Seminari d'actualització de Funció Pública Local

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

2018
Barcelona

creative commons

Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:

copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:

Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).

No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.

Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

· Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
· Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
· No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

Edita
Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a.
08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació
www.lacuinagràfica.com

Sumari

1a sessió
20/03/18

2a sessió
24/04/18

Ponències

1a sessió

20/03/18

Seminari d'actualització de funció pública local.
Novetats destacades en matèria de protecció de dades i de permisos i llicències dels empleats públics.

La figura del delegat de protecció de dades des de la perspectiva de RRHH.
Rafael Jiménez Asensio, consultor sector públic i catedràtic de la Universitat Pompeu Fabra.

El règim de permisos i llicències arran dels darrers pronunciaments del TSJC.
Carolina Gala Durán, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Secció de Pràctica Jurídica
Els plans d'igualtat a l'administració local.
Flavia Tello Sánchez, directora del Gabinet Tècnic i Responsable de la Unitat de Gènere de la Unió Iberoamericana de Municipalistes.

En aquesta primera sessió del Seminari s'abordarà un aspecte que tindrà una enorme transcendència a partir del 25 de maig del 2018: la nova figura obligatòria per a totes les AAPP del delegat de protecció de dades (DPD) i les conseqüències de la seva inexistència o no i del seu ajustament als requeriments i funcions previstes per a aquest nou lloc. Amb l'aplicació efectiva del Reglament europeu sobre protecció de dades i amb la prevista promulgació de la nova Llei orgànica de protecció de dades de caràcter personal (en tramitació parlamentària), per adaptar la normativa espanyola al marc establert per la UE, sorgeix una novetat que pren protagonisme des de la perspectiva d'organització i gestió de RRHH, com és la de quin és l'estatut i la posició organitzativa d'aquesta nova figura dins de l'estructura de cada corporació local i quin ha de ser el seu règim jurídic aplicable i la forma de provisió d'aquest lloc d'existència obligatòria. Les decisions que cal emprendre de caire organitzatiu de forma immediata (posició orgànica, requisits per al desenvolupament d'aquest lloc,...) i la necessitat de clarificar el seu sistema de provisió seran algunes de les qüestions que s'abordaran al fil d'aquesta qüestió.

A continuació s'analitzarà un aspecte absolutament present en la pràctica quotidiana de la gestió de RRHH, com és el relatiu al règim de permisos i llicències aplicable al personal funcionari i laboral del sector públic local, a partir dels darrers pronunciaments judicials dictats pel TSJ a Catalunya els darrers mesos en relació a la interpretació de la vigència o no de la Llei catalana de conciliació de la vida laboral i familiar a la llum de la modificació de l'article 48 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic produïda pel RDL 20/2012. L'impacte que pot suposar el fet que la legislació bàsica estatal hagi desplaçat la legislació autonòmica anterior té enorme transcendència sobre els permisos i llicències que es venen reconeixent amb caràcter ordinari, tant al personal funcionari com al personal laboral i comporten la necessària adaptació i límits també en matèria de negociació col•lectiva i en els instruments fruits d'aquest procés que se subscriguin o que es trobin vigents actualment.

M. Carme Noguer
Directora del seminari i cap de Recursos Humans de l'Ajuntament de Manlleu

DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Rafael Jiménez Asensio
www.rafaeljimenezasensio.com
www.estudiosectorpublico.com

REGLAMENTO PROTECCIÓN DE DATOS/LOPD

Fecha 25 de mayo de 2018 Aplicabilidad "plena" del RGPD.

La reforma de la LOPD. Más lenta. Importancia: funciones DOP, autoridades de control y sanciones.

LOPD, espacio de configuración reducido, pero hay unos 50 reenvíos en el RGPD al Derecho interno de los Estados miembros,

Operador: Binomio aplicativo "paralelo": RGPD-LOPD

REGLAMENTO PROTECCIÓN DE DATOS 2

RGPD: Cambio de paradigma.

Modelo de potestades "reactivas" a otro basado en "enfoque de riiesgo“

Hacer frente a la aceleración tecnológica y el uso masivo de datos

Responsabilidad proactiva

Política de "compliance". Foco en la anticipación y prevención

REGLAMENTO PROTECCIÓN DE DATOS 3

Cambio de instrumento normativo

Regulación por la Directiva 1995 al RGPD
Razones fracaso de la Directiva. Aplicación diversa.

Retos cada vez más intensos con los datos.
Revolución tecnológica y globalización

Base jurídica: artículo 16 TFUE. Artículo 8 CDFUE.

DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS

RGPD: marco general figura DPD: Directrices

Característica relevante: Figura obligatoria en todas las AAPP

Nuevo modelo "preventivo". Piezas:

- Evaluación de riesgos
- Delegado de Protección de Datos
- Códigos de Conducta
- Mecanismos de Certificación
- Redefinición del papel de las Autoridades de control

DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS 2

Cambio de cultura en la gestión de datos. Difícil tránsito de cultura reactiva a preventiva.

DPD debe coadyuvar con el ejercicio de sus funciones al cambio de cultura.

El complejo deslinde de la expresión "autoridad y organismo público“. Derecho interno.

El PLOPD contiene una *mala regulación* (art. 34 y 77). Genera confusión

DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS 3

DPD: Ideas fuerza Considerando 97 RGPD

- Colaborador necesario
- Conocimientos especializados en Derecho y Protección de Datos
- Ejerce sus funciones con "independencia“
- "Designado" por el responsable de tratamiento: empleado público o externo.

ESTATUTO JURÍDICO Y “POSICIÓN” DPD

¿Cuantos DPD debe haber? Al menos uno, o más en función del tamaño y estructura

Órgano unipersonal. No es adecuado que sea órgano colegiado.

Accesibilidad "llama" personalización.

Cabe DPD a "tiempo parcial". Problema: conflictos de interés.

Funcionario o unidad con la cualidad de "independiente"

ESTATUTO JURÍDICO Y "POSICIÓN" DPD 2

Externalización de la figura. Algunas dificultades.

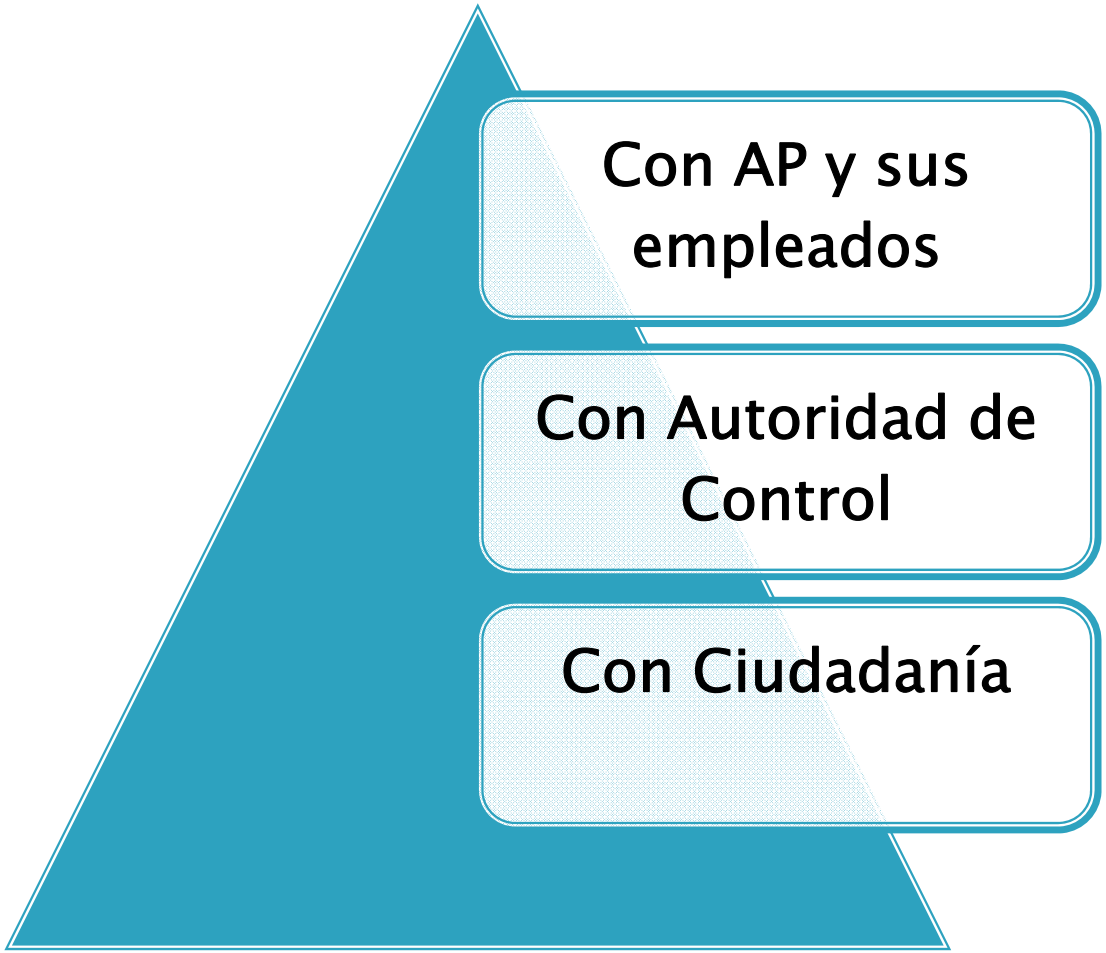
Definir el objeto de la contratación de forma precisa dado su contenido funcional y estatuto singular.

¿Ejerce DPD funciones de autoridad o potestades públicas?

Contratación con persona física o persona jurídica. Diferencias.

- La prevención de los conflictos de interés.
- Designar una persona como "punto de contacto". Clave.

POSICIÓN/RELACIÓN "TRIANGULAR" DPD



ESTATUTO JURÍDICO Y "POSICIÓN" DPD 3

"Cualidades profesionales y conocimientos especializados":

- Qué ámbito profesional es el más idóneo para el desarrollo de esas funciones
- No hay reserva profesional. Pero el PLOPD le da un sesgo jurídico acusado: resolver reclamaciones
- Las *Directrices* añaden también integridad y ética.

