriminado por razón de la naturaleza temporal o de duración determinada del vínculo laboral.

Es cierto que la **discriminación por razón de la naturaleza de duración determinada del vínculo contractual no se reconoce de forma expresa, ni en el art.21 CDFUE, ni en el art.14 CE**. Sin embargo, respecto del primero, no es ocioso recordar que conforme al TJUE la Cláusula 4 del Acuerdo Marco que prohíbe la discriminación de los trabajadores de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que expresa un **principio de Derecho social de la Unión, que no puede ser interpretado de manera restrictiva** ( sentencia de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414] , Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C- 444/09 y C- 456/09, y se considera un derecho fundamental, en su F. 41:

*"Además, habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas ( sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 27)."*

Por otro lado, desde el prisma del art.14 CE, cabe recordar que el mismo prohíbe toda discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social. En este punto el TC ya afirmó tempranamente que el constituyente no impuso un numerus clausus de causas de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto)

En este sentido, para determinar si un criterio de diferencia no expresamente listado en el art.14 debe entenderse incluido en la cláusula genérica de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulta preciso analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación , frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona (STC 62/08 de 26 de mayo F.5)

Así como **los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitutione**, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido el TC en el caso de los expresamente identificados en la Constitución<sup>63</sup> sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por «la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral» ( STC 197/2000, de 24 de julio F. 5). (STC 62/08 de 26 de mayo F.5)

Así por ejemplo, **como factores discriminatorios no listados, el TC ha considerado:** la enfermedad (STC 62/08), el estado civil (STC 125/03 y 22/10); la edad (STC 95/81, 111/85), la discapacidad (STC 269/94) o la orientación sexual (STC 41/06)

Pues bien, es obvio que **la temporalidad del vínculo o su duración determinada**, ha de considerarse una **condición social superadora del juicio de irrazonabilidad** para dispensar **tratos legales menos favorables**, como ha mantenido el TJUE en **De Diego Porras**.

Tal consideración, como es obvio, franquea la puerta al proceso de **tutela de derechos fundamentales del art.177 y ss LRJS, como sugieren** algunas resoluciones (SSTSJ País Vasco de 18 de octubre de 2016 Rec 1690/16 y 1872/16), aunque en estos casos, como pretensión acumulada al proceso de despido:

*"...resolución del TJUE de 14-9-2016, el origen de la indemnización por la extinción contractual allí apuntada, es la existencia de una diferencia de trato sin justificación en la normativa española y por ende se reconoce que se produce discriminación entre trabajadores de duración determinada y los a su vez considerados como fijos. Es decir, podemos decir que el Tribunal asume la vulneración de un derecho fundamental también incorporado a nuestro derecho interno en el art. 14, de la Constitución-; y calificable como principio general de la UE, sometido igualmente a especial protección normativa –art. 21, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE"*

Para concluir, aún negando que la temporalidad del vínculo pudiera superar el juicio de irrazonabilidad exigido para considerarlo como causa de discriminación no listada del art.14 CE, **desde la óptica del principio de equivalencia**, no sería razonable que en derecho interno se proporcionara un proceso preferente y sumario, como el del art.177 y ss LRJS para tutelar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y no se cuente con un proceso equivalente para tutelar los derechos fundamentales consagrados en el Derecho de la Unión (art.21 CDFUE)

En fin, no hay que olvidar **la ventaja en materia de carga de la prueba** que supone en estos casos la vía de tutela de derechos fundamentales, sea como pretensión única, sea como pretensión acumulada a la acción de despido, puesto que conforme al art.181.2 LRJS y art.96 LRJS, la situación comparable y el trato menos favorable la ha de

<sup>63</sup> En relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre , F. 6; 128/1987, de 26 de julio , F. 7; 229/1992, de 14 de diciembre , F. 2; 126/1997, de 3 de julio , F. 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de , F. 8),

acreditar el actor, mientras que la justificación objetiva y razonable compete al demandado.

### ***VI.1.5.- El conflicto colectivo***

La vía del conflicto colectivo suscita algunas cuestiones dignas de mención y análisis.

Primeramente, exigiría determinar los ámbitos del conflicto y que los sujetos legitimados en los mismos interpusieran la correspondiente acción (art.154 LRJS).

En segundo lugar, conforme a la doctrina del TS (SSTS 29 mayo 2009 Rc 107/2008; 17 junio 2002, Rec 1277/01, etc), ha de tratarse de:

- a) un conflicto actual
- b) con carácter jurídico
- c) de índole colectiva: exige identificar el elemento objetivo: afectación a intereses generales que residen en el grupo; así como el subjetivo, de un grupo genérico de trabajadores, que ha de ser un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran (SSTS 30 junio 1993, 10 diciembre 1992, 9 mayo 1991, etc.)

Partiendo de tales requisitos, **es posible aventurar la viabilidad y rentabilidad de las acciones de conflicto**, ahí donde **existan grupos numerosos de trabajadores con contratos de duración determinada**: ej. los adscritos a contrata mediante obra y servicio; los contratados para atender determinadas circunstancias productivas (campañas de ventas en rebajas, incrementos de pedidos estacionales, etc)

En estos supuestos, **vivos los contratos**, la determinación de las condiciones indemnizatorias de los mismos es un **conflicto real y actual**, en el sentido exigido por la doctrina del TS (STS 14 julio 2009 Rec. 75/08, entre otras), pues afecta a una condición de trabajo -indemnización- de las relaciones laborales actuales.

El **conflicto es jurídico**, pues atañe a la interpretación de los arts.49.1c) y 53.1b) ET en relación con el art.15.6 ET y la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la Directiva.

El **conflicto es colectivo**; debiéndose identificar un grupo homogéneo de trabajadores : contratos para la contrata X por obra y servicio; eventuales para Campaña de rebajas, etc.

La **utilidad de estas acciones** radicaría, en primer lugar, en efectuar **el juicio de comparación entre el grupo homogéneo de trabajadores** de duración determinada y el obligado parámetro del trabajador indefinido comparable, de forma que **evitaría las dificultades probatorias que tal comparación puede derivar en los supuestos individuales**, que se aprovecharían de la fuerza de cosa juzgada siempre que los demandantes individuales demostraran pertenecer al ámbito del conflicto (art.160.5 LRJS) .

Una segunda cuestión, en absoluto carente de importancia, es el **efecto interruptivo de la prescripción que produce la acción de conflicto colectivo** (art.1605 LRJS), que beneficiaría incluso a las **acciones pendientes de ejercitar** al interponerse la de conflicto.

En este sentido la doctrina del TS es clara al afirmar **la interposición de un conflicto colectivo sirve para interrumpir la prescripción de un proceso no iniciado todavía pero con objeto idéntico.**

Así lo expresan las STS de 20 enero 2009 RJ 2009\1032STS; de 8 julio 2008 RJ 2008\6549 "...SSTS 30-6-1994 ( Rec.-1657/93 [ RJ 1994, 5508] ), 21-7-1994 ( Rec.-3384/93 [ RJ 1994, 6690] ) y 30-9-2004 ( Rec.-4345/03 [ RJ 2004, 7494] ) SSTS 6-7-1999 ( Rec.-4132/98 [ RJ 1999, 5276] ) o 9-10-2000 ( Rec.- 3693/99 [ RJ 2000, 8303] -....., como se decía ya en SSTS de 21-10-1998 ( Recs.-4788/97 [ RJ 1998, 8912] y 1527/98 [ RJ 1998, 8910] ), y se repitió en la STS 6-7-99 (Rec.- 4132/98). Dicha doctrina se resume como sigue:

1) "la tramitación de un **proceso de conflicto colectivo no sólo paraliza el trámite de los individuales ya iniciados sobre el mismo objeto, sino que sirve para interrumpir la prescripción de las acciones pendientes de ejercitar**" [ STS 30-6-1994 ( RJ 1994, 5508) (rec. 1657/93, 21-7-1994 ( RJ 1994, 6690) (rec. 3384/93), 30-9-2004 ( RJ 2004, 7494) (rec. 4345/03);

2) ello es así porque "**si bien entre el conflicto colectivo y los individuales [sobre el mismo objeto] existen claras diferencias tanto subjetivas como objetivas**" el hecho de que el sujeto colectivo demandante represente a todos los trabajadores produce el efecto de hacer "**desaparecer los fundamentos en que se basa la prescripción: abandono de la acción por el interesado y exigencia del principio de seguridad jurídica**" (STS 30-6-1994 y STS 18-10-2006 , citadas); y

3) en el caso de reclamaciones individuales de cantidad de trabajadores de IBM relativas al salario base de convenio del metal de Valencia "es indiscutible la vinculación entre los conflictos individuales y el conflicto colectivo con idéntico objeto" (STS 18-10-2006 , citada), con la consecuencia de que "**sirve para interrumpir la prescripción de un proceso no iniciado todavía**" pues "**no sería lógico obligar al trabajador - so pena de incurrir en prescripción - a ejercitar su acción individual una vez instado el proceso colectivo, para luego suspender el proceso incoado a su instancia hasta que la sentencia dictada en proceso colectivo adquiriera el carácter de firme**" [STS 18-10-2006 , citada, que cita a su vez STS 21-10-1998 (dos) (rec. 4788/97 ( RJ 1998, 8912) y 1527/98 ( RJ 1998, 8910) )].

Para terminar, si existe un conjunto de extinciones de contratos que afectan a un grupo genérico y homogéneo de trabajadores (ej. terminación de contrato), no puede descartarse el conflicto colectivo individualizable (art.153.1 y 160.3 LRJS), que luego puede ejecutarse.

### **VI.1.6.- Sobre las extinciones producidas antes de 14/09/2016**

El problema que hay que plantearse en este punto es el de los **casos *sub iudice* a fecha 14/09/16.**

Para ello, hay que partir que los efectos de la **STJUE 14/09/2016 en el caso De Diego Porras no se producen " *ex nunc*", sino que, como sostiene la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016, con cita de la STJUE 14/04/2016, Caso Dansk Industri; C-441/14; se producen " *ex tunc*", por su naturaleza meramente declarativa, por lo que **se aplican a relaciones nacidas y constituidas antes de la sentencia.****

Conforme a dicha doctrina :

*"...el Derecho de la Unión así interpretado debe ser aplicado por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho..."-TJUE 19-4-2016, C-441/14, párrafos 40*

En efecto, como bien recuerda la STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016 la resolución judicial de 14-9-2016, no crea un derecho indemnizatorio "*ex novo*", sino que viene a recordarnos cual es la interpretación auténtica que hemos de dar a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada (a partir de ahora el Acuerdo Marco para una mejor comprensión).