Cómo suplir las dificultades de implantación de esta figura en entidades locales pequeñas. El papel de las Diputaciones. Otras opciones

ESTATUTO JURÍDICO Y "POSICIÓN" DPD 4

- Independencia: no recibe instrucción alguna. No tiene dependencia jerárquica.
- Participación temprana en los procesos de tratamiento de datos.
- Presencia en los órganos que adaptan decisiones (externos)
- Proveer de los recursos necesarios
- Facilitarle formación para el mantenimiento de sus conocimientos

ESTATUTO JURÍDICO Y “POSICIÓN” DPD 5

- "Tiempo suficiente" para el ejercicio de sus funciones
- A mayor complejidad del tratamiento más recursos
- Rendición de cuentas al máximo nivel (externos)
- Blindaje frente a sanciones (PLOPD) y remociones
- Mantener secreto y confidencialidad

FUNCIONES DPD

RGPD fija funciones mínimas. Derivan de su relación "triangular"

Atención especial a los riesgos en las operaciones de tratamiento

Las funciones esenciales son:

- Asesorar responsable y encargado de tratamiento
- Supervisar cumplimiento RGPD
- Cooperar con la autoridad de control
- Actuar como punto de contacto
- Resolver reclamaciones previas Protección de Datos y por remisión de la autoridad de control (PLOPD)

UBICACIÓN ORGÁNICA DPD

- Cómo encuadrarlo en la estructura?
- Descartar su encuadre como alto cargo. Razones.
- Unidad situada en alcaldía o en la presidencia. Motivos.
- Cubierta preferentemente por funcionario A1. No necesariamente jurista.
- Incardinada en el modelo de Seguridad informática.

ASPECTOS RRHH

Crear un puesto de trabajo "ad hoc" o acumular las funciones a otro existente.

Incorporar a plantilla presupuestaria y a la RPT, en su caso

¿Cómo cubrir ese puesto de trabajo?

- Selección "ex novo" desaconsejable. Razones,
- Cubrirlo con funcionarios interinos, desaconsejable también.
- ¿Se puede designar personal laboral?

ASPECTOS RRHH

La tensión entre discrecionalidad y profesionalidad

Provisión puesto DPD. Modalidades

- Libre designación. Desaconsejada, no se ajusta RGPD.
- Concurso de méritos, no mide competencia profesional efectiva
- Concurso específico, puede ser el más idóneo
- ¿Cabe la comisión de servicios y otras formas de provisión?

ASPECTOS RRHH

La segunda tensión: temporalidad versus permanencia

Decisión compleja en un primer momento, aunque RGPD parece dar carácter estructural a la figura, ello no impediría rotación.

Dificultades, marco jurídico rígido.

Se podría explorar la figura de la DPP como alternativa. Problemas.

ÁRBOL DE DECISIONES DPD-AAPP

1.- Internalizar o externalizar la figura. Valorar “pros” y “contras”

2.- Uno o varios DPD

3.- Cómo y dónde encuadrarla en la estructura organizativa. No dependencia.

4.- Dotarla de medios: ¿estructura personal?

5.- A tiempo completo o parcial

6.- ¿Qué régimen jurídico aplicamos?

7.- ¿Qué sistema de provisión?

8.- ¿Cómo salvaguardar su independencia?

FINAL

Figura singular y de complejo encaje. Prueba ensayo/error

Irá creciendo en protagonismo conforme avance la revolución tecnológica

Banco de pruebas para explorar la incorporación de nuevos perfiles

La exigencia de inscripción se difiere a la aprobación de la LOPD. Se gana tiempo.

Factor tiempo: Nos hemos despertado muy tarde y sin las herramientas necesarias

EL *DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS*: PERFIL Y ENCUADRE EN LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS (ESPECIAL TRATAMIENTO DE SU IMPLANTACIÓN EN LAS ENTIDADES LOCALES)

Rafael Jiménez Asensio,
Consultor de Instituciones Públicas y Catedrático (acreditado) de Universidad
Donostia-San Sebastián/Barcelona
https://rafaeljimenezasensio.com/
https://estudiosectorpublico.com/

"Los datos son el eje de todo y supondrán un desafío para nuestras instituciones e incluso para nuestro sentido de la identidad" (p. 233)

"No existen métodos infalibles que nos preparen plenamente para el mundo de los datos masivos; tendremos que establecer principios nuevos para nuestro autogobierno. Tenemos que proteger la privacidad desplazando la responsabilidad de los individuos hacia los usuarios de datos: es decir, que rindan cuentas por su uso. La sociedad debe diseñar salvaguardias para permitir el surgimiento de una nueva clase profesional de 'algoritmistas' que evalúen la analítica de datos masivos" (p. 236)

(Mayer-Schönberger, K. Cukier, Big Data. La revolución de los datos masivos. Turner, 2013)

Introducción

Faltan poco más de dos meses (el 25 de mayo de 2018) para la plena aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril (en lo sucesivo RGPD), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Mientras tanto, en paralelo, la tramitación en el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (BOCG; Congreso de los Diputados, de 24 de noviembre, núm. 13-1; PLOPD, en lo sucesivo), que adapta (o, al menos, eso pretende) la Ley Orgánica anterior (15/1999, de 13 de diciembre) al nuevo marco normativo establecido en la Unión Europea, sigue su curso. Aunque todo apunta que no podrá estar aprobada esta Ley antes del 25 de mayo del presente año, pues cuando esto se escribe no han sido aceptadas las enmiendas a la totalidad en el debate al efecto que se ha realizado en el Congreso de los Diputados y aún se está en el trámite de presentación de enmiendas (con ampliación reiterada del plazo para presentar las mismas)[1], quedando pendiente su tramitación y aprobación en esta Cámara y la subsiguiente intervención del Senado (y, en su caso, el retorno otra vez a la Cámara baja). Poco tiempo para que vea la luz antes de la fecha indicada. Por tanto, el presente trabajo se centrará en la regulación del RGPD y hará alguna mención circunstancial al PLOPD, con la advertencia que la redacción final de la Ley que aprueben las Cortes Generales puede variar notablemente algunas partes de su contenido.

La importancia del RGPD no puede ser puesta en cuestión. Aunque posteriormente pondré de relieve cuáles son algunos de sus precedentes, cabe subrayar ahora que la revolución tecnológica, en la que ya se encuentra inmerso el mundo actual, se caracteriza por la trascendencia que tienen los *datos*, también –aunque no solo- en la propia economía. Se ha dicho, por ejemplo, que los datos son el petróleo de la economía digital, pero eso no es completamente cierto, pues –tal como afirma Franklin Foer, "los datos son infinitamente renovables, no son finitos como el petróleo"[2]. La amenaza a la identidad por el (mal) uso de los datos es obvia, por tanto. Para entender esa amenaza se pueden traer a colación muchas reflexiones, cada

[1] Véase: *Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados,* núm. 104, 15-02-2018, pp. 28 y ss.
[2] F. Foer, *Un mundo sin ideas. Las amenazas de las grandes empresas a nuestra identidad*, Paidós, 2017.

día más abundantes dentro del género de ensayo, pero sin entrar en una larga lista de citas sí que puede ser oportuno en estos momentos recordar lo que dijo en su día uno de los principales asesores de una de las grandes empresas que ejercen el monopolio o cuasi monopolio de Internet. Eric Schmidt, reconocía con toda su crudeza lo siguiente: "Sabemos dónde estás. Sabemos dónde has estado. Podemos saber más o menos lo que estás pensando". El riesgo, por tanto, para la intimidad de las personas que representa esa acumulación de datos y ese cruce casi infinito de los mismos está meridianamente claro. Timothy Garton Ash, en un interesante libro, también nos lo ha recordado recientemente: "Ahora todos somos palomas como transmisor". Y tambien nos recuerda unas palabras del experto en seguridad, Bruce Schneider, que se jactaba de que "la vigilancia es el modelo de negocio de Internet", y concluía del siguiente modo: ""Nosotros construimos sistemas que espían a las personas a cambio de servicios"[3]. Por tanto, queda meridianamente claro que el desafío real y tangible a la privacidad es ya un hecho, que se irá acrecentado con el paso del tiempo. Y las respuestas ante esta amenaza son complejas, pero cualquier solución al problema –como ha recordado recientemente el filósofo Luc Ferry en su última y recomendable obra[4]- pasa inevitablemente por la *regulación*. No hay otra vía. Por eso es de gran trascendencia el alcance que tiene la aprobación del RGPD, que representa un cambio cualitativo en el modo y manera de regular este ámbito de la protección de datos de carácter personal por las instituciones de la Unión Europea, como se verá de inmediato.

No cabe duda, como se ha reiterado hasta la saciedad, que el RGPD supone un auténtico cambio de paradigma en la configuración normativa del problema. Las causas de esta regulación se analizan después, pero están indisolublemente unidas, tal como decía, al desarrollo de la revolución tecnológica, pero también a esa revolución social que ha implicado el desarrollo de Internet y en especial de las redes sociales, aparte de la omnipresencia del buscador de Google, como se ha denominado. Todo ello ha conducido a que "las personas hayan cambiado radicalmente sus hábitos pasando de ser muy celosas de sus datos en los 90 hasta el escenario actual en el que se facilitan abiertamente". Pero el cambio real de paradigma se advierte, tal como se dirá, en una suerte de "responsabilidad proactiva", que representa –como se ha dicho- "nuestra mayoría de edad en lo relativo a la protección de datos personales", puesto que "el nuevo Reglamento deja en nuestras manos el decidir qué medidas implantamos, pero, eso sí, debiendo justificar nuestra elección y, ante todo, acreditar documentalmente su cumplimiento"[5]. El giro en el modelo es, ciertamente, radical; pues se asienta, tal como se verá, en una serie de herramientas de control interno que se ven reforzadas y de las que la figura del Delegado de Protección de Datos es una de las piezas clave, pues por parte de los responsables y encargos del tratamiento hay una obligación de adaptar una política de *privacy by design* y de *privacy by default* cada vez que se vayan a tratar datos personales. Una figura que encontraba alguna referencia incidental en el considerando 49 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, así como en alguna otra práctica tanto de las instituciones europas como de algunos de los Estados miembros, pero aún así su encaje en el modelo final resultante puede considerarse como una de las más importantes novedades de la regulación actual.