Partiendo de tal premisa, en los procesos *sub iudice* a fecha 14/09/2016, se suscitan varias cuestiones, la primera de ellas, relativa a la **congruencia:**

**¿puede resolverse una pretensión indemnizatoria como la que deriva de la doctrina de Diego Porras si ello no se ha planteado en demanda?**

La cuestión se agudiza más aún cuando ha recaído sentencia en la única instancia, que no resuelve la cuestión, por no haberse planteado, estando pendiente de resolver un recurso de suplicación.

**Tal cuestión se planteará con frecuencia en los casos de demandas pendientes de despido en que, ni siquiera por la vía subsidiaria se ha planteado la pretensión indemnizatoria para el caso de estimarse ajustada a derecho la extinción.**

Hemos de decir que **ello ha ocurrido en varias de las primeras sentencias que se pronuncian sobre la indemnización derivada de la válida extinción, que no se había planteado, por tratarse de un proceso por despido y**, de añadido, la cuestión surge una vez dictada la sentencia de instancia, en sede de recurso de suplicación. Así, en la STSJ Madrid de 5 de octubre de 2016, Rec 246/2014 (Caso De Diego Porras) y en las STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016 y STSJ País Vasco de 18 octubre 2016. Rec 1690/2016

Hemos de **distinguir si la cuestión se plantea estando el proceso en instancia o en sede de suplicación.**

**En la instancia**, en el caso de **demandadas anteriores a 14/09/16**, una **primera vía de introducción**, a instancia de parte, es **la de la ampliación de demanda**, puesto que la acumulación de acciones hay que hacerla en demanda. Por lo que confirme al art.85.1 *in fine* puede ampliarse la demanda, sin que pueda entenderse que existe modificación sustancial, pues si se demanda por despido, ya se está pretendiendo una indemnización de 33 días /año, y el art.123 LRJS permite que en los casos de procedencia del despido se condene al empresario a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente corresponda



Nada obsta, sin embargo, a que el juzgador plantee ex officio, oír a las partes sobre el particular, ex **art.85.4 LRJS**, invitando a las partes a que hagan uso de la palabra para ilustrarle sobre su posición respecto a la aplicabilidad al caso de la Doctrina De Diego.

Sin embargo, no faltarán los casos en que a la hora de dictar sentencia tal cuestión no se haya planteado.

**En sede de suplicación**, la cuestión ya se ha planteado, con el agravante de que la ley no prevé un trámite para oír a las partes en estos casos. Por tanto, lo primero a dilucidar es **si hay que dar o no audiencia a las partes**, siendo que **la ley no contempla un trámite tal**.

Sin embargo, que la ley procesal no contemple un trámite (ej. traslado para alegaciones) no excusa que el Juez o Tribunal tenga que habilitarlo cuando esté en juego un derecho fundamental, como podría ser la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa (contradicción). El **principio de legalidad procesal (art.1 y 2 LEC) no puede confundirse con el "legalismo" procesal**, que supone someter los derechos fundamentales a la ley. El mayor valor de los derechos fundamentales supone que éstos sean criterio de interpretación de la ley, y no al revés. Por esa razón, el TC (STC 66/85 de 23 de mayo F.2), no solo autoriza, sino que **exige que los órganos judiciales habiliten trámites ahí donde la ley no los contempla**, a efectos de **salvaguardar los derechos a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión** (SSTC 66/89, f. 12; 27/85, 109/85, 155/88, etc)

No obstante, en algunos supuestos **se ha optado por resolver en suplicación sin dar audiencia a las partes y de oficio** y -por supuesto- sin haberse planteado la cuestión de la indemnización a lo largo de todo el proceso.

**Así, las STSJ País Vasco 18 octubre 2016 Rec 1872/2016 y STSJ País Vasco de 18 octubre 2016. Rec 1690/2016- esgrimen los siguientes argumentos, que reproducimos a continuación y podemos sintetizar diciendo que**

- a) en su día el TS ante el mismo problema resolvió -sin dar audiencia a las partes- conceder indemnización por la válida extinción a indefinidos no fijos por aplicación analógica del art.49.1c) ET , pese a no estar prevista por la ley y no haberlo planteado las partes (SSTS 14-10-2013, rec. 68/2013; 24-6-2014, rec. 217/2013 6-10-2015, rec. 2592/14, etc)
- b) la STSJ Madrid de 8 octubre 2016 resuelve también sin dar audiencia a las partes.
- c) la acción de despido comprendería, implícitamente la indemnización por cese, aunque esta sea menor y el cese se declare procedente.
- d) quien puede lo más, puede lo menos
- e) los principios de concentración y celeridad, junto al principio de equivalencia obligan a resolver la cuestión sin reenviar al trabajador a un proceso ulterior.

Veamos dicha argumentación "in extenso":

*Una reflexión previa. Nos planteamos la posibilidad de realizar un trámite previo de audiencia previa a las partes para que efectuaran a las alegaciones que tuvieran por conveniente. Sin embargo, decidimos que no era factible desde un punto de vista procesal. En ese orden de cosas, no está previsto normativamente en el momento Suplicatorio que nos encontramos, de ahí que tampoco el TS procediera a dar plazo alguno al respecto en las resoluciones que luego mencionaremos. Asimismo, la cuestión planteada es estrictamente jurídica. Su resolución goza de la necesaria congruencia por lo que argumentaremos en párrafos posteriores. De ahí que dicho trámite no es necesario, ni conveniente, ya que además solo podría dar lugar a introducir elementos de confusión.*



Empezando como es lógico por el tema adjetivo, nuestra reflexión debe ir encaminada a decidir hasta que punto una solución indemnizatoria como la allí contemplada, no altera el principio de congruencia, en cuanto que ni en la vista oral, como tampoco en la formalización/impugnación del recurso se suscita una cuestión de ese tenor. Es en esta sentencia la primera vez donde se plantea esta alternativa.

Pues bien y por las razones que a continuación exponemos, expresando también el criterio de la Sala en pleno no jurisdiccional, estimamos que procesalmente podemos dirimir si le corresponde algún tipo de indemnización complementaria a la ya recibida y en el marco contractual igualmente tratado. Varios son los razonamientos en este sentido:

a. El TS no ha estimado que incurre en incongruencia en los pronunciamientos que a continuación desglosamos y a efectos meramente ejemplificadores. Pese, añadimos nosotros, que algunas de esas resoluciones son de un gran calado jurisprudencial y a nuestro juicio de mucha mayor trascendencia que el debate en curso. Por tanto y ya solo por este argumento, sería suficiente entrar al debate de fondo, y sin perjuicio de lo que luego añadimos y a la par con sustantividad propia. A saber:

Una situación muy cercana a la que ahora analizamos, estaría contemplada en la resolución de 14-10-2013, rec. 68/2013; luego seguida por otras muchas. Así, tras convalidar la justeza de la extinción del contrato en el seno de una Administración Pública, argumenta que: "...el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización...es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia..."; ya que: "...La pretensión rectora del proceso combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual..."; en consecuencia: "...declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, el trabajador demandante tiene derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1 c) ET...". No obsta a lo que ahora defendemos, pues no afecta a la que es ahora nuestra tesis, el que luego esa jurisprudencia fuera modificada respecto a los trabajadores que ven amortizada su plaza, por la posterior sentencia de 24-6-2014, rec. 217/2013. Pero que, igualmente recordemos, se mantiene incólume para aquellos que se ven cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, como se desprende de la resolución de 6-10-2015, rec. 2592/14.

La mentada jurisprudencia tiene quizá ejemplos aun más contundentes desde la exclusiva perspectiva que ahora nos ocupa, es decir la teórica incongruencia de nuestra decisión, incluso aunque no afecte a la esfera de la indemnización en el marco de un proceso por despido. Sería el caso contemplado en la sentencia de 7-10-1996, rec. 3307/1995, posteriormente continuada en muchas otras. Recordemos brevemente que en el proceso por despido allí entablado, lo único que se discutía eran las consecuencias de la nulidad del mismo en una Administración Pública, y a su vez tomando como referencia la fijeza igualmente reconocida. Y aunque aparentemente no se altera lo en su momento decidido, al asumir las plenas consecuencias de dicha nulidad, se introduce una declaración en el nuevo fallo y que si destacamos es porque no fue reivindicado por las partes en momento alguno, tan siquiera por la empleadora pese a que le beneficiaba, en el sentido de que: "...con revocación de la sentencia de instancia en el pasaje que declara a los demandantes trabajadores fijos de plantilla, sustituyendo tal declaración por la de que la relación contractual de trabajo que les liga a la Diputación de Valencia es de carácter indefinido, y con mantenimiento de la misma en los demás pronunciamientos...". Criterio por demás ratificado en Sala General el 20-1-1998, rec. 317/1997 y donde el debate inicial cursó en similares términos, con una conclusión contractual idéntica, y aunque ahora fuera declarativa la acción interpuesta en origen.

También podemos consignar la sentencia de 5-6-2000, rec. 3809/1999. En este supuesto una serie de profesores de religión reivindicaban, entre otras cuestiones, que se declarase la indefinición de su contrato, oponiéndose de contrario al negarles tal posibilidad. Y si bien la propuesta de los actores no se aceptó por el TS, lo fue porque entendió que existía: "...una relación laboral que es objetivamente especial, ..., en atención a las peculiaridades que concurren en la relación de servicios que se considera..."; alternativa tampoco solicitada por los litigantes, ni por ende por la empleadora que era la beneficiada con una consecuencia de esa naturaleza. Declaración que gozaba de idiosincrasia y especificidad propia, como demuestra que con posterioridad fue legalmente así declarada por el Real Decreto 696/2007.

b. Es también significativa la génesis procesal que ha dado lugar a la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5-10-2016, rec. 246/2014 y que recordemos fue quien articuló la cuestión prejudicial ante el TJUE que ahora nos ocupa.

De la lectura de dicha sentencia inferimos que no se planteó el tema indemnizatorio ni en la instancia, ni en el trámite de Recurso. De tal manera que el punto de partida sería el mismo que el que defendemos. Visto lo cual, no vemos que existan razones para no darle un tratamiento procedimental idéntico.