En efecto, en relación con ese nuevo marco normativo hay una opinión común a la hora de resaltar que una de las novedades más relevantes que se incorporaron a ese RGPD fue sin duda la obligación de que las autoridades u organismos públicos "designen" un *delegado de protección de datos* (DPD, en lo sucesivo; o también denominado por sus siglas en inglés, DPO: *Date Protector Officer*). En efecto, ese cambio de paradigma que se intenta impulsar con el RGPD, y al que también haré referencia en páginas posteriores, no puede realizarse plenamente sin un papel activo y determinante de esta nueva figura que es el DPD, que debe velar por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos entre otras muchas funciones. La política de *compliance* pide paso también en lo que a protección de datos respecta.

En este trabajo interesa particularmente poner el foco de atención en aquellas cuestiones que afectan al perfil de la figura y a su correcto encuadre en las organizaciones públicas, en especial –dado el foro en el que este trabajo se presenta- a los problemas que se pueden plantear en lo que afecta a su aplicación en las entidades locales. La figura, en cualquier caso, trasciende con mucho los contornos del sector público, para adentrarse con fuerza en el ámbito privado, particularmente empresarial, pero este enfoque no puede ser objeto de análisis en estos momentos. Nos ocupa, por tanto, el impacto de la figura en el sector público. A tal efecto, centraré la atención de modo prioritario en los siguientes puntos:

---

[3] Y Schneider, como nos recuerda Timothy Garton Ash, "nos compara con arrendatarios agrícolas en las grandes fincas de Google o Facebook. La renta que pagamos –concluye- son nuestros datos personales" (*Libertad de palabra. Diez principios para un mundo interconectado*, Tusquets, 2017, pp. 387-388).

[4] L. Ferry, *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la Uberización del mundo van a transformar nuestras vidas,* Alianza Editorial, 2017.

[5] J. L. Rivas López y V. Salgado Seguín, "Hacia la seguridad de los datos después del Reglamento Europeo". Se puede consultar en abierto en Internet.

1) El estatuto de esa figura (lo que el RGPD y el PLOPD califican como "posición").

2) Las funciones del DPD, tal como aparecen recogidas en el binomio RGPD-PLOPD.

3) La proyección orgánica que debe tener ese DPD en la estructura administrativa y qué problemas se plantean al respecto.

4) El sistema de provisión y algunos detalles del régimen jurídico aplicable al DPD en las Administraciones Públicas.

Y, por último,

5) Algunas referencias incidentales, que se recogen a lo largo del texto a las líneas básicas del régimen sancionador aplicable a los responsables y encargados de las Administraciones Públicas y de los organismos y entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de aquellas o en su caso adscritas (Consorcios), así como las que sean aplicable, con carácter general, a los responsables o encargados de las sociedades mercantiles de capital público.

En cualquier caso, lo que sigue no pasa de ser un primer estudio de un problema no exento de notable complejidad y plagado aún (dada su novedad y la impronta singular de la normativa en la que se encuadra) de innumerables incógnitas o dudas aplicativas. A algunas de estas dudas se les intentará dar una respuesta razonable en estas páginas, otras permanecerán abiertas y, en fin, ciertas interpretaciones que aquí de defienden deberán ser contrastadas por su aplicación futura. También veremos hasta qué punto la futura LOPD viene en nuestra ayuda y solventa o no ciertas cuestiones hoy en día abiertas. Por tanto, quedan aún muchas preguntas por responder. Y no pretendo, obviamente, dar solución a todas, sino abrir un camino de reflexión y debate sobre tan importante tema.

No obstante, con carácter previo, conviene llevar a cabo algunas reflexiones de naturaleza introductoria que nos enmarquen con carácter general el problema y, asimismo, nos sitúen en cuáles son las claves generales de por qué se ha aprobado por la Unión Europea esta normativa específica a través de una fuente del Derecho tan reforzada como es la de un Reglamento General de la Unión Europea (al ser obligatorio en todos sus elementos, tener aplicabilidad general y uniforme en todos los países y para todos los ciudadanos y entidades de la UE).

Enmarcando el problema

Resulta oportuno enmarcar, en primer lugar, la figura del DPD en los objetivos generales de la regulación europea. No es adjetivo que el legislador europeo haya optado esta vez por regular esta materia por Reglamento y no por Directiva, como lo fuera antaño (se deroga, así, la Directiva 95/46/CE). Sin entrar en otras consideraciones, el Reglamento UE deja clara la necesidad de "garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas", expone que el "tratamiento de dichos datos debe ser equivalente en todos los Estados miembros" y se pretende que la aplicación de las normas en esta materia "sea coherente y homogénea" (Considerando 10).

No es baladí, por tanto, que se haya dado un giro copernicano en el uso del instrumento normativo regulador de la Unión Europea: de una regulación establecida a través de una Directiva en 1995 (Directiva 95/46/CE) se ha pasado a otra, veintiún años después, formalizada por medio de un Reglamento de la Unión Europea (Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016). En esas dos décadas el mundo de las tecnologías de la información y, por ende, la protección de datos, ha sido objeto de transformaciones espectaculares, por lo que las viejas respuestas frente a un problema que crecía exponencialmente conforme se desarrollaba el mundo tecnológico e Internet, ya no servían.

Esa acelerada transformación tecnológica, unida al fenómeno de la globalización y del aumento de flujos transfronterizos de datos personales, son las causas que desde hace años condujeron a las instituciones europeas a un replanteamiento frontal del problema de la protección de datos que comienza, así, a cuestionar gradualmente los postulados en los que se asentaba la propia Directiva 95/46/CE. El punto de arranque de ese proceso (aunque hay precedentes) puede situarse en el documento de la Comisión de 4 de noviembre de 2010, titulado *Un enfoque global de la protección de datos personales en la Unión Europea*[6]. No es momento para llevar a cabo un análisis del citado documento, pero no cabe duda que en su

[6] Ver, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *"Un enfoque global de la protección de datos personales en la Unión Europea"*, Bruselas, 4.11.2010 COM(2010) 609 final.

contenido se advertían ya algunas de las líneas-fuerza de las que se dotará el RGPD de 2016. Allí, por ejemplo, se parte de un claro diagnóstico del problema de la protección de datos, que se sintetiza en los siguientes pasajes. A saber.

Por un lado, se pone de relieve que "la rapidez de la evolución tecnológica y la globalización han modificado profundamente nuestro medio y han lanzado nuevos retos en materia de protección de los datos personales (…) Paralelamente, los métodos de recogida de los datos personales son cada vez más complicados y se detectan con más dificultad".

Partiendo de ese diagnóstico, el documento establece una serie de "retos específicos" a los que la Unión Europea debe hacer frente:

- Abordar el impacto de las nuevas tecnologías.
- Reforzar la dimensión del mercado interno de protección de datos.
- Hacer frente a la globalización y mejorar las transferencias internacionales de datos.
- Consolidar las disposiciones institucionales para la aplicación efectiva de las normas de protección de datos.
- Mejorar la coherencia del marco jurídico que regula la protección de datos.

Y, de acuerdo con este diagnóstico, la conclusión que se extrae es obvia: "Los retos previamente mencionados requieren que la UE elabore un enfoque global y coherente, que garantice el pleno respeto del derecho fundamental a la protección de los datos personales, tanto en la UE como fuera de ésta. El Tratado de Lisboa dotó a la Unión de medios suplementarios para afrontar estos retos: la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE - cuyo artículo 8 reconoce un derecho autónomo a la protección de los datos personales – se configuró a partir del TFUE como un texto jurídicamente vinculante, y se ha creado una nueva base jurídica (artículo 16), que permite la elaboración de una normativa de la Unión global y coherente en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos.". Y, a partir de tales reflexiones, el documento establecía una serie de líneas-fuerza de actuación que, con distinta intensidad y alcance se irán concretando en la normativa que finalmente apruebe la Unión Europea en 2016[7].

La Directiva de 1995 fracasó en su empeño de aproximar las regulaciones de los Estados miembros o quizás se vio desbordada por el acelerado proceso de transformación y uso masivo de los datos personales. Y como reconoció en su momento el dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal[8], "la necesidad de reducir esas divergencias normativas llevó, por tanto, a la propuesta de aprobación de un Reglamento, norma obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros (artículo 288 TFUE)". Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor (y, sobre todo, desde la fecha de su plena aplicabilidad: 25 de mayo de 2018), el Reglamento (UE) 2016/679 es norma directamente aplicable en todos los países miembros sin que sea necesaria o imprescindible, en principio, ninguna norma de trasposición para que sean plenamente efectivos sus mandatos. La paradoja, de la que se hace eco el propio dictamen del Consejo de Estado, es que "un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española va a ser directamente y principalmente regulado en una norma europea", con lo que comporta de traslado igualmente del canón de constitucionalidad, que a partir de ahora se regirá, por consiguiente, sin

---

[7] Entre esas líneas de actuación que entonces ya se identificaban se podían citar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- Proteger los derechos fundamentales de las personas físicas y en particular su derecho a la protección de datos personales, de acuerdo con la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la UE.
- Garantizar una aplicación coherente de las normas de protección de datos, habida cuenta de las repercusiones de las nuevas tecnologías sobre los derechos y libertades de las personas.
- Aumentar la transparencia para los interesados.
- Reforzar el control sobre los propios datos (minimización de datos, derecho de acceso, derecho a ser olvidado, portabilidad, etc.).
- Clarificar y reforzar las normas en materia de consentimiento.
- Proteger los datos sensibles.
- Reforzar las vías de recurso y sanciones.
- Reforzar, asimismo, la responsabilidad de los responsables de tratamiento (*accountability*, análisis de impacto, etc.).
- Fomentar incentivos de autorregulación e implantar sistemas de certificación
- Reforzar el marco institucional para una mejor aplicación de las normas de protección de datos.