Con todo, resulta también clarificador que dada audiencia a la empresa, allí representada por la Abogacía del Estado, para que se pronunciara sobre la pertinencia de formalizar esa cuestión, en momento alguno tachó de incongruente al propio planteamiento.

c. Dejando de lado, cuando menos directamente, la invocación de resoluciones judiciales, es el momento de añadir una serie de argumentos que van en la misma dirección. Son los siguientes:

-La acción interpuesta por el Sr. Pintado es un despido y resaltar esa circunstancia es una cuestión sustancial, ya que el objetivo que perseguía era que se declarase la nulidad, aunque en la práctica nada defendió al respecto, y, sobre todo, la improcedencia. Desde esta perspectiva el art. 110, de la LRJS, establece una doble alternativa, la primera se refiere el binomio readmisión/salarios de tramitación, y la segunda a una indemnización para reparar el daño causado por la empresa ante la extinción contractual. Es decir, y respecto a esta última premisa, el cobro de una cantidad a título de compensación por el trabajo perdido, está inserta en la presente acción. De tal manera que forma parte del debate desde la presentación de la demanda y trámites subsiguientes. Ello a su vez supone que cualquier decisión que judicialmente se tome tanto cuantitativa como cualitativamente sobre el montante indemnizatorio, de tener derecho el trabajador afectado, no puede sorprender, ni por ende causar indefensión, al empresario que

ha tomado unilateralmente esa decisión, asumiendo todas las consecuencias que la misma puede conllevar.

Por tanto y volviendo a nuestra tesis inicial, reiteramos que la acción de despido es una sola, englobándose en ella todos los diferentes resultados posibles que puedan derivarse. En consecuencia, la circunstancia de que la Sala no haya compartido el criterio del trabajador sobre la calificación que otorgó a su cese, no puede determinar, sin más, la desestimación de la demanda y no pronunciarse sobre la indemnización que ahora nos ocupa.

-Y más, añadimos, al ser la mayoría de los parámetros utilizados para el cálculo de la indemnización, idénticos en los dos supuestos que traemos a colación. Por una parte, los años de servicio y por otro el salario que se viniera percibiendo, y con independencia de que el número de días aplicables pueda variar. Obsérvese además que dichos parámetros normalmente desplegarían efectos de cosa juzgada positiva –art. 222.4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, en un hipotético y futuro litigio de cantidad, de no admitirse la tesis que estamos defendiendo, con lo que la contradicción procesal sería evidente y en los términos ya expuestos en el apartado anterior. Igualmente, al rechazarse que existe un despido, estaríamos hablando de una indemnización tasada y no sujeta a variables distintas que las que provienen de tales factores, y a diferencia, por ejemplo, de cuando se reivindica una indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo. O sea, con una solución distinta a la ahora propugnada, se le obliga al trabajador a articular un nuevo litigio, pero únicamente para concretar una suma ya preanunciada; tema sobre el que, no obstante, luego volveremos.

-Expresión adecuada de lo que acabamos de relacionar es el principio general del derecho de “quien puede (pide) lo más, puede (pide) lo menos”, y aplicable sin género de dudas en el campo laboral –TS, 31-10-2003, rec. 17/2002, por ejemplo-. Es decir, quien reivindica una indemnización de 45/33 días por año de servicio, según los casos, igualmente está solicitando una suma inferior por ese mismo concepto en la práctica –“del mal el menos”-. De ahí la jurisprudencia del TS reseñada en un epígrafe anterior, al asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente. Tampoco causa perjuicio alguno a las partes y como incidiremos en otro apartado.

Es cierto que dicho principio no es aplicable de manera automática en el orden laboral, pues existen excepciones. Una de ellas, quizá la más relevante, es en materia de declaración de incapacidad permanente, pero tiene una evidente razón de ser, cual es que al peticionario no se le reconozca un grado que no es el adecuado a sus intereses, vistas las sustanciales consecuencias laborales que puede acaecer de asumir una incapacidad “menor” a la solicitada. Otra de las que en su momento fueron objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre todo en un proceso por despido, versaba sobre la posibilidad de autorizar una sanción inferior a la decidida empresarialmente, pero esa discusión ya ha sido superada, al asumirse legislativamente tal posibilidad –arts. 108.1 y 115.b, de la LRJS-

-El proceso laboral se rige por una serie de principios, básicamente desglosados en el art. 74.1, de la LRJS, lo cuales y de acuerdo a lo que dice su num. 2, orientan la interpretación y aplicación del resto de normas procesales. En este caso queremos hacer hincapié en dos de ellos, el de concentración y el de celeridad. A su vez y como parte inserta en los mismos, estaría el que la jurisprudencia comunitaria denomina de efectividad –TJUE 14-9-2016, C-184/15 y C-197/15, acumulados-

Partiendo de esos principios y como ya anunciábamos en apartados anteriores, su obligatorio respeto no quedaría en buen lugar si al trabajador que ve justamente extinguido su contrato, se le obliga a articular un segundo proceso con todo lo que conlleva, incluido los costes temporales y económicos, para reclamar una indemnización derivada de la decisión judicial anterior, cuando ya en el primero se disponen de los medios jurídicos suficientes para fijarla y como igualmente indicábamos. Costes que por otra parte también se le generarían a la empleadora y sería otra cuestión a evaluar. La propia jurisprudencia invocada y nos estamos refiriendo a las sentencias de 14-10-2013, rec. 68/2013 y 6-10-2015, rec. 2592/14, serían fiel ejemplo de la aplicabilidad de tales principios.

Asimismo, lo contrario supondría dividir la continencia de la causa, pues se obligaría a tratar en procesos distintos los efectos y consecuencias de una misma y única extinción contractual. Además, atacaría al principio de economía procesal, ya que se forzaría a plantear en dos juicios diferentes lo que podría haberse resuelto en uno solo.

-Consecuencia de lo hasta ahora expuesto, es que con nuestra decisión **no apreciamos una vulneración del art. 218.1, de la LEC** y por ende que pueda hablarse de una sentencia incongruente respecto a este punto. Así también lo inferimos de lo establecido por el Tribunal Constitucional, en cuanto delimita los límites de una posible incongruencia judicial, dotándole de la necesaria flexibilidad, en la sentencia 14/85, de 1 de febrero, donde tras recordar la 29/82, de 5 de mayo -“La doctrina de la congruencia...es perfectamente compatible con el principio tradicional iura novit curia, pues los Tribunales no tienen necesidad ni tampoco obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada” (el subrayado es nuestro)-; añade que para apreciar lo contrario es necesario: “...que se haya producido una desviación de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal...” (volvemos a subrayar).

A nuestro juicio, insistimos y por lo ya dicho, ni se alteraría la naturaleza de la acción por despido en su momento entablada por el actor, ni la modificación es de tal naturaleza que hiciera irreconocible el debate, pues se limitaría a fijar la indemnización a la que finalmente tendría derecho ante el cese en el trabajo.

Aún coincidiendo, a grandes rasgos con tales razonamientos, entiende que una cosa es la congruencia y otra distinta la contradicción.

En el proceso laboral juega el **principio de congruencia flexible**, en cuya virtud, según el TC **no es incongruente que el juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición**, aunque **no hayan sido solicitadas expresamente por las**

**partes**, si vienen impuestas en normas de derecho necesario, o que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajunten al objeto material del proceso: SSTC 12/84, 97/1987, 91/88, 14/1985 y SSTS 6 m19 1988 (RJ 1988/3569)

Sin embargo, este principio de congruencia flexible se limita por el principio de contradicción, de forma que las partes puedan tener siempre la oportunidad de ser oídas respecto de cuestiones sobre las que pueden ser condenadas. Por tanto, en mi opinión, **que la sentencia sea congruente no exime de dar audiencia a las partes para que puedan ser oídas, aunque dicho trámite no se contemple en suplicación.**

## **VI.2.- Cuestiones relativas a personal laboral Administración Pública**

En materia de personal laboral se plantean dos cuestiones, la primera relativa a la necesidad o no de agotar la vía administrativa previa, mediante recursos de alzada o bien, tras la Ley 39/15 ha de considerarse que la Administración está sujeta al trámite de conciliación como cualquier otro sujeto privado.

La segunda cuestión, atañe al personal indefinido no fijo y al derecho a ser indemnizados.

***VI.2.1.- La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/2015 de 1 de octubre***<sup>64</sup>

### ***VI.2.1.1.- Panorámica de las modificaciones operadas por la Ley 39/15 en la LRJS.***

El 2 de octubre de 2016 (DF 7ª Ley 39/15), ha entrado en vigor la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (LPAC) que deroga la anterior Ley 30/92.

Es preciso **antes de entrar a dilucidar el impacto de esta reforma en las acciones de que goza el personal laboral** de la Administración pública derivadas de la doctrina De Diego Porras, hacer un **breve análisis panorámico de la reforma de la LPAC.**

Así, en el **ámbito laboral, la nueva LPAC** ha significado la **introducción de diversas novedades** que han afectado a la norma procesal laboral (LRJS). En concreto, la DF 3ª de la Ley 39/15, modifica los arts. 64, 69, 70, 72, 73, 85, 103 y 117 de la LRJS.

Pasamos ahora a analizar de forma breve y sintetizada las novedades introducidas.

#### **a) Supuestos exceptuados de conciliación o reclamación previa:**

El art. 64 LRJS regula los **supuestos exceptuados del intento de conciliación o mediación** como requisitos previos de acceso al proceso (art.63 LRJS), entre los que figuraban los sujetos a reclamación previa que el texto anterior de la LRJS contemplaba en su art.69. **La redacción introducida por la LPAC, suprime del catálogo de las excepciones (art.64.1) toda referencia a los procesos que exijan reclamación previa en vía administrativa**<sup>65</sup>. Sin embargo, **mantiene la excepción** del requisito previo

<sup>64</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C.H. "La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15 de 1 de octubre y su impacto en el proceso laboral". Aranzadi. Revista de Información Laboral núm. 10/2016

<sup>65</sup> **Art. 64 NLRJS (novedades resaltadas) Excepciones a la conciliación o mediación previas**

1. Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan ~~la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma~~ el agotamiento de la vía administrativa, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, (...)

conciliación o mediación, para los supuestos de **procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa.**

El art.64.2<sup>66</sup> regula otros supuestos exceptuados de los requisitos de intentar conciliación o mediación. En estos casos, **también se suprime la mención a la reclamación previa**, quedando ahora **exceptuados de intento de conciliación o mediación aquellos procesos en que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas**, siempre que **la pretensión hubiera de someterse al agotamiento de la vía administrativa** y en ésta pueda decidirse el asunto litigioso.

#### **b) Agotamiento de la vía administrativa previa**

El art. 69 LRJS<sup>67</sup> regula el **agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social**. Se regula como **requisito previo para demandar al Estado, CCAA, EELL, o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculados a los mismos, el agotamiento de la vía administrativa -cuando proceda-**, **suprimiéndose toda referencia a la necesidad de interponer reclamación previa.**

Se mantiene la obligación de la Administración de notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conteniendo la notificación el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan (suprimiéndose la mención a la reclamación previa)

El **plazo para interponer demanda (2 meses)** se iniciaba antes, en los supuestos sujetos a reclamación previa, desde la notificación de su denegación o desde transcurrido 1 mes sin notificarse. **Ahora el plazo para demandar se inicia desde que se deba entender agotada la vía administrativa**

La **documentación a adjuntar a la demanda** -suprimida la reclamación previa- consiste ahora en **copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la**

---

<sup>66</sup> art. 64. 2. NLRJS (novedades resaltadas) Igualmente, quedan exceptuados:

a) Aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse ~~al trámite de reclamación previa en vía administrativa o a otra forma de agotamiento de la misma~~ agotamiento de la vía administrativa y en ésta pudiera decidirse el asunto litigioso.

<sup>67</sup> **art.69 NLRJS.** (novedades resaltadas) **Agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social**

1. Para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario ~~haber interpuesto reclamación previa a la vía judicial social, o, en su caso,~~ haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable.

En todo caso, la Administración pública deberá notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, conteniendo la notificación el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos ~~o de la reclamación administrativa previa~~ que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el párrafo anterior mantendrán suspendidos los plazos de caducidad e interrumpidos los de prescripción y únicamente surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso ~~o reclamación~~ que proceda.

2. ~~Notificada la denegación de la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la misma, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos,~~ el interesado podrá formalizar la demanda en el plazo de dos meses ante el juzgado o la Sala competente. A la demanda se acompañará copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la ~~presentación de la reclamación o de la~~ interposición o resolución del recurso administrativo, según proceda, uniendo copia de todo ello para la entidad demandada.

3. En las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad, el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, contados a partir del día siguiente a aqueél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos, ~~si bien la interposición de la reclamación previa suspende el plazo de caducidad, en los términos del artículo 73.~~

**interposición o resolución del recurso administrativo, según proceda**, uniendo copia de todo ello para la entidad demandada.

En las **acciones de despido o sujetas a plazo de caducidad**: el plazo para interponer la demanda es **de veinte días hábiles o el especial** que sea aplicable, **contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada**, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos.

La **novedad en estos casos** radica en la **supresión de suspensión de la caducidad** por la **interposición de la reclamación previa**, pues ésta ha desaparecido.

### **c) Excepciones a la necesidad de agotar la vía administrativa**

El nuevo art.70 LRJS<sup>68</sup> regula las **excepciones al agotamiento de la vía administrativa**, mientras que el anterior regulaba, además, las excepciones a la **reclamación previa**.

Por ello, la reforma suprime los párrafos 1 y 3 del **art.70**, que ahora queda con un **único párrafo, dedicado en exclusiva a regular las excepciones a la necesidad de agotar la vía administrativa previa, que son las mismas que antes**: demandas de tutela de ddff y lpp frente a actos de las AAPP en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical,

Al igual que antes de la reforma, en estos casos el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, **sin más trámites**.

Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente.

**Desaparecen con la reforma del art.70.1 y 3 que contemplaba supuestos no sujetos al requisito de reclamación previa** (tampoco de agotamiento de la vía administrativa), y que tenían la **nota común de tratarse, por razón de la materia, de supuestos necesitados de preferente y sumaria tutela**: impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones, materia electoral, acciones derivadas de derechos de las víctimas de violencia sobre la mujer, etc, En todos estos

<sup>68</sup>art.70 NLRJS. (novedades resaltadas) ~~1. Se exceptúan del requisito de reclamación previa los procesos relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, procedimientos de oficio, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, siendo en estos últimos potestativo, y reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo de lo prevenido en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.~~

~~2. No será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical, si bien el plazo para la interposición de la demanda será de veinte días desde el día siguiente a la notificación del acto o al transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites; cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa o en actuación en vías de hecho, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, el plazo de veinte días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación contra la inactividad o vía de hecho, o desde la presentación del recurso, respectivamente.~~

~~3. También se exceptúa del requisito de reclamación previa el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.~~



casos, es obvio, la reclamación previa suponía una demora que podía privar de sentido la efectividad de la tutela judicial.

#### **d) Supuestos residuales de reclamación previa: prestaciones de Seguridad Social,**

**El art.71 LRJS no ha sido modificado y mantiene los únicos casos en que subsiste la reclamación administrativa previa:** demandas en materia de prestaciones de Seguridad Social.

En esta línea, el art.72 NLRJS<sup>69</sup>, mantiene la vinculación **respecto a la reclamación administrativa previa, pero ahora sólo en materia de prestaciones de Seguridad Social; y mantiene igual que antes la prohibición de** variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos que los aducidos en el recurso que agote la vía administrativa, salvo para hechos nuevos no conocibles con anterioridad

Por tanto, la novedad radica en que la vinculación ahora lo es a la reclamación previa sólo en materia de prestaciones de SS y no varía la vinculación al objeto del procedimiento administrativo en fase de recurso que agote la vía administrativa. administrativa.

**El art. art.73<sup>70</sup>** regula -igual que antes- el efecto interruptivo de la prescripción y suspensivo de la caducidad de la interposición de reclamación previa, pero ahora sólo en los casos en que esta subsiste: prestaciones de seguridad social

#### **e) Celebración del juicio**

El **art.85 NLRJS** se modifica en su pfo.<sup>71</sup>, para precisar que la reconvencción exige anuncio en la contestación a la reclamación previa, pero ahora sólo en los casos en que pervive: en materia de prestaciones de Seguridad Social.

---

<sup>69</sup> **art. 72 NLRJS (novedades resaltadas) Vinculación respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o vía administrativa previa**

En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa **en materia de prestaciones de Seguridad Social** o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad

<sup>70</sup> **art. 73 NLRJS (novedades resaltadas) La reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social** interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada.

<sup>71</sup> **art.85. 3 NLRJS (Novedades resaltadas)** Únicamente podrá formular reconvencción cuando la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa **en materia de prestaciones de Seguridad Social** o resolución que agote la vía administrativa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta. No se admitirá la reconvencción, si el órgano judicial no es competente, si la acción que se ejercita ha de ventilarse en modalidad procesal distinta y la acción no fuera acumulable, y cuando no exista conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

No será necesaria reconvencción para alegar compensación de deudas, siempre que sean vencidas y exigibles y no se formule pretensión de condena reconvenccional, y en general cuando el demandado esgrima una pretensión que tienda exclusivamente a ser absuelto de la pretensión o pretensiones objeto de la demanda principal, siendo suficiente que se alegue en la contestación a la demanda. Si la obligación precisa de determinación judicial por no ser líquida con antelación al juicio, será necesario expresar concretamente los hechos que fundamenten la excepción y la forma de liquidación de la deuda, así como haber anunciado la misma en la conciliación o mediación previas, o en la reclamación **en materia de prestaciones de Seguridad Social** o resolución que agoten la vía administrativa. Formulada la reconvencción, se dará traslado a las demás partes para su contestación en los términos establecidos para la demanda. El mismo trámite de traslado se acordará para dar respuesta a las excepciones procesales, caso de ser alegadas.



## **f) Presentación de la demanda por despido:**

El art.103<sup>72</sup> en el párrafo segundo del artículo 103 se suprime la mención a la reclamación previa en las demandas por despido dirigidas a persona a la que se considera erróneamente empresario.

## **g) Requisito de agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial en la reclamación al Estado de salarios de tramitación.**

Se ha modificado la rúbrica del art.117 de la LRJS (que antes rezaba "Requisito de la reclamación administrativa previa) sustituyéndose por el requisito de agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial. El contenido del precepto, sin embargo, permanece invariable.

### **VI.2.1.2.- La supresión de la reclamación previa por la Ley 39/2015**

Una de las novedades más importantes en el terreno del iuslaboralismo que ha supuesto la nueva LPAC es la **supresión de la reclamación previa a la vía laboral**, salvo en los supuestos residuales de demandas en materia de prestaciones de Seguridad Social.

La reclamación previa ha sido una constante en el proceso laboral, y sus antecedentes inmediatos los hallamos en los arts.120-126 Ley 30/92, que proceden de los arts.138 a 136 de la LPA de 17 de julio de 1958. Antes de ello, la Ley de 26 de septiembre de 1941 sobre reclamaciones previas a los procesos laborales regulaba esta materia.

La **naturaleza procesal** de la reclamación previa ha sido tradicionalmente la **de requisito procesal** cuya ausencia obsta al válido ejercicio de acciones laborales frente a cualquier Administración pública (art.120 Ley 30/92). Ello no ha obstado a su consideración como requisito subsanable (art. 80.3 y art.81.2 LRJS)

En el proceso civil, la doctrina del TS habían entendido que actuaba como **sustitutivo de la conciliación**<sup>73</sup>, de forma que la **jurisprudencia ha venido declarando que aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse** desde el momento en que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y efectos [Sentencias, entre otras, de 20-3-1975 ( RJ 1975\1328) y 26-5-1988 ( RJ 1988\4340)], de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable.

**A su vez**, la doctrina administrativista la ha considerado la reclamación previa una especie de **sucedáneo de los recursos administrativos**<sup>74</sup> en aquellos ámbitos en que la Administración no actúa con sujeción al Derecho Administrativo.

Sus **finalidades**, conforme a la doctrina del TC<sup>75</sup> y del TS, se han identificado tradicionalmente con las dos siguientes:

- Dar oportunidad a la Administración de resolver directamente el litigio, evitando así pleitos innecesarios

<sup>72</sup> **art.103.2 NLRJS** (novedades resaltadas) 2. Si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, **reclamación previa** o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario

<sup>73</sup> STS (I) 15 marzo 1993. RJ 1993\2280

<sup>74</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. "Derecho Administrativo I. Parte General". Ed. marcial Pons 1997.

<sup>75</sup> STC 90/1986, 76/1996, 37/1995, 122/1993, 40/1996, etc.

- Dar oportunidad a la Administración de preparar adecuadamente su oposición

La **novedosa supresión de la institución de la reclamación previa se justifica** en el preámbulo de la Ley 39/2015 (V. pfo 20), diciendo: *" De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas"*

Para comprender el alcance de esta supresión hay que partir de **la premisa** de que **cuando las Administraciones públicas actúan sometidas al Derecho común, privado o laboral, carecen de las prerrogativas propias que les confiere el Derecho administrativo** (presunción de validez, ejecutoriedad, revisión de oficio de actos nulos, etc) , actuando entonces en **pie de igualdad con los ciudadanos.**

**Los conflictos que en tales ámbitos se suscitan no se resuelven por y ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino ante la Jurisdicción Civil o Laboral<sup>76</sup>**

En estos casos la Administración puede demandar y ser demandada como cualquier otro empresario en el ámbito laboral.