[8] Dictamen del Consejo de estado de 26 de octubre de 2017, Referencia: 757/2017; asunto: Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal.

perjuicio de lo que prevé el artículo 18 CE, por lo establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por la interpretación que al respecto realice el Tribunal de Justicia del citado RGPD[9].

Sin perjuicio de esa evidente aplicabilidad directa del RGPD, lo que no cabía duda alguna es que la legislación española hasta entonces vigente en la materia (la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, además de toda su normativa de desarrollo) debía adaptarse a lo establecido en el citado Reglamento, pues buena parte de sus previsiones se habían visto plenamente afectadas por la novedosa regulación de la norma europea. En efecto, el hecho de que la Unión Europea hubiese optado por un instrumento normativo de aplicabilidad directa, como es el Reglamento, ello no era óbice para que los Estados miembros debieran complementar o aclarar esa normativa europea a través de instrumentos normativos de su propio ordenamiento jurídico. No en vano, el propio Reglamento (UE) 2016/679 llama en más de cincuenta casos a que lo allí establecido se complemente (o se pueda complementar) por normas de Derecho interno, cuyo rango y procedencia dependerá del sistema constitucional de cada Estado miembro (principio de autonomía institucional en el desarrollo y aplicación del Derecho de la Unión Europea).

En cualquier caso, sin adentranos tampoco en este tema, sí que conviene resaltar que el RGPD ha achicado el espacio regulador del legislador estatal, particularmente en este caso por lo que afecta a la reserva material propia del legislador orgánico, produciéndose una enorme paradoja: la Ley Orgánica de Protección de Datos que finalmente se apruebe para adaptarla a lo establecido en la norma de Derecho Europeo, tal como ya se dibuja en el Proyecto de Ley que se está tramitando en estos momentos en el Congreso[10], es una disposición normativa con rango de Ley y con el calificativo de orgánica, pero en verdad en muchos de sus pasajes es una norma de mera "remisión" a lo ya establecido en el propio RGPD, que es finalmente la norma cabecera o principal que regula el alcance y contenido real del derecho fundamental de protección de datos personales, cumpliendo el legislador orgánico una función vicarial y hasta cierto punto de complemento de régimen jurídico o, incluso, de "desarrollo reglamentario" en algunos de sus pasajes, lo que ciertamente devalúa el carácter orgánico de esa regulación, que solo se sostiene por conexión o consecuencia con lo establecido en el artículo 18.4 CE y por la reserva de ley orgánica que "el desarrollo directo" de ese derecho conlleva, aunque en verdad ese desarrollo ha sido regulado primariamente por la norma del Derecho de la Unión Europea, que "seca" o "agota" buena parte de la configuración normativa del derecho fundamental.

Por consiguiente, el operador jurídico español tendrá que actuar en el campo de la protección de datos personales con un binomio normativo de cabecera formado, en primer lugar, por el Reglamento 2016/679 UE y por la futura Ley Orgánica de Protección de Datos, pero teniendo primacía aplicativa el primer elemento normativo de ese binomio en caso de contradicción o antinomia. Y ello se advierte, tal como decíamos, en que la futura Ley Orgánica preverá innumerables reenvíos normativos que requerirán una interpretación integrada (y, en algunos casos, no exenta de complejidad), por mucho que el propio RGPD reconozca que en algunos casos "por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios, puedan incorporar a su derecho nacional elementos del presente Reglamento" (Considerando 8). La técnica normativa se entremezcla aquí con la seguridad jurídica y con la calidad regulatoria, ofreciendo un claro ejemplo de regulación primaria de una materia como es la protección de datos a partir de un binomio normativo de procedencia diferenciada en cuanto a los sistema de origen: el Reglamento General de Protección de Datos (Derecho de la Unión Europea), que es la norma principal; y la Ley Orgánica de Protección de Datos (Derecho interno), que resulta la norma complementaria aplicable a nuestro sistema normativo, que desarrolla un derecho fundamental recogido en la Constitución, *pero de acuerdo con los parámetros y contenidos establecidos previamente por el Reglamento Europeo.* Un ejemplo vivo también de la *integración de ordenamientos* o, si se prefiere, de la imposibilidad material de diseccionar tales sistemas normativos que, al fin y a la postre, se integran en uno solo.

Como señalara en su día el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales elaborado para su adaptación al nuevo marco normativo europeo[11], el Reglamento General de Protección de Datos se adopta con dos claros objetivos:

1) "Por una parte, superar la fragmentación existente en la aplicación de las normas de trasposición de la Directiva 95/46/CE, que ha dado lugar, en la práctica, a la existencia de tantos regímenes de protección de datos como Estados Miembros".

---

[9] STJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11.

[10] Ver: Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, 24 de noviembre de 2017, núm. 13-1.

[11] Agencia Española de Protección de Datos, Gabinete Jurídico, *Informe: 0194/2017, sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_preceptivos/Administracion_estado/Leyes/index-ides-idphp.php.

2) Y, por otro, el segundo objetivo "consiste en adaptar las normas de protección de datos a la rápida evolución tecnológica y a los fenómenos derivados del desarrollo exponencial de la sociedad de la información y la globalización que la misma conlleva en el tratamiento de los datos de carácter personal"; dado que, como hemos visto, "fenómenos que en 1995 eran incipientes o ni siquiera se planteaban ahora son generalmente reconocidos y forman parte del comportamiento diario de todos los operadores involucrados en la normativa de protección de datos".

Todo ello, por tanto, hay que ponerlo en conexión con la finalidad última de la norma de que las personas físicas tengan un control de sus propios datos, así como con la necesidad de "reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas", lo que se manifiesta en un refuerzo también evidente de dos pilares tradicionales en la protección de datos personales: el consentimiento (que siempre habrá de ser expreso) y la información (con una regulación nueva y exigente). Y por una razón de contexto muy obvia, que se expresa con carácter diáfano en el considerando 6 del Reglamento:

"La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales."

En efecto, una sociedad globalizada e interconectada de forma intensiva y extensiva abre unos escenarios nuevos a la protección de datos de las personas físicas, dejando añejas determinadas formas de regular esa materia y obligando a afrontar esos problemas con fórmulas nuevas. Los datos personales y, particularmente, la intimidad de las personas físicas, sufre de forma diáfana y cada vez más intensa. Lo que obliga a adoptar medidas especialmente volcadas en identificar riesgos. Y ello es así en toda actividad empresarial. También, como es obvio y por razones lógicas, por lo que afecta al tratamiento de esos datos en el sector público, donde se produce un manejo inusitadamente amplio y extenso de datos personales.

En ese marco es donde hay que incluir ese "nuevo paradigma" en la protección de datos, como acertadamente recoge la AEPD, que transita desde el antiguo modelo de la Directiva 95/46/CE, basado en una serie de obligaciones a las que debían ajustarse los responsables y encargados del tratamiento de datos con el reconocimiento en paralelo "de potestades reactivas", hacia otro modelo (el que se refleja en el RGPD) basado "en lo que se denomina *enfoque de riesgo*; es decir, en la necesaria evaluación por los propios responsables y encargados del tratamiento de los riesgos que su actividad puede generar en el derecho fundamental para que, a partir de esa valoración, adoptar las medidas que resulten necesarias para mitigarlos en todo lo que sea posible". El *principio de responsabilidad activa* toma, así, el testigo y exige de los responsables un cambio de hábitos en cierta medida copernicano: deben aplicar todas aquellas medidas técnicas y organizativas que sean apropiadas para que el tratamiento se lleve a cabo de conformidad con el RGPD. Se instala, como decía, la política de *compliance* (a través, aunque no solo, de la "evaluación de riesgos") en el ámbito de la protección de datos y, por tanto, la cultura de la prevención o, si se quiere, de la anticipación. Y es en este marco dibujado a grandes rasgos dónde la figura del DPD o DPO encuentra su verdadero sentido.

No deja de ser, por tanto, un cambio cualitativo en el modo y manera de enfocar el problema, que –dicho sea de paso- tardará tiempo en arraigar. Bien es cierto que no se abandona, como se verá, la dimensión "reactiva" o "represiva", con el endurecimiento del régimen sancionador (aunque amortiguado en sus efectos por el PLOPD por lo que respecta a las Administraciones Públicas; algo en sí mismo discutible, al menos en su conformación tan blanda), pero sí que hay un cambio de orientación que se manifiesta en la configuración de "un marco modernizado y basado en la rendición de cuentas para la protección de datos en Europa"[12], que se manifiesta asimismo en un modelo que pretende asentarse, como inmediatamente decía, en una política de cumplimiento, reforzando las responsabilidades y articulando sistemas de autorregulación y de certificación.

[12] *Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD),* adoptadas el 13 de diciembre de 2016. Revisadas por última vez y adoptadas el 5 de abril de 2017, Grupo de Trabajo sobre la protección de Datos del Artículo 29. 16/ES WP 243, rev. 1

Así, ese cambio de paradigma lleva anudado la implantación de ese "modelo de responsabilidad activa" al que hacía referencia, que obviamente representa una alteración profunda del sistema anterior en cuanto que exige una anticipación, así como una actitud activa, del sujeto obligado por la norma, y comportará –como reconoce el Informe de la AEPD- "la realización de evaluaciones de impacto en la protección de datos o la implantación de medidas de seguridad técnica y organizativas ajustadas en cada momento al estado de la técnica y a los riesgos derivados del tratamiento".