Para comprender adecuadamente dicha premisa hay que partir del **concepto general de acto administrativo<sup>77</sup>**, que lo identifica como **todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido a Derecho Administrativo.**

Tal definición tiene la virtualidad de excluir del concepto de acto administrativo las actuaciones no jurídicas (actos materiales), los actos producidos por los administrados y, en lo que aquí nos interesa, **los actos jurídicos dictados por las Administraciones públicas que no están sujetos al Derecho Administrativo**, entre los que destacan, en lo que aquí nos atañe los sujetos al Derecho privado y al Derecho laboral. Así, por ejemplo, en el importante ámbito de la contratación administrativa (RDL 3/2011 de 14 de noviembre de contratos del E)

La **sujeción a Derecho administrativo** es un elemento constitutivo del acto administrativo, pues significa que se dicta en el ejercicio de una potestad administrativa sujeta al Derecho Administrativo. Por ello, los actos de la Administración no sujetos a Derecho Administrativo no son controlables por la jurisdicción contenciosa, como viene sosteniendo desde antiguo la Sala III del TS (Sentencia de 21 febrero 1981. RJ 1981\443) , al decir que para tener jurisdicción *no (es) (suficiente que formalmente sea dictado un acto por un órgano de la Administración, sino que la materia sobre que verse su contenido sea administrativa, y no lo es, según el art. 2 de la Ley Jurisdiccional aquella que, aunque relacionada con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción Social o a otra jurisdicción..."*

Por tanto, los **actos y actuaciones de la Administración Pública cuando actúa sujeta al Derecho privado y laboral no son actos administrativos**, sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (art.2 y 3 LJCA 29/98) , de ahí el régimen

<sup>76</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. "Derecho Administrativo Parte General. Ed. Marcial Pons 1997.

<sup>77</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E; RAMÓN FERNÁNDEZ, T. ED. Civitas. 15ª 3d. p.569.

peculiar de las reclamaciones previas, que han sido tradicionalmente el trámite administrativo que juega como **requisito procesal para abrir la vía de la demanda civil o laboral**.

Tal **distinción** entre **actos sujetos** a Derecho Administrativo y **actos que no lo están**, es **trascendental** en orden a resolver los **problemas interpretativos** que dimanen de la **supresión de la reclamación** previa en el proceso laboral por la Ley 39/15.

En este sentido, debemos retener que es sólo **frente a los actos administrativos que ponen fin al procedimiento** y que conocemos como **resoluciones** (art.84 LPAC) **frente a los que caben los recursos administrativos -como el de alzada-**, como regla general, si bien también caben frente a otros actos de trámite, en determinados supuestos (art.112 LPAC), pero en cualquier caso, subrayemos, **sólo frente a actos administrativos (los sujetos a Derecho Administrativo)**. Ello es así porque sólo los actos sujetos a Derecho Administrativo exigen el agotamiento de la vía administrativa como requisito para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa (art.112 LPAC y art.25 LJCA<sup>78</sup>)

En cambio los **actos de la Administración no sujetos a Derecho Administrativo**, entre los mismos cuentan aquellos en los que la Administración actúa sujeta al Derecho Privado o al laboral, **estaban sujetos a la reclamación previa**, que abría las vías jurisdiccionales civil o laboral, según los casos.

**Centrándonos en el ámbito laboral**, la **actuación de la Administración Pública en este ámbito no es suficiente para considerar sus actos sujetos a Derecho Administrativo** y, por tanto, actos administrativos.

Será preciso que en tales casos se **trate de actos sujetos al derecho administrativo laboral**, que se dan cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora en el orden social (RDL 5/00), o la potestad de recaudación de cuotas de la SS (arts.21 y ss RDL 8/2015 de 30 de octubre y RD 1415/2004 de 14 de junio), en cuyo caso, como regla general, **habrá de agotarse la vía administrativa** y tales actos **estarán sujetos al control contencioso-administrativo**.

Ahora bien, dicho **control contencioso-administrativo** -sobre todo tras la LRJS- se lleva a cabo **por regla general, por la jurisdicción contenciosa, ej. en los actos de recaudación o gestión (art.3.f LRJS)**; y, como **excepción**, por la **jurisdicción laboral** en el control contencioso que la misma ejerce de ciertas materias (art.151 LRJS), que la LRJS identifica como **actos administrativos en materia laboral**, cuyo ámbito natural sería la jurisdicción contenciosa. Es precisamente por esa naturaleza contencioso-laboral, que se exige el agotamiento de la vía administrativa y se sujetan supletoriamente a las normas reguladoras de la jurisdicción contenciosa (art.151.1 LRJS). También hay otros supuestos como los de naturaleza indemnizatoria por funcionamiento anormal de la Administración de justicia en el ámbito laboral, que se contemplan en los arts. 116 y ss de la LRJS, bajo la rúbrica de reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido. Esta naturaleza de actos administrativos dictados en ejercicio de potestades administrativas se corrobora por la circunstancia de que la Ley 39/15 ha modificado la rúbrica del art.117 de la LRJS (que

---

<sup>78</sup> Art. 25 1 LJCA El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con **los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa**, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

antes rezaba "Requisito de la reclamación administrativa previa) sustituyéndose por el requisito de **agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial**

No obstante, habrá **muchos otros actos, en que la Administración actúe sujeta a la rama social del Derecho sin ejercer potestades administrativas ni hallarse sujeta al Derecho Administrativo**, como por ejemplo **cuando actúa como empresario** en una relación laboral.

En estos casos, **la legislación de contratos del Sector Público excluye en su art.4.1 de su ámbito de aplicación los contratos regulados en la legislación laboral**; y el **Estatuto básico del Empleo Público** (art.7 del RDL 5/15 de 30 de octubre) dispone que *" El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan"*

Por tanto, cuando **la Administración pública actúa como Empresario queda sujeta al Derecho privado laboral con las especialidades previstas en el EBEP, que en modo alguno sujeta su relación al Derecho administrativo.**

En todos estos casos, obvio resulta, que la Administración no está sujeta al Derecho Administrativo, sino al Laboral, con ciertas especialidades; e igual de obvio resulta que **su actuación en estos ámbitos no se plasmará en actos administrativos revisables por la jurisdicción contencioso administrativa, para lo que se exigiría el previo agotamiento de la vía administrativa** (art.25 LJCA)

Pues bien, partiendo de ello, **resulta clara que la voluntad del legislador de 2015 no ha sido otra que la de suprimir la reclamación previa laboral**, por la inutilidad de la misma, ya que en escasísimos supuestos cumplían las finalidades de evitar litigios y en muchos casos no eran ni siquiera respondidas por la Administración, lo que en la (mala)práctica administrativa ha supuesto su conversión en un obstáculo para el acceso a la tutela judicial carente de todo fundamento.

Esta **voluntad de suprimir la reclamación previa para facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones laborales con la Administración**, ha de ser la **guía de toda interpretación** sobre las dudas que deja la nueva Ley 39/15 en orden a determinar los supuestos en que se precise el agotamiento de la vía administrativa y los supuestos residuales en que se precise la reclamación previa (demandas por prestaciones de Seguridad social)

### **VI.2.1.3- Las distintas interpretaciones derivadas de la supresión de la reclamación previa laboral.**

Partiendo de lo hasta ahora expuesto, conviene hacernos eco de las diversas interpretaciones que la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía laboral ha suscitado.

Así, destacadas voces del iuslaboralismo sostienen que la Ley 39/2015 ha supuesto *"la abrogación definitiva de la reclamación previa administrativa y su sustitución por sus vías ordinarias de impugnación de resoluciones administrativas; esto es: el recurso de alzada y el potestativo de reposición. En plata: a partir de la fecha indicada*

*desaparece del todo nuestra “vieja” y querida reclamación previa en materia laboral, salvo en procesos de Seguridad Social.”<sup>79</sup>,*

Sin embargo, dicha conclusión no puede ser compartida, puesto que se apoya en premisas desenfocadas. En efecto, se concluye que la supresión de la reclamación previa ha sido sustituida por los recursos de alzada y potestativo de reposición basándose para ello en el nuevo art 69.1 LRJS (el subrayado es nuestro), que dice: **“para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable”**

Tales **posturas interpretan** que la literalidad del precepto avoca a que **todos los supuestos que hasta ahora estaban sujetos a reclamación administrativa previa quedan sujetos a partir del 2/10/16 a la necesidad de agotar la vía administrativa**, ergo a los recursos de **alzada y potestativo de reposición**.

Dedicaremos las próximas líneas a rebatir tal tesis que, con todos los respetos, nos parece errada, fundamentalmente por **obviar la distinción entre los supuestos en que la Administración actúa sujeta a Derecho Administrativo y los supuestos en que no lo hace**, como cuando actúa como empresaria.

Abundando en esta distinción podríamos afirmar que **la clave está en diferenciar entre actos administrativos y actos de la Administración**. En los actos administrativos la Administración actúa sujeta al Derecho Administrativo, mediante el procedimiento administrativo y con determinadas prerrogativas, quedando su actuación sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. En los actos de la Administración, ésta actúa sujeta a Derecho privado (civil o laboral) y por tanto sujeta al control de la jurisdicción civil o social y desprovista de las prerrogativas propias del Derecho administrativo.

Para **contrastar ambas interpretaciones enfrentadas**, la que **propone una distinción entre actos administrativos y actos de la Administración**; frente a la que supone la **sustitución de la reclamación previa por la necesidad de agotar la vía administrativa**, veremos las **consecuencias de cada una de ellas**

### **INTERPRETACIÓN QUE PARTE DE LA DISTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN:**

Si partimos de la **distinción actos administrativos y actos de la Administración** la interpretación de las novedades introducidas por la Ley 39/15 es plenamente coherente y armónica.

1) **El art.69 LRJS exige agotar la vía administrativa, pero sólo cuando proceda**. Ello significa que hay supuestos en que procederá el agotamiento de la vía administrativa (**actos administrativos**), que no serán otros que aquellos en que la Administración ejerce potestades administrativas en el ámbito Social del Derecho con

---

<sup>79</sup> FALGUERA BARÓ, M.A. "La Ley 39/2015 o la invasión colonialista del Iuslaborismo por el Derecho Administrativo". IUSLabor 2/2016. Puede consultarse en: <https://www.upf.edu/iuslabor/>



sujeción, por tanto, a la vía administrativa, con obligación de agotarla y con sujeción al procedimiento administrativo y régimen de recursos de la LPAC. Ejemplos: el art.151 (exige agotamiento de la vía administrativa) o el art.117 (que también lo exige)

Sin embargo, la literalidad del precepto nos advierte que habrá supuestos (**actos de la Administración**) que no serán otros que aquellos en que la Administración no dicte actos administrativos, sino que actúe como empresaria, es decir, no sujeta al Derecho administrativo, sino laboral. (ej. cuestiones litigiosas de personal laboral de Administración pública (art.2a) LRJS , incluidas reclamaciones en materia de libertad sindical y derecho de huelga (art.2f) LRJS)

En estos supuestos no hay que agotar la vía administrativa previa, porque no se ejerce ningún control jurisdiccional contencioso-administrativo de la actividad de la Administración en el ejercicio de potestades sujetas a Derecho administrativo y, por tanto, generadoras de actos administrativos.

2) La **innecesariedad de agotar la vía administrativa en supuestos de actos de la administración** cuando la Administración actúa no sujeta a Derecho Administrativo - como cuando lo hace como empresaria- se corrobora por la lógica interna de la reforma y explica:

- la clara distinción por la propia LRJS de los supuestos en que hay que agotar la vía administrativa: arts.151 LRJS y art.117 LRJS.

- se exceptúan de la necesidad de conciliación o mediación los supuestos en que haya que agotar la vía administrativa (art.64), por lo que los casos en los que la Administración actúa como empresaria (no ha de agotarse la vía administrativa), no está exenta de conciliar o mediar, pues el art.63 LRJS no ha sido modificado

- **El art.69 se aplica sólo a aquellos supuestos en que se ha de agotar la vía administrativa** (actos administrativos) no a aquellos otros en que la Administración actúa como empresaria (actos de la Administración), por lo que no entran en juego la obligación de señalar si la resolución es o no definitiva, los recursos que caben, etc. Tampoco se aplican los plazos de 2 meses para formular demanda desde el agotamiento de la vía administrativa (nótese que coincide con el plazo de 2 meses del recurso contencioso clásico ante la jurisdicción contenciosa: art.46.1 LJCA<sup>80</sup>, lo que refuerza la interpretación de que se aplica sólo a actos administrativos y no a actos de la Administración)

- **El art.70 LRJS. Excepciones al agotamiento de la vía administrativa.** Exceptúa la necesidad de agotar la vía administrativa en ciertas demandas de tutela de ddff y lpp, y **se aplica sólo a aquellos casos en que la Administración ejercita potestades sujetas a Derecho Administrativo en el ámbito laboral y sindical (actos administrativos)** (ej, constitución sindicatos, etc). En estos casos, en general, habría que agotar la vía administrativa por ser actos administrativos, pero se excepcionan de tal requisito por razones de preferencia y sumariedad ex art.53.2 CE : tutela de derechos fundamentales y libertades públicas .

Los supuestos de **tutela de derechos fundamentales por actos de la administración** (ej.administración empresaria), no precisan que se agote vía administrativa alguna,

---

<sup>80</sup> Art. 46. 1 LJCA El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto



simplemente porque no la hay. En tales casos se aplica el art.64, que exceptúa de la obligación de conciliar, entre otros los supuestos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

- El **art.72** que regula la vinculación respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o vía administrativa previa. se aplica tanto a los supuestos residuales de reclamaciones previas, como a los supuestos en que hay una vía administrativa previa; nunca en supuestos de actos de la Administración, p.ej.. cuando la Administración actúa como empresaria parte de una relación laboral, pues en tales casos no hay ni vía administrativa previa ni reclamación previa.

- El **art.73**, que regula los efectos de la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social: se aplica única y exclusivamente a los supuestos residuales de reclamación administrativa previa: demandas de prestaciones de Seguridad Social.

- el **art. 85** que modifica el régimen del anuncio previo de la reconversión, supone que la reconversión en casos de actos de la Administración -ej.cuando la Administración actúe como empresaria- **habrá de anunciarse en conciliación**; mientras que en casos de actos administrativos, cuando ejerza potestades administrativas sujetas a Derecho administrativo en el ámbito laboral o de SS, **habrá de anunciarla lógicamente en la resolución que agote la vía administrativa** y, en los supuestos residuales de reclamaciones previas (prestaciones de SS) **en la reclamación previa**.

- el **art. 103 LRJS** ha suprimido en las demandas de despido toda referencia a la reclamación previa porque **jamás cabe la misma frente a la actuación de la Administración como empresaria**, ya que en tales casos (actos de la Administración) la Administración actúa sujeta a derecho privado y, por tanto, **ha de conciliar o mediar, como cualquier otro empresario**. En estos casos no hay vía administrativa a agotar ni reclamación previa residual.

-El **art.117** :reclamación al Estado por salarios de trámite, es un supuesto de ejercicio de potestad administrativa de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por ello se exige en la rúbrica claramente agotar la vía administrativa, para que no haya confusión con la exigencia del pfo.1 del mismo precepto, en que se exige previo haber reclamado en vía administrativa en la forma y plazos establecidos, lo que en modo alguno puede conceptuarse como "reclamación previa", pues la Administración, en este caso actúa sujeta a Derecho Administrativo.

#### INTERPRETACIÓN QUE SUPONE LA SUSTITUCIÓN DE LA RECLAMACIÓN PREVIA POR LA NECESIDAD DE AGOTAR VÍA ADMINISTRATIVA MEDIANTE ALZADA O REPOSICIÓN:

Esta interpretación, en cambio, genera multitud de dislates, aporías y paradojas, como bien señalan quienes la sustentan.

Así, se plantean al desaparecer la suspensión de la caducidad y la interrupción de la prescripción respecto de los actos que antes estaban sujetos a reclamación previa y ahora no, si **la interposición de recurso de alzada contra un despido, una**

**modificación sustancial de las condiciones de trabajo, una sanción de un empleado público, etc. se suspende por dicho instancia.** La pregunta es obviamente desenfocada. **En los supuestos de despido no hay recurso de alzada por no ser el despido un acto administrativo sino un acto de la Administración, por lo que está sujeto a conciliación y no a reclamación previa. Por tanto, tiene todo el sentido que el art.73 suprime toda referencia a la suspensión de la caducidad en tales supuestos.**

En segundo lugar se plantea, según estas tesis, **el problema de los plazos para demandar.** Sostienen que conforme al art.69.2 NLRJS desaparece la previsión de que "*notificada la denegación de la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la misma*" se contaba con el plazo de dos meses para instar la demanda.

**Por tanto, -concluyen estas tesis- a partir del 2/10/16 regirá la previsión del artículo 122.2 de la Ley 39/2015, esto es un plazo de silencio de tres meses, lo que demoraría mucho el acceso a la jurisdicción social: hasta 4 meses (1 para recurrir y 3 para resolver)**

Sin embargo, tal conclusión es, una vez más un desenfoco. El plazo de silencio de tres meses del art.122.2 Ley 39/15 se da para interponer recurso de alzada, que sólo cabe contra actos administrativos (generalmente definitivos y algunos de trámite ex art. 112 Ley 39/15), pero no frente a actos de la administración como los que lleva a cabo la Administración cuando actúa como empresaria. Por tanto, ante una actuación de la Administración cabe conciliación y demanda en los plazos ordinarios de prescripción y caducidad, salvo en aquellos casos exceptuados de conciliación (art.64 LRJS)

En **tercer lugar**, en cuanto a la modalidad procesal reclamación de salarios de tramitación al Estado, (art.117.LRJS), se plantea por estas tesis que el precepto al hablar antes en su rúbrica de reclamación previa incurría en un equívoco. Y es cierto, sobre todo a partir del artículo 7.2 del Real Decreto 418/2014, de 6 junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, conforme al cual "la resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia pone fin a la vía administrativa" Estamos en un **caso claro de acto administrativo** que exige **agotar la vía administrativa** y la **rúbrica suprimida del art.117 LRJS hablaba del "requisito de la reclamación administrativa previa" era claramente errónea**, pues en este caso no había actuación de la administración no sujeta a Derecho administrativo, sino acto administrativo; por lo que es plenamente coherente que se rectifique la rúbrica y se hable ahora del "requisito de agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial".

Téngase en cuenta que esta materia se sigue regulando (aún tras diversas reformas) por el RD 924/82 de 17 de abril, anterior a la 30/92, en el que se habla de una "reclamación" ante la administración, cuya resolución pone fin a la vía administrativa, pues frente a la misma no cabe recurso (art.5), que no es propiamente una reclamación previa, sino un procedimiento administrativo que desemboca en un acto administrativo (resolución), que se llama reclamación sólo por razones históricas.

De ahí lo acertado de la nueva rúbrica del art.117, pues en tales casos hay acto administrativo y, por tanto, se precisa agotar la vía administrativa.

En cuanto a los **supuestos de excepción de reclamación previa** (art.70 LRJS), estas tesis encuentran multitud de problemas, puesto que **tras la reforma sólo juega dicha**

**excepción respecto de la tutela de derechos fundamentales** y libertades públicas frente a actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical. (ej denegación de inscripción de Sindicato, etc)

El problema que se plantea para las tesis de la sustitución de la reclamación previa por el recurso de alzada es que en los supuestos de disfrute de vacaciones, material electoral, movilidad geográfica, MSCT, o derechos de víctimas de violencia de género, entre otros exceptuados de reclamación previa por el anterior redactado, ahora estarían sujetos a la necesidad de agotar la vía administrativa y a recurrir en alzada lo que sería un auténtico dislate. Y llevan razón, pues no habría justificación para que en esos casos el empresario privado (art.64) estuviera excluido de conciliación; mientras que la Administración empresaria gozara 4 meses (1 para alzada y 3 para resolver), antes de ser demandada.

Ocurre, sin embargo, que la interpretación que proponemos es mucho más cabal, tanto en las premisas como en las consecuencias; pues partiendo de la premisa de que en estos casos (disfrute de vacaciones, material electoral, movilidad geográfica, MSCT, o derechos de víctimas de violencia de género...) no hay actos administrativos sino actos de la Administración, que actúa como empresaria y, por tanto, la consecuencia es que no sólo no hay reclamación previa (desaparecida), sino que tampoco hay conciliación, porque viene exceptuada por el art.64 LRJS, no habiendo así distinción alguna entre la Administración y el empresario privado, como es lógico si consideramos que en estos casos la Administración actúa sujeta exclusivamente al Derecho laboral, como cualquier otro empresario y por tanto, no hay vía administrativa previa alguna que agotar.