Y es, efectivamente, en este nuevo escenario que se abre con el RGPD donde encuentra pleno sentido la inserción de esta (relativamente) nueva figura del Delegado de Protección de Datos (DPD, en lo sucesivo). También el Informe de la AEPD lo deja meridianamente claro: "En este modelo, por otra parte, las medidas de carácter organizativo, tales como la designación de un delegado de protección de datos, sobre el que recae la función de asesorar y supervisar las actividades de tratamiento de los responsables o encargados, adquiere un papel fundamental para la salvaguarda del derecho fundamentales de los afectados".

Como también recoge el documento de *Directrices sobre los delegados de protección de datos*, los DPD "serán el elemento central de este nuevo marco jurídico para muchas organizaciones (particularmente para las autoridades y organismos públicos, cuya incorporación de la figura es obligatoria), facilitando el cumplimiento de las disposiciones del RGPD". Ciertamente, esa figura, aunque no reconocida expresamente por la Directiva 95/46/CE, sí que en la práctica se fue desarrollando en varios Estados miembros a lo largo de los años. Y, en palabras del Grupo de Trabajo del Artículo 29, "el DPD es la piedra angular de la rendición de cuentas y el nombramiento de un DPD puede facilitar el cumplimiento", actuando además como intermediario entre las partes interesadas correspondientes: interesados, organismos o unidades de la propia Administración Pública, y autoridades de control. Una triada en la que, más tarde, cabrá detenerse, al analizar la dimensión funcional de tales DPD.

Se abre, por tanto, un enfoque de protección de datos que pretende combinar la prevención con la adopción de mecanismos reactivos. En esta línea cabe incluir, tal como decía, la importante regulación de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (artículo 35 RGPD), que debe poner el foco en aquellos tratamientos que impliquen mayores riesgos; la creación, asimismo, de la figura del Delegado de Protección de Datos; o, en fin, la incorporación de los códigos de conducta como medio de autorregulación para la correcta aplicación del Reglamento (artículos 40 y 41 RGPD), así como la creación de mecanismos de certificación. Y a todo ello se añade una (no tan) nueva arquitectura institucional que sireve de soporte, cuyas mayores innovaciones estriban en la ampliación de las funciones o facultades de las autoridades de control en materia de protección de datos que juegan, así, un rol marcadamente plural de impulsor/supervisor/sancionador.

Se trata, como se señalaba, de articular sistemas que opten por una línea preventiva en aquellos ámbitos que conllevan alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, particularmente en aquellas entidades que realizan operaciones de tratamiento de datos a gran escala, algo que habitualmente las administraciones públicas y sus entidades del sector público deben llevar a cabo. Los datos en una sociedad digitalizada e instantánea no pueden detenerse una vez que estos circulan libremente. La seguridad de la información y de los datos es clave en el sector público. Identificar los riesgos y prevenir, así como garantizar los derechos de las personas físicas, son soluciones correctas. En esas coordenadas, aunque no exclusivamente, se debe entender la figura del DPD en las administraciones públicas.

En todo caso, sin ser tampoco objeto de este trabajo, no es indiferente centrar la atención sobre las dificultades implícitas que el nuevo modelo que se pretende implantar representa. No es fácil, en efecto, transitar de una cultura de "cumplimiento reactivo" (es decir, que actúa bajo el imperativo de una norma que, en caso, de transgredirse, conlleva, siempre que se identifique la infracción, sanciones; aunque muy atenuada una vez más en su aplicación al sector público) a otra de "cumplimiento proactivo", en la cual se emplaza tanto a los responables como a los encargados del tratamiento de datos a que deban tener una actitud siempre alerta para poder identificar aquellos tratamientos de datos en que los riesgos de afectación al derecho fundamental de las personas físicas es más elevado. Y, aunque esa labor de identificación de mayores riesgos y, por tanto, de la necesaria evaluación de estos, es una tarea que es en última instancia obligación de los responsables o encargados del tratamiento, no es menos cierto que el papel del DPD en esas funciones de asesoramiento que a tales figuras debe desarrollar, se convierte en crucial. Más aún si tenemos en cuenta que tales operaciones de identificación y evaluación del riesgo en la afectación al derecho fundamental de protección de datos son tareas absolutamente nuevas, también en las organizaciones públicas, que ofrecerán no pocas dificultades para poderse articular de modo efectivo.

Y aquí, una vez más, entra en juego la figura del DPD, tal como prevé en el artículo 39.2 del RGPD: "Dicho artículo recuerda un principio general y de sentido común, que puede ser pertinente para muchos aspectos del trabajo diario de un DPD (y también, habría que añadir, de un responsable o encargado del tratamiento de datos personales). En esencia, requiere que los DPD establezcan prioridades en lo que respecta a sus actividades y centren sus esfuerzos en las cuestiones que representen mayores riesgos para la protección de datos". Deben, por tanto, focalizar su atención "en los ámbitos de mayor riesgo"[13].

Por tanto, enmarcada la figura del DPP en la finalidad y objetivos de la nueva regulación recogida en el RGPD, estamos ya en condiciones de analizar correctamente el alcance y sentido que el DPD tiene en la estructura y funcionamiento del modelo diseñado en el RGPD de 2016 y que debe ser correctamente aplicado a partir de 25 de mayo de 2018 por todos los Estados miembros y, por lo que ahora respecta, por sus Administraciones Públicas y organismos públicos de ellas dependientes.

Para llevar a cabo este análisis, deberé trabajar no solo con lo que establece el RGPD, sino también con lo que determine en su momento la adaptación del Derecho interno a esas previsiones del legislador europeo mediante la futura Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. Al estar este proyecto aún, según decía antes, en fase de tramitación parlamentaria, las referencias que aquí se hagan lo serán siempre al proyecto de Ley presentado por el Gobierno, aunque elaborado –tal como reconoce expresamente el propio Informe de la AEPD ya citado- por una Ponencia creada en el seno de la Sección de Derecho Público de la Comisión General de Codificación de la que formaban parte la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, en su condición de vocal nato de la Comisión y tres vocales adscritos, procedentes de la citada Agencia". De ahí que se pueda reconocer –como indirectamente se advierte en el tono del Dictamen del Consejo de Estado en algunos de sus pasajes- que "la Agencia Española de Protección de Datos ha tomado parte activa (podríamos decir, incluso, que determinante) en la elaboración del Anteproyecto". De ahí también que el propio Informe de la Agencia sea especialmente (auto) complaciente con el contenido del citado Anteproyecto. En cualquier caso, esta es una clave que conviene tener presente a la hora de interpretar el alcance del reglamento y, sobre todo, del Proyecto de Ley en relación con este.

La necesidad de disponer de un DPD por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos: cómo delimitar el ámbito de aplicación de esa exigencia.

El artículo 37.1 a) del RGPD establece la obligatoriedad de que siempre que el tratamiento lo lleve a cabo "una autoridad u organismo público" se designe un delegado de protección de datos. A diferencia de lo que sucede con las organizaciones o empresas del sector privado donde el criterio determinante para esa exigencia gira sobre otros parámteros (ver, artículo 37.1, apartados b) y c), del RGPD, así como Considerando 13), en el caso del ámbito público la obligación es directa independientemente del tamaño o número de empleados públicos, así como del tipo de tratamiento de datos que se lleven a cabo. Ello se debe a la presunción de que las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, sean estas cuales fueren, tratan por lo común datos de forma masiva y potencialmente deben aplicar sin excepciones la normativa europea en toda su plenitud. Por tanto, todas las autoridades y organismos públicos deben disponer de esa figura, en los términos que seguidamente se dirán.

El primer problema surge cuando se trata de delimitar el alcance de la expresión "autoridad u organismo público", pues el RGPD no nos da ninguna pista al respecto, salvo que quedan excluidos de esa doble noción los tribunales de justicia. Como expone razonablemente el Grupo de Trabajo del Arículo 29, "dicha noción debe determinarse en virtud del Derecho nacional"[14]. Según ese documento, la noción incluye con toda claridad a las autoridades nacionales, regionales y locales, así como sus organismos regidos por el derecho público que estén vinculados a tales entidades territoriales. En todos estos casos, independientemente de la entidad, la designación del DPD es obligatoria.

Tal como expone el Grupo, "una labor pública puede llevarse a cabo, y la autoridad puede ejercerse, no solo por las autoridades y organismos públicos sino también por otras personas físicas o jurídicas regidas por el derecho público o privado, en sectores como, según la legislación nacional de cada Estado miembro, los servicios de transporte público, el suministro de agua o energía, las infraestructuras viarias, la radiodifusión pública, la vivienda pública o los órganos disciplinarios de las profesiones reguladas". Tal como se dice en ese documento, "en tales casos, los interesados pueden

[13] *Directrices sobre los delegados de protección de datos (DPD),* cit., pp. 20-21.
[14] *Directrices sobre los delegados de protección de datos,* cit. p. 7. También todas la citas entrecomilladas que aparecen a continuación.

estar en una situación muy similar a la que se produce cuando una autoridad u organismo público trata sus datos". Por lo que la recomendación de las reiteradas *Directrices* es muy obvia: "Aunque no existe obligación en tales casos, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 recomienda como buena práctica que las organizaciones privadas que llevan a cabo una función pública o una función pública designen un DPD".

Por tanto, se debe recurrir para delimitar esos contornos al Derecho interno. Y, por consiguiente, cabrá esperar a cómo se regule definitivamente esta materia en la futura Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. En todo caso, en el PLOPD, regula esta cuestión en su artículo 34 mediante la técnica del reenvío a lo establecido en el artículo 37.1 RGPD (lo cual no resuelve nada) y completando esa regulación con la determinación de una serie de entidades en las que, en todo caso, se deberá disponer de tal figura que, en el campo de lo público, salvo en el tema de colegios profesionales y sus consejos generales (en su calidad de corporaciones de Derecho Público). En verdad, esa redacción no añade nada a lo ya establecido en el artículo 37.1 RGPD, salvo las referencias funcionales en las que pudieran estar inmersas algunas entidades del sector público que no tengan en sí mismo la condición de organismos públicos. De hecho, el propio Informe de la AEPD, aún reconociendo el margen de configuración que da el RGPD para ampliar las exigencias de establecer la figura del DPD a otro tipo de entidades, afirma que de tal habilitación no se ha hecho uso. Por tanto, la técnica regulatoria del artículo 34 del PLOPD es altamente discutible y, a nuestro juicio, no sigue plenamente las recomendaciones establecidas por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, sobre todo en lo que puede afectar a entidades del sector público con forma de sociedad mercantil, donde la exigencia de la figura parece reenviar a los requisitos establecidos para las empresas con carácter general, sin ser en sí misma obligatoria siempre y en todo caso (lo que no evita que sea recomendable su creación).

Tampoco el artículo 77 del PLOPD resuelve el problema, aunque la materia a la que se refiere no afecta al delegado de protección de datos, sino que se refiere al régimen de sanciones aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento de datos. Pero en esa regulación, que podría servir de referencia (o de cierta orientación) para saber en qué casos la noción de autoridad y organismo público se aplica a actividades vinculadas con el ejercicio de autoridad pública o de potestades públicas y exige, por tanto, la creación de un DPD, lo cierto es que allí se entremezclan instituciones y organismos de muy distinta procedencia que se blindan, así, frente al regímen sancionador general (algo que puede ser discutible en términos de efectividad del propio Reglamento), incluyéndose dentro de esas entidades, al margen de órganos constitucionales y estatutarios y autoridades judiciales o autoridades independientes, otras tales como:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las CCAA y las entidades que integran la Administración Local.
- Los organismos públicos y entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.
- Las fundaciones del sector público
- Los Consorcios

Quedan, por tanto, fuera de ese perímetro (que amplía bastante el delimitado formalmente por el todavía vigente artículo 46 de la LOPD 15/1999, de 13 de diciembre) las empresas públicas mercantiles, por lo que parece que también quedan fuera de la exigencia preceptiva de disponer de un DPD, pero no se advierte una correspondencia exacta entre las exigencias de disponer un DPD (artículo 34) y la excepción del régimen sancionador para responsables y encargados del tratamiento (pues en este caso se incluyen, por ejemplo, las Fundaciones del sector público y todos los Consorcios). En cualquier caso, de este breve análisis cabría concluir que, de acuerdo con el artículo 37.1 a) RGPD, entraría plenamente dentro de la noción de "autoridad y organismo público" las Administraciones territoriales y sus entidades u organismos públicos tales como los Organismos Autónomos (y figuras similares) y las Entidades Públicas Empresariales que estén vinculados o dependientes de la administración matriz, así como los Consorcios administrativos adscritos asimismo a una Administración territorial. Parece que igual criterio habría de seguirse con las Fundaciones del Sector Público, aunque su ámbito de actuación puede estar muy alejado de las funciones de autoridad (si no cabe preguntarse qué sentido tiene excluirlas del ámbito sancionador). Todas estas entidades, cabría entender, tendrían la obligación de designar un DPD. No así, en principio, las sociedades mercantiles de capital público, que solo deberían hacerlo en los casos que su actividad de tratamiento de datos se subsuma en alguna de las exigencias previstas en los apartados b) y c) del citado artículo 37.1 RGPD. Parece que la filosofía de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y su contenido básico, ha podido influir en esa regulación, que no deja de ser muy evanescente y poco precisa.

No obstante, la tesis expuesta anteriormente no es otra cosa que un ensayo de interpretación sistemática para suplir una anomia que el legislador orgánico (al menos en lo que respecta al Proyecto) no ha resuelto adecuadamente. La determinación del correcto alcance de qué se entiende en Derecho interno por "autoridad y organismos públicos" a efectos

del nombramiento preceptivo de un DPD, es una cuestión que no está resuelta por la actual redacción del artículo 34 del PLOPD, dejando algunas zonas de sombra que solo pueden desvelarse inicialmente con el régimen de excepción singular que el propio texto del PLOPD establece para la no aplicabilidad del duro régimen sancionador impuesto por el RGPD a las Administraciones Públicas y algunas entidades vinculadas o dependientes de su sector público. Sin duda, el carácter "público" de tales entidades cierra de plano la aplicabilidad de las medidas sancionadoras que se vehiculan a través de multas cuantiosas o de porcentaje sobre el volumen de negocios, pero el legislador del PLOPD podía haber sido más imaginativo en lo que a su aplicación al sector público respecta, pues seguir con el esquema de la LOPD de 1999 puede fomentar el reino de la impunidad en el sector público. Habrá que ver cómo queda definitivamente la nueva LOPD. En cualquier caso, lo más adecuado sería que el propio legislador orgánico definiera con precisión en el artículo 34 del proyecto cuál es realmente el alcance de esa expresión "autoridades y organismos públicos" por lo que a la obligación de designar un DPD respecta.

Tal como decía, el que una empresa pública no tenga la obligación de designar un DPD –de acuerdo con lo que prevé el artículo 37.1 RGPD o el Derecho del Estado miembro- no implica que no pueda hacerlo. En efecto, el artículo 37.4 RGPD establece la posibilidad de esa designación facultativa. Y, de todas formas, puede ser una buena práctica hacerlo, sobre todo en aquellos casos en que se disponga de un holding empresarial público, pues en ese caso se puede acudir asimismo a la fórmula prevista en el artículo 37.2 RGPD (un DPD para un "grupo de empresas"), como se verá a continuación.

Líneas-fuerza de la figura del Delegado de Protección de Datos en los Considerandos del RGPD.

El considerando 97 del RGPD establece con precisión que el DPD es una figura que "ayuda" (*colaborador necesario* lo podríamos denominar) al responsable o encargado de protección de datos en la aplicación efectiva del Reglamento, debiendo ser aquel "una *persona con conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos* si el tratamiento lo realiza una autoridad pública" (con excepción del poder judicial). Es una suerte de "delegado de cumplimiento" del RGPD. La relación entre DPD y la plena efectividad del RGPD en el ámbito público es completa.

Allí también se indica algo que no es menos importante en lo que afecta al estatuto jurídico del DPD. En efecto, su cobertura no solo debe recaer (tal como se verá a continuación) en persona con cualificación acreditada, sino además el propio Reglamento exige que tal figura tenga garantizado un funcionamiento *independiente*, lo cual no es nada adjetivo, sino todo lo contrario. Así, el Considerando 97 concluye del siguiente modo:

"El nivel de conocimiento especializado necesario se debe determinar, en particular, en función de las operaciones de tratamiento de datos que se lleven a cabo y de la protección exigida para los datos personales tratados por el responsable o el encargado. Tales delegados de protección de datos sean o no empleados del responsable del tratamiento, deben estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente"

Por tanto, antes de entrar en mayores detalles, hay cuatro notas que el RGPD ha querido remarcar de la finalidad de la figura en los propios Considerandos de la disposición normativa. A saber:

a) Que el DPD es una figura de "ayuda" o de colaboración necesaria (por exigencia normativa) con el responsable o encargado de protección de datos en las funciones de cumplimiento del Reglamento;

b) Que, en todo caso, si el tratamiento de datos lo lleva a cabo una autoridad pública, la persona nombrada como DPD debe acreditar "conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos" (por consiguiente, tales conocimientos se deberían acreditar en un procedimiento objetivo: el PLOPD (en línea con el RGPD) admite, en su artículo 35, la certificación ("entre otros medios") para acreditar tales exigencias[15];

[15] Ver, sobre esta cuestión, el Informe de la AEPD al Anteproyecto de la nueva LOPD, donde sobre este tema se indica lo siguiente: "A tal efecto, los esquemas de certificación podrán permitir acreditar los conocimientos de quienes pudieran ostentar esta condición, aunque la certificación no será en ningún caso requisitos imprescindible para acceder a este puesto, dado que el artículo 36 del Anteproyecto los configura como uno de los medios a través de los que podrá acreditarse la posesión de las competencias necesarias". Ver, asimismo: AEPD, *Esquema de Certificación de Delegados de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos (Esquema AEP-DPD).* Al parecer se trata –según se ha dicho- "de la primera

c) Que el DPD puede ser "un empleado" de la Administración Pública o que también cabe la contratación de esos servicios con un profesional o empresa externo;

y d) Que esa figura debe tener un estatuto jurídico que salvaguarde su independencia, lo cual incorpora un elemento existencial y diferencial a lo que sea el DPD en las administraciones públicas y entidades vinculadas o dependientes en relación con otros puestos orgánicos de esas mismas estructuras organizativas. Este es un dato que no conviene perder de vista.

Estatuto jurídico del Delegado de Protección de Datos

1) ¿Cuántos DPD debe haber en cada organización? ¿El DPD debe ser una figura interna (insertada en la propia estructura) o externa (contratación de servicios)?

Queda claro, por tanto, que todas las administraciones públicas y organismos públicos vinculados o dependientes de estas deben disponer de modo preceptivo de un delegado de protección de datos. La siguiente pregunta es si debe existir un solo delegado o pueden ser varios, así como si la figura del delegado puede ser asumida por un órgano colegiado o, en cambio, debe tratarse de una figura unipersonal que se manifieste en un órgano de estructura monocrática.

Se ha defendido la posibilidad de que la figura del delegado de protección de datos pueda ser desempeñada por un órgano colegiado y no necesarimente por un órgano unipersonal, sin perjuicio de que ese órgano o unidad del que sea titular se dote después de determinada estructura. En principio, nada parecería impedir ese carácter colegiado de la figura o del órgano que ejerza las funciones de DPD, aunque de la dicción del propio RGPD y del PLOPD parece más bien advertirse que se está pensando en "una persona" y no en un colegio, especialmente en el caso de que se trate de una figura internalizada y no externalizada, pues en este último supuesto (externo) sí que se permite sin ningún problema que pueda ser una empresa la que ejerza tales funciones, aunque al tratarse el DPD de un *punto de contacto* necesario se sugiere –como así lo hizo el Grupo de Trabajo del Artículo 29- que se individualicen esas tareas de asistencia e interlocución.