**En conclusión**, las tesis que proponen que los supuestos en que antes había reclamación previa ahora están sujetos a recurso de alzada plantean innumerables problemas prácticos, con consecuencias paradójicas, como que hay que interponer recurso de alzada para demandar por despido, y ello es así porque parten de una premisa desenfocada que considera que la Administración en estos casos actúa mediante actos administrativos, sujetos a un procedimiento, con unas prerrogativas, y sometidas a los recurso de alzada y reposición; tesis que, como hemos demostrado, es absolutamente insostenible, puesto que la mejor doctrina administrativista ha considerado desde siempre que los supuestos en que la actuación de la Administración estaba sujeta a reclamación previa eran aquellos en que la actuación de la Administración no estaba sujeta al Derecho Administrativo, sino al privado o laboral, y, por tanto, no actuaba conforme a las normas de procedimiento administrativo, ni debía agotarse vía administrativa alguna. Partiendo de la premisa correcta (distinción actos administrativos vs. actos de la Administración) la desaparición de la reclamación previa comporta la equiparación de la Administración al empresario privado, con idénticas exigencias (art 63 LRJS: conciliación, mediación) y con las mismas excepciones (art.64 LRJS), que cualquier sujeto que actúa sometido al derecho laboral.

#### VI.2.1.4.- Conclusiones prácticas.

- Hay que distinguir actos administrativos en ejercicio de potestades laborales de la Administración, en que ésta actúa sujeta a Derecho Administrativo; de los actos de la Administración, en que ésta actúa sujeta al Derecho privado laboral

- Los **actos administrativos** exigen, por regla general agotar la vía administrativa mediante los recursos administrativos correspondientes: ejs. art.2.j) art.117 y art.151 LRJS

-Los **actos de la Administración**, señaladamente, cuando **ésta actúa como empresaria, estaban antes de la Ley 39/15 sujetos a reclamación previa. Ahora no** y, por tanto, la **Administración actúa como cualquier otro empresario, sometida a conciliación o mediación** (art.63 LRJS) y con **idénticas excepciones** (art.64 RLJS). En estos **casos no hay vía administrativa previa alguna que agotar** mediante recursos de alzada o reposición, pues no estamos ante actos administrativos, sino ante actos de la Administración.

- De los supuestos sujetos a reclamación previa antes de la Ley 39/15, en la nueva LRJS **sólo subsisten las reclamaciones previas en materia de prestaciones de Seguridad Social.**

- Plazos de prescripción y caducidad:

Todo lo expuesto comporta que los supuestos en que la reclamación previa producía la interrupción de la prescripción o suspensión de la caducidad que antes operaban en los casos de actos de la Administración (despido objetivo, reclamaciones de cantidad...) hayan desaparecido, puesto no hay reclamación previa en estos supuestos, ni tampoco vía administrativa previa que agotar.

Por ello, **ahora en las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad**, en que la demandada sea la Administración el **plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto (despido, MSCT, etc) (art.69.2)**

-**En las demandas frente a actos administrativos habrá que agotar la vía administrativa (como antes de la reforma). En cuanto al plazo para demandar**, desde que se deba entender agotada la vía administrativa el interesado podrá formalizar la demanda en el plazo de dos meses ante el juzgado o la Sala competente (art.69.2 LRJS).

-Cuando la Administración actúa como empresaria ya no goza de la reclamación previa y está sujeta al régimen laboral con todas las consecuencias: debe acudirse a conciliación previa (art.63), los supuestos exceptuados de conciliación (art.64) le son también oponibles, no se ha de interponer ningún recurso para agotar vía administrativa alguna, pues no actúa sujeta a Derecho Administrativo.

#### **VI.2.2.- El personal indefinido no fijo.**

En este punto, hemos de partir de lo ya expuesto en 4.6., bastando ahora recordar que con la doctrina De Diego si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora la regular extinción del contrato comportará una indemnización no de 12 días/año sino de 20/días años, que podrán

reclamar, conforme a lo expuesto en el apartado anterior, sin necesidad de interponer reclamación previa alguna.

### **VI.3.- Cuestiones relativas a personal funcionario interino y estatutario**

El Personal no laboral afectado por la doctrina que estamos comentado, en el caso Pérez López es personal estatutario temporal eventual y en los casos acumulados Caso Martínez Andrés (C-184/15) y Caso Castrejana López (C-197/15), se trata de personal estatutario temporal eventual y de personal funcionario interino

#### ***VI.3.1.- Aplicación del principio de efectividad en el Orden contencioso***

La doctrina del TJUE en el caso **Martínez Andrés** (Asuntos C-184/15 y C-197/15 ) **impone una reflexión sobre el tema procesal** (f. 55-64). En este sentido, partiendo de que corresponde al ordenamiento procesal español configurar los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que reconoce la Directiva, las **modalidades de aplicación de las normas deben ser conformes a los principios de equivalencia y efectividad**. En este sentido la inobservancia de la equivalencia y efectividad en el ámbito procesal puede suponer una infracción de la Directiva.

Tanto es así que, en el **proceso contencioso español**, resulta que el tribunal nacional que conoce el litigio relativo a la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada no puede pronunciarse sobre una posible solicitud de reparación del daño sufrido por el empleado, circunstancia ésta que considera el TJUE que se opone al principio de efectividad. Caso Martínez Andrés (f.63)

#### ***VI.3.2.- El procedimiento abreviado por cese***

**En todos esos supuestos, en particular en relación al personal estatutario tras la Ley 55/03, el procedimiento adecuado para reclamar frente al cese es el procedimiento abreviado.**

**En efecto, el Art. 78 1 LJCA.** Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 30.000 euros.

#### ***VI.3.3.- El procedimiento de tutela de derechos fundamentales.***

**En paralelo a cuanto hemos expuesto en relación al proceso laboral (IV.1.4) , cabría plantearse si podría acudir a un proceso de tutela de derechos fundamentales, que la LJCA regula en sus arts.114-122, que ha de interponerse en el plazo de 10 días**

**Tiene la ventaja de que no ha de agotarse la vía administrativa previa.** En efecto, para acceder al procedimiento especial regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley Jurisdiccional, es innecesario formular cualquier recurso administrativo, al poderse aquél entablar directamente contra todo acto administrativo o disposición general que



vulnere los Derechos Fundamentales contemplados en los arts. 14 a 29 de la CE (STSJ Canarias (CA) 160/2003 de 27 febrero. RJCA 2003\710)

**La doctrina ha configurado el proceso como optativo, pero con objeto limitado**, de esta firma, el interesado podrá optar entre las distintas opciones posibles, bien plantear las cuestiones relativas a la legalidad ordinaria y a la tutela de los derechos fundamentales por el procedimiento ordinario (o abreviado, en su caso), bien plantear simultáneamente dicho procedimiento con el de protección de los derechos fundamentales, bien plantear únicamente el procedimiento especial ( STC 23/1984, de 20 de febrero). Ahora bien, en este último supuesto, el objeto del recurso se ciñe a la protección y tutela de los derechos fundamentales, quedando excluidas las cuestiones de legalidad ordinaria ajenas al derecho fundamental invocado. (vid. STSJ País Vasco (CA) núm. 635/2013 de 20 noviembre)

En materia de vulneración del derecho de igualdad y prohibición de discriminación se ha seguido el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, entre otros, en materia de igualdad en el acceso a la función pública (STSJ Catalunya núm. 399/2005 de 24 marzo)

Así, no es ocioso recordar (STC 73/94) que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado en el art. 23.2 CE no sólo integra el derecho de acceso en tales condiciones y sin otro canon que los principios de mérito y capacidad, sino **también el derecho al mantenimiento de la condición de funcionario** y, en consecuencia, **exige que las leyes que regulan el cese en la misma, sean generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios**, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquellas que tengan una justificación objetiva y razonable".

**Por tanto, el cese del personal funcionario interino que sea discriminatorio en las condiciones (falta de indemnización), por las razones ya expuestas y justificadas más arriba en IV.1.4, puede constituir una discriminación, que bien podría ventilarse con las ventajas que este procedimiento preferente y sumario comporta.**

#### ***VI.3.4.- Acumulación, tramitación preferente y suspensión***

En los supuestos de que existan numerosos ceses que afecten por igual a varios funcionarios o estatutarios, puede acudir a la vía del art 37 LJCA, que permite la acumulación de oficio o a instancia de parte.

Por otro lado Si ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte

Una vez firme, el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos y la notificará a los recurrentes afectados por la suspensión a fin de que en el plazo de cinco días puedan interesar la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111 , la continuación del procedimiento o bien desistir del recurso.

**Conforme al Art.111 LJCA** cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2 , una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el LAJ requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el



plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso.

Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley

### ***VI.3.5.- La extensión de sentencia***

En los supuestos en que existan una pluralidad de funcionarios interinos o de estatutarios eventuales pueden optar por la vía de la extensión de sentencia (art.110 LJCA) , siempre que se cumplan con los requisitos previstos en la ley rituraria contenciosa, que en resumen son:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.
- c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.

### ***VI.3.6.- La novedad de la Ley 39/15, de suspensión administrativa previa hasta que recaiga pronunciamiento judicial***

Cabe destacar como novedad de la Ley 39/15 de PAC (vid. preámbulo V Ley 39/15) la posibilidad de que cuando una Administración deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.

En este sentido, el Art. 120 Ley 39/15.

1. Cuando deban resolverse una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o bien contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.

2. El acuerdo de suspensión deberá ser notificado a los interesados, quienes podrán recurrirlo.

La interposición del correspondiente recurso por un interesado, no afectará a los restantes procedimientos de recurso que se encuentren suspendidos por traer causa del mismo acto administrativo.

3. Reaído el pronunciamiento judicial, será comunicado a los interesados y el órgano administrativo competente para resolver podrá dictar resolución sin necesidad de realizar ningún trámite adicional, salvo el de audiencia, cuando proceda.

Este precepto tiene innegable virtualidad en aquellos casos en que se impugnen una pluralidad de ceses; sea de personal funcionario, sea de personal estatutario.