Los términos del RDPD son bastante contundentes, al exponer en su artículo 37.3 lo siguiente: "Cuando el responsable o el encargado del tratamiento sea una autoridad u organismo público, *se podrá designar un único delegado de protección de datos* para varias autoridades u organismos, *teniendo en cuenta su estructura organizativa y tamaño*". Del mismo modo, si se toma como referencia la noción de "grupo empresarial", el artículo 37.2 RGPD, como ya se ha visto, indica que "podrá nombrar un único delegado de protección de datos *siempre que sea fácilmente accesible*".

Este atributo de la *accesibilidad* "se refiere a las tareas del DPD como punto de contacto con respecto a los interesandos y a la autoridad de control, pero también internamente dentro de la organización, teniendo en cuenta que una de esas tareas es (como establece el artículo 39.1 a) RGPD) 'informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento de las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento'"[16].

Así formulada, la noción de "accesibilidad" debería informar plenamente la arquitectura del diseño de la figura del DPD en aquellas organizaciones públicas que opten por la inserción de una sola figura cuando la estructura de la administración pública o entidad sea suficientemente compleja. *La posición triangular del DPD*, que luego se analizará, determina que la interlocución con los interesados, con la autoridad de control y con sus propios clientes (responsable o encargado y con el resto de empleados públicos) sea o deba ser siempre fluida. Tal como se verá, el DPD actúa como punto de contacto con esas tres instancias o vértices, pero especialmente –dada la finalidad última del RGPD como herramienta normativa para la protección de datos de naturaleza personal- con los interesados. Esta óptica, siempre presente en el Reglamento, se visualiza de modo efectivo en el artículo 38.4, cuando al efecto reconoce lo siguiente: "Los interesados podrán ponerse en contacto con el delegado de protección de datos por lo que respecta a todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de sus derechos al amparo del presente Reglamento". La dimensión del DPD como cauce de garantía de los derechos de las personas a sus datos personales parece obvia.

---

autoridad europea en desarrollar dicho esquema" (Ver: A. Ortega Giménez y J.J. Gonzalo Domenech, "Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay,* núm. 44, 2018.

[16] *Directrices sobre los delegados de protección de datos*, cit. p. 11.

En una organización departamental o sectorial, lo razonable es que haya más de un DPD, salvo que se cumpla ese principio de la "accesibilidad". De hecho, el artículo 37.3 RGPD condiciona la existencia de un único DPD –y no es un dato menor- al hecho de que se tenga "en cuenta su estructura organizativa y tamaño". Una organización departamental de un Ejecutivo autonómico o el del propio Estado, también la de un municipio de gran tamaño, es normal que disponga de varios DPD. Otra cosa es cómo estructurar ese complejo de figuras para adecuarlos a una única forma de actuar. Bajo ese punto de vista se ha barajado también la posibilidad de que existiera un único DPD, pero con "subdelegados" en determinados ámbitos. No es tampoco una opción que quepa descartarla en sí misma, puesto que no está prohibida por el RGPD, y el propio Grupo de Trabajo del Artículo 29 defiende en diferentes pasajes de su documento sobre *Directrices* que ese DPD pueda tener a su cargo personal, inclusive lo considera necesario. La clave está en si existe o no un responsable único o un único encargado o si estos son varios.

Siempre que se haya optado por la internalización de la figura, la primera decisión que se ha de adoptar al respecto es, por tanto, si se crea uno o varios DPD en la estructura administrativa, así como, en su caso, cómo articular la coordinación entre ellos si es que fueran varios, por motivos de coherencia en el funcionamiento interno en lo que a tratamiento de datos y análisis de riesgos, así como al ejercicio de otras funciones, comporta. Se trata de una cuestión abierta, que ni el marco normativo europeo ni la futura LOPD resuelven, sino que entra de lleno en las potestades de autoorganización que las administraciones públicas y las entidades vinculadas o dependientes tienen.

Obviamente en Administraciones públicas, departamentos u organismos públicos de tamaño mediano o pequeño o que no lleven a cabo tratamientos de datos a gran escala, se puede plantear la innecesariedad de tener que disponer de una estructura estable (un puesto de trabajo) a tiempo completo, dado que cabe perfectamente la existencia de un DPD a tiempo parcial, si bien en este supuesto se pueden producir algunos problemas que habrán de resolverse. En este caso, el artículo 38.6 RGPD expone lo siguiente: "El delegado de protección de datos podrá desempeñar otras funciones y cometidos". Pero, una vez reconocida la posibilidad de que exista un DPD con dedicación "parcial", rápidamente advierte que se deberá garantizar por parte del responsable o encargado del tratamiento que el ejercicio de otras funciones o cometidos "no den lugar a conflictos de intereses".

Y esta preocupación del RGPD es normal, sobre todo por el carácter de la figura del DPD como *una suerte de "autoridad (o, si se prefiere, funcionario o estructura orgánica) independiente" dentro del seno de la propia organización*, como seguidamente se verá. En efecto, como enuncia el documento del Grupo de Trabajo del Artículo 29, esa ausencia de conflictos de intereses está estrechamente ligada a la independencia de la figura. Por tanto, atribuir el rol de DPD a determinados puestos de trabajo, siquiera sea como función adicional o adjetiva, puede suponer una vulneración de esa regla recogida en el artículo 38.6 RGPD. Todos aquellos puestos de trabajo que intervengan, directa o indirectamente, en el tratamiento de datos personales, así como tanto los puestos de representación jurídica (en cuanto pueden implicar objetivamente la defensa ante los tribunales de los responsables o encargados) y en especial los puestos de estructura directiva o de jefatura, son ámbitos en los que pueden surgir potencial u objetivamente conflictos de intereses. Lo razonable es no acumular esas tareas con las propias del DPD.

Para facilitar esa delimitación, el documento de *Directrices* establece que "dependiendo de las actividades, tamaño y estructura de la organización, puede ser una práctica recomendable que los responsables y encargados del tratamiento" lleven a cabo, entre otras, las siguientes acciones:

- Determinar los puestos que podrían ser incompatibles con la función de DPD.
- Elaborar normas internas a tal efecto con el fin de evitar conflictos de intereses.
- Incluir una explicación más general (Circular) sobre los conflictos de intereses.
- Declarar que el DPD no tiene conflictos de intereses con respecto a sus funciones como tal, como medio de concienciar sobre ese requisito.
- Incluir salvaguardias en las normas internas de la organización y garantizar que el anuncio de convocatoria para el puesto de DPD o el contrato de servicios sea lo suficientemente preciso y detallado para evitar un conflicto de intereses. En este contexto, debe tenerse en cuenta también que los conflictos de intereses pueden adoptar diversas formas en función de si el DPD se contrata interna o externamente"[17].

[17] *Directrices sobre los delegados de protección de datos*, cit., p. 18.

Efectivamente, tal como expone el artículo 37.6 RGPD, "el delegado de protección de datos podrá formar parte de la plantilla del responsable o del encargado del tratamiento *o desempeñar sus funciones en el marco de un contrato de servicios*". Ni que decir tiene que esta opción por la externalización será la preferida por buena parte de las Administraciones Públicas y organismos del mismo carácter, cuando tengan unas dimensiones pequeñas o medianas o se presenten dificultades para poder insertar en la estructura de puestos de trabajo un puesto o estructura de nueva creación (piénsese en las restricciones de carácter presupuestario o en la inexistencia de personas en la organización que reunan el perfil de competencias tan especializado requerido para su desempeño).

En estos casos habrá que acudir a los procedimientos y reglas de contratación pública establecidos en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Pero al margen de las dificultades que conlleva definir cabalmente el objeto de la contratación y sobre todo su ejecución, así como la gestión del propio proceso de contratación pública, habrá que tener especialmente en cuenta las funciones que tales DPD realizan y analizar hasta qué punto esas tareas no pueden representar directa o indirectamente el ejercicio de funciones de autoridad o de potestades públicas. Aparentemente, puede dar la impresión de que las funciones del DPD tienen un contenido muy instrumental o esencialmente técnico, pero tal percepción se desvanece cuando se analizan con detalle tales cometidos funcionales o, al menos, algunos de ellos. Lo veremos más adelante. Si así fuera (esto es, si se advirtiera que el DPD puede realizar, directa o indirectamente, funciones de autoridad), el proceso de externalizar el servicio solo se podría llevar a cabo en la parte más instrumental, debiendo existir siempre un funcionario público que, en su caso, ejerciera en última instancia esas potestades públicas que, en su caso, se pudieran derivar de los procesos de supervisión y, especialmente, de la resolución de aquellas quejas o expedientes que vayan encaminados luego a ser analizados por la autoridad de control.

Una vez más, en este punto el Grupo de Trabajo del Artículo 29 también emitió una serie de criterios. En efecto, el RGPD reconoce que la función del DPD puede ejercerse también en el marco de un contrato de servicios que sea suscrito con una persona física o con una organización ajena a la estructura organizativa del responsable o del encargado del tratamiento. En este caso, el Grupo recomienda que "cada miembro de la organización que ejerza las funciones de DPD cumpla todos los requisitos aplicables de la sección 4ª del RGPD" (artículos 37 a 39). Particularmente hace mención a que ninguna de esas personas que trabaja en la organización pueda tener un conflicto de intereses. Añade la posibilidad de que los distintos miembros que componen esa estructura organizativa que desempeñe el contrato de servicios combinen "capacidades y puntos fuertes individuales para que varios individuos que trabajen en equipo puedan servir a sus clientes de forma más eficaz". El problema consistirá en cómo trasladar estas exigencias al pliego de condiciones administrativas y sobre todo cómo valorarlas en el proceso de licitación, así como supervisar posteriormente la correcta ejecución del contrato.

Y, en este punto, el Grupo de Trabajo finaliza su análisis con una recomendación a tener en cuenta en estos procesos: "En aras de la claridad jurídica y de la buena organización y con el fin de evitar conflictos de intereses de los miembros del equipo, se recomienda asignar claramente las tareas dentro del equipo del DPD y designar una única persona como contacto y (definir la) persona 'a cargo' de cada cliente. Sería también útil, en general, especificar estos puntos en el contrato de servicios"[18].