## VIII.- ANEXO DOCTRINA DEL TJUE

- 1.- STJUE 14 septiembre 2016. Caso de Diego Porras. Asunto C-596/14.
- 2.- STJUE 14 septiembre 2016 Caso Martínez Andrés. Asuntos C-184/15 y C-197/2015
- 3.- STJUE 14 septiembre 2016. Caso Pérez López Asunto.C-16/15
- 4.- STJUE 9 julio 2015. Caso Regojo Dans. Asunto.C-177/14
- 5.- ATJUE 11 de diciembre de 2014, Caso León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/14
  
- 6.- STJUE de 26 febrero 2015 Caso Comisión/Luxemburgo. Asunto C-238/14
- 7.- STJUE 26 noviembre 2014. . Caso Mascolo. Asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13
- 8.- STJUE 3 julio 2014. Caso Fiamingo. Asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13
- 9.- STJUE 13 marzo 2014. Caso Márquez Samohano c. UPF. C-190/13
- 10.- STJUE 13 marzo 2014. Caso Nierodzik. Asunto C-38/13
- 11.- STJUE 12 diciembre 2013. Caso Carratù. Asunto C- 361/12
- 12.- STJUE 11 abril 2013. Caso Della Roca. Asunto C-290/12
- 13.- STJUE 18 octubre 2012. Caso Valenza. Asuntos acumulados C-302/11 a C-305/11
- 14.- STJUE 8 marzo 2012. Caso Martial Huet. Asunto C-251/11
- 15.- STJUE 26 enero 2012. Caso Küçük. Asunto C-586/10
- 16.- STJUE 8 septiembre 2011. Caso Rosado Santana. C-177/10
- 17.- STJCE 23 abril 2009. Caso Kiriaki Angelidaki. Asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07
- 18.- STJCE 15 abril 2008. Caso Impact. Asunto C-268/06
- 19.- STJCE 13 septiembre 2007. TJCE 2007/229. Caso Yolanda del Cerro Alonso contra Osakidetza-Servicio Vasco de Salud. Asunto C-307/05
- 20.- STJCE de 7 septiembre 2006. Caso Marrosu. Asunto C-53/04
- 21 STJCE 7 septiembre 2006. Caso Vasallo. Asunto C-180/04
- 22 .- STJCE 4 julio 2006. Caso Adeneler. Asunto C-212/04
- 23.- STJCE 22 noviembre 2005. Caso Mangold y Helm. Asunto C-144/04
- 24.- STJCE 4 octubre 2001, Jiménez Melgar, Asunto C-438/1999



# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## El procediment administratiu de la negociació col·lectiva de la administració local

Ivan Curto i Esteve





# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

|                                    |  |
|------------------------------------|--|
| <b>Fase promoció</b>               | 1 Denúncia de l'Acord/conveni i promoció de la negociació                                    |
|                                    | 2 Comunicació a l'autoritat laboral competent  |
| <b>Fase preliminar</b>             | 3 Treball intern preliminar del Govern Local   |
|                                    | 4 Convocatòria per contrastar l'organització del procés                                      |
|                                    | 5 Convocatòria formal als representants dels/les empleats/des legitimats per a la negociació |
|                                    | 6 Nomenament dels membres representants del Govern Local                                     |
|                                    | 7 Nomenament dels membres de la representació sindical                                       |
| <b>Fase negociació</b>             | 8 Constitució de la mesa general de negociació   |
|                                    | 9 Desenvolupament de la negociació   |
|                                    | 10 Tancament, redacció de text i signatura de l'acta final                                   |
| <b>Fase ratificació i validesa</b> | 11 Confecció expedient proposta aprovació acord/conveni                                      |
|                                    | 12 Aprovació Acord/Conveni per l'òrgan competent   |
|                                    | 13 Comunicació del nou text a l'autoritat competent  |
|                                    | 14 Dipòsit, registre i publicació  |
| <b>Fase aplicació</b>              | 15 Aplicació de l'Acord/Conveni  |



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### **1 Denúncia de l'Acord/conveni i promoció de la negociació**

Què: Es dona per finalitzada la vigència del text anterior i es promou alhora el procés negociador per establir un de nou.

Qui: Representació del Govern Local o representació dels/les empleats/des (Junta de personal o Comitè d'empresa o delegats/des de personal, o Seccions sindicals si suposen la majoria dels membres dels primers)

Com: La denúncia es formalitza de forma expressa, dins el termini de preavís establert en el propi text, amb un document que qualsevol de les parts legitimades comunica a l'altre. En aquest, cal fer constar:

- Legitimació de la part promotora
- Àmbits d'affectació
- Matèries objecte de negociació



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### **2 Comunicació a l'autoritat laboral competent**

**Què:** Es dona compte de la denúncia i promoció de la negociació a l'autoritat laboral a efectes de registre.

**Qui:** Aquella part que ha promogut la denúncia del text i l'inici de negociació, habitualment mitjançant els serveis administratiu de l'Ens Local.

**Com:** Tramesa d'un ofici adjuntant còpia de la denúncia de l'acord/conveni i de la promoció de la negociació als Serveis Territorials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies.





# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## 3 Treball intern preliminar del Govern Local

Què: Definir i planificar el procés de negociació:

- . Actors i rols: polítics, directius, comandaments, assessors, etc.
- . Definició de l'equip negociador
- . Objectius: Estratègics, específics i tàctics
- . Etc.

Qui: Aquells actors amb un rol principal en la negociació, tant actiu com passiu.

Com: Sessions de treball de l'equip negociador, recopilació de dades i anàlisi intern, grups de discussió, proveïment de estudis, indicadors, i eines comparatives, enquestes, etc.



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### 4 Convocatòria per contrastar l'organització del procés

Què: Convocar a tots els representants dels/les empleats/des legitimats per planificar i definir els aspectes organitzatius i logístics del procés negociador:

- " Estil de negociació: declaració de voluntats, principis i criteris marc d'actuació
- " Estructura de la mesa o meses de negociació
- " Membres
- " Rols (presidència, secretaria, moderador/a)
- " Actes i contingut
- " Programació de les sessions: data d'inici, període previst, freqüència, dia, horari, lloc
- " Matèries de negociació
- " Metodologies de treball: ordres del dia, prioritització de matèries, comissions de treball, propostes . contrapropostes, text base per a la redacció, etc.
- " Drets sindicals i altres aspectes logístics
- " Presència d'assessors/res
- " ...

Qui: Representació del Govern Local i representants dels/les empleats/des

Com: Reunió de treball preparatòria



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### **5 Convocatòria formal als representants dels/les empleats/des legitimats per a la negociació**

Què: Citar a tots els representants dels/les empleats/des legitimats per a la constitució i assistència a la Mesa General de Negociació

Qui: Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local

Com: Trametre notificació de la convocatòria per escrit amb comprovant de recepció



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### **6 Nomenament dels membres representants del Govern Local**

Què: Determinació dels membres que representaran el Govern Local en la negociació i citar-los per a la constitució de la Mesa General de Negociació

Cal tenir present que poden actuar com agents legitimats del Govern Local:

- . Representants de l'Administració corresponent
- . Associacions de municipis (FMC i ACM)
- . Entitats Locals d'àmbit supramunicipal (Diputacions)

Qui: L'Aldia o Regidoria delegada, si és el cas

Com: Decret d'aldia i notificació a les persones interessades



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### **7 Nomenament dels membres de la representació sindical**

Què: Determinació dels membres que representaran els/les empleats/des en la mesa de negociació

Qui: Junta de Personal, Comitè d'Empresa, Seccions Sindicals

Com: Acord dels corresponents òrgans interns, segons els seus estatuts, en funció de la legitimitat i la representativitat de cadascú



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### **8 Constitució de la mesa general de negociació**

**Que:** Constituir la Mesa General de Negociació, determinant els membres titulars i suplents que la composaran per negociar les condicions de treball dels/les empleats mitjançant la negociació col·lectiva

També es podran incloure aquells elements concrets que s'acordin, treballats en la fase 4.

**Qui:** Representants del Govern Local i representants dels/les empleats/des

**Com:** Acta de constitució de la Mesa General de Negociació amb el nomenament dels membres de cada part i els corresponents suplents.





# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## 9 Desenvolupament de la negociació

Què: Desenvolupament de la negociació sota els principis de legalitat, cobertura pressupostària, obligatorietat, bona fe negocial, publicitat i transparència, amb l'objectiu de acordar un nou marc de condicions.

Qui: Mesa General de Negociació

Com: Mitjançant sessions de negociació que es conclouen amb actes escrites que descriuen com a mínim els acords parcials que es van assolint.

Les actes de les sessions es firmaran com a mínim per un representant de cadascuna de les parts i pel Secretari/ària de la Mesa.



# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## 10 Tancament, redacció del text i signatura de l'acta final

Què: Assolir un acord final i una nova redacció definitiva del text de l'acord/conveni

Qui: Mesa General de Negociació

Com: Mitjançant l'acta que recull l'assoliment d'un acord final que aglutina els acords parcials escrits fins al moment en una nova redacció del text de l'acord/conveni. A l'acta s'adjuntarà el text íntegre de la nova redacció de l'acord/conveni, signat en cadascuna de les pàgines.



# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## 11 **Confecció expedient proposta aprovació Acord/Conveni**

Què: Preparar la tramitació dels acords de negociació per a disposar-lo a l'aprovació de l'òrgan competent

Qui: Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local

Com: Elaboració de l'expedient a partir de l'acta final i el text acordat per la mesa de negociació. Caldrà incorporar informe tècnic del Servei de RRHH o servei competent, informe de la Secretaria i informe de la Intervenció.



# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## **12 Aprovació Acord/Conveni per l'òrgan competent**

Què: Aprovar l'acord/conveni de forma expressa i formal per atribuir-li validesa i eficàcia.

Qui: Ple de la Corporació

Com: Debat i aprovació de la proposta de l'acord/conveni, generant el corresponent certificat per a les tramitacions posteriors.



# Seminari d'actualització de funció pública local

## SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

### **13 Comunicació del nou text a l'autoritat competent**

**Què:** Es dona compte de l'aprovació del nou text a l'autoritat laboral a efectes de dipòsit, registre i publicació.

**Qui:** Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local

**Com:** Tramesa d'un ofici adjuntant còpia del certificat d'aprovació al Ple de la Corporació i el text aprovat de l'acord/conveni als Serveis Territorials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies.



# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## 14 Dipòsit, registre i publicació

Què: Dipòsit, registre i publicació de l'Acord/Conveni

Qui: Serveis Territorials del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies

Com: Els Serveis Territorials realitzen l'oportú control de legalitat, i un cop superat formalitzaran el dipòsit, registre i publicació al BOP del text íntegre de l'Acord/Conveni.

Si l'àmbit d'aplicació és superior a la província, la competència recau en la Direcció General de Relacions Laborals i Qualitat en el Treball, i la publicació es realitza al DOGC.





# Seminari d'actualització de funció pública local

SECCIÓ DE PRÀCTICA JURÍDICA

## 15 Aplicació acord/conveni

Què: Implementació de les condicions de treball establertes en l'Acord/Conveni

Qui: Govern Local mitjançant els serveis administratius de l'Ens Local i Comissió Paritària

Com: Es fan efectives les condicions de treball de forma directa (nòmina, expedients administratius de reconeixement de drets o obligacions, etc.) o desenvolupant aquells aspectes que requereixin elaboració posterior (reglaments, plans, eines, etc.)