Sin duda el planteamiento es muy oportuno y lo que nos quiere trasladar es que las Administraciones Públicas que externalicen este servicio en empresas o equipos de profesionales (por ejemplo, despachos colectivos), deberían exigir una individualización de la prestación de los servicios en un miembro de la empresa o del equipo profesional que se singularice como DPD, garantizar que disponga de todas y cada una de las exigencias establecidas en el RGPD y que esa "persona" (no solo la empresa) no incurra en ningún tipo de conflicto de intereses. Y ello tiene su sentido, puesto que la especial posición "triangular" del DPD, que no solo interlocuta con la organización contratante y con los responsables o encargados del tratamiento, sino que también proyecta su actividad sobre los interesados (con importantes tareas en este campo) y es asimismo punto de contacto con la autoridad de control, representa con claridad la necesidad objetiva de que se identifique individualmente quién es la personas o personas que ejercen tales funciones de DPD (lo que de paso dificultaría objetivamente que tales funciones se pudieran desarrollar internamente por un órgano colegiado). No en vano el artículo 37.7 RGPD exige por parte del responsable o encargado de protección de datos la publicación de "los datos de contacto del delegado de protección de datos y los comunicarán a la autoridad de control". Una previsión que parece advertir claramente de la condición individual de la figura de DPD.

2) Perfil de competencias que debe acreditar el DPD

[18] *Directrices sobre los delegados de protección de datos*, cit. p. 13.

El artículo 37.5 RGPD establece lo siguiente: "El delegado de protección de datos *será designado atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos* y a su capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el artículo 39". Se ha venido afirmando, con razón, que de la dicción de esta precepto no se deriva necesariamente la exigencia de que el DPD sea jurista o abogado, puesto que debe combinar adecuadamente conocimientos jurídicos en materia de protección de datos (que deben asimismo extenderse, al menos, al campo de los derechos fundamentales y del Derecho Público, por no añadir otros sectores del ordenamiento jurídico que también se verán afectados en el ejercicio de sus funciones) con conocimientos tecnológicos, especialmente en materia de datos. También se ha venido defendiendo que las empresas de servicios estaban en condiciones mejores para prestar este tipo de funciones ya que podrían aportar un amplio abanico de personas con conocimientos complementarios en ambos campos. Pero, tal como se ha visto, la necesidad (o al menos la recomendación) de que se individualice quién ejerce esa función de DPD rompe relativamente este argumento, aunque es verdad que disponer de un equipo técnico de soporte (especializado en Derecho de protección de datos y en tecnología o seguridad informática o de tratamiento de datos) puede ofrecer más garantías. Lo cierto es que, tras un análisis (como luego se hará) de las funciones atribuidas al DPD no solo por parte del RGPD sino también por el PLOPD, puede convenirse fácilmente que el perfil imperante será el de una persona con formación jurídica pero con buenas herramientas en el plano de la tecnología. Además, un análisis de todas y cada una de las dimensiones puntuales en las que puede intervenir el DPD a lo largo de la regulación recogida en el RPD nos conducen a la tesis de que un alto porcentaje de esas tareas tienen, directa o indirectamente, implicaciones o consecuencias jurídicas (se ha valorado que estas representan en torno a un 80 por ciento), mientras que hay un porcentaje, tampoco despreciable (en torno a un 20 por ciento), que tienen relación estrecha con la seguridad en los tratamiento de datos y, en consecuencia, una dimensión mucho más tecnológica, aunque en ocasiones sea francamente difícil diferenciar ambos planos. En todo caso, es una estimación que, dada la fuente de la que procede (un despacho profesional), probablemente "barra para casa".

En el Considerando 97 del RGPD se establece que el nivel de conocimientos especializados necesario para llevar a cabo las tareas de DPD se debe determinar en función del tipo de entidad sobre el cual proyecte su actividad, especialmente si este proyecta sus funciones sobre una autoridad u organismo público, pues en este caso el perfil de competencias exigido al DPD "para supervisar la observancia interna del presente Reglamento" y proveer de la correspondiente ayuda al responsable o encargado del tratamiento, requiere de una persona que tenga "conocimientos especializados del Derecho y de la práctica en materia de protección de datos".

¿Qué representan realmente esas exigencias? En primer lugar, en cuanto al nivel de conocimientos, es obvio que el Reglamento opta por referencias genéricas que han de concretarse puntualmente y que dependerán necesariamente de la complejidad de la organización y, en particular, del manejo de datos que esa entidad lleve a cabo, así como de si estos se encuadran en "categorías especiales de datos" (o lo que se conoce como datos sensibles). Por tanto, la recomendación del Grupo de Trabajo es que el DPD se elija en función del tipo de organización de que se trate, "teniendo debidamente en cuenta las cuestiones relativas a la protección de datos que surjan en la organización". Las únicas referencias explícitas son las establecidas en el artículo 37.5 RGPD, que reproducen las previstas en el Considerando 97, y que se despliegan, sobre tres ámbitos de actuación: a) conocimientos especializados en Derecho; b) Práctica en materia de protección de datos; y c) Capacidad para desempeñar las funciones indicadas en el artículo 39 RGPD (que luego tratamos).

Por tanto, se deberían acreditar tales conocimientos especializados, la experiencia en la materia y, asimismo, la capacidad (competencias efectivas) para desempeñar las funciones asignadas. Poca información más nos da el Reglamento. Tampoco nos dice apenas nada sobre esta materia el PLOPD. Así, por tanto, una vez más, es oportuno detenerse en las reflexiones que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 expuso en su día.

En el documento sobre *Directrices* se recogen algunas pautas que podrían ser tenidas en cuenta para designar al DPD. Y, entre ellas, se considera "un factor importante" que el DPD "tenga *conocimientos sobre la legislación y prácticas nacionales y europeas en materia de protección de datos y una profunda comprensión del RGPD*". Luego el documento recoge asimismo que "resulta también de utilidad que las autoridades de control promuevan una formación adecuada y periódica para los DPD". Asimismo, y no es un dato en nada menor, el documento hace hincapié en una idea relevante: "En el caso de una autoridad u organismo público, el DPD debe también poseer un conocimiento sólido de las normas y procedimientos administrativos de la organización". Por consiguiente, aparte de las exigencias de conocimientos especializados, el DPD en el contexto público debe acreditar igualmente que dispone de un "conocimiento sólido" del ordenamiento jurídico-público y de los procedimientos administrativos, lo que claramente nos conduce a un profesional (o empresa de servicios profesionales)

que vuelca su foco de atención sobre el Derecho Público y el Derecho de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, con especial atención a los procedimientos administrativos.

Así las cosas, el primer problema que se plantea en una Administración Pública o entidades dependientes o vinculadas a esta, es a través de qué medios se podrán comprobar esos conocimientos y esa "profunda comprensión del RGPD" que el Grupo de Trabajo sugiere como medio de acreditar las cualificaciones profesionales. Si se trata de una provisión interna se deberán evaluar los programas formativos a los que la persona que concurse ha participado, los trabajos o proyectos realizados, la formación impartida en su caso sobre esta materia y, en fin, las publicaciones que al respecto haya podido elaborar en relación con este tema, pudiendo, en su caso, realizar alguna prueba de conocimientos al efecto de poder acreditar de forma más fehaciente si se dispone o no de esa profunda comprensión exigida. Todo dependerá, una vez más, del puesto de trabajo de DPD, que está directamente relacionado con el tipo de organización. En estos casos cabe presumir que esas personas que concursan disponen de "conocimientos sólidos" por lo que respecta a "las normas y procedimientos administrativos de la organización", pero no estaría de más incorporar algún medio de comprobación de tales exigencias, como por ejemplo cursos de postgrado, cursos de formación evaluados o no evaluados, planes de mejora, programas de formación impartidos sobre esas materias, publicaciones, etc.

Si la provisión es externa, será importante reflejar en los pliegos cómo se acreditarán esos conocimientos. Pero las exigencias allí recogidas no pueden variar mucho de las que ya se han visto para una provisión interna, con la dificultad en este caso de que no pueden incorporarse pruebas de conocimiento y que, por tanto, se deben exigir méritos objetivos a través de los cuales se pueda deducir cuál es el nivel de conocimiento del RGPD (y su práctica en esta materia) por parte de cada licitador: formación, impartición de cursos, proyectos realizados o publicaciones sobre ese ámbito. Parece importante, asimismo, establecer algún medio de comprobación objetivo para garantizar que los licitadores (y obviamente el profesional o empresa que resulte adjudicatario del contrato de servicios) acredite "un conocimiento sólido de las normas y procedimientos administrativos de la organización". Para ello, una vez más, lo procedente sería establecer criterios que puedan medir objetivamente ese conocimiento: años de experiencia en relación con la aplicación de normas y procedimientos administrativos sobre la organización, formación recibida e impartida, proyectos profesionales en los que se ha participado, titulaciones universitarias complementarias (por ejemplo, Doctorado o Masters en estas materias), publicaciones, etc. Obviamente, habría que diferenciar si quien licita es empresa o profesional individual. Si fuera empresa o equipo de profesionales, es importante, tal como se decía, que en los propios pliegos se exija la individualización de quién va a ser DPD y, por tanto, que aparte de que la empresa acredite trayectoria profesional en ese campo, la deba acreditar asimismo individualmente la persona que hará de "punto de contacto". En el supuesto de que fuera un profesional individual el problema resulta mucho menor, pues debe ser él quien acredite poseer las competencias requeridas para el desempeño del servicio de DPD. Esta "individualización" del DPD en el ámbito de empresas de servicios o de equipos profesionales (despachos) puede conllevar también un control indirecto por parte de autoridad de control (a través del registro de tales DPD) del tiempo que se dedican a estas actividades en función del número de Administraciones Públicas u organismos públicos a los cuales se asiste profesionalmente. Un aspecto nada baladí para evitar la concentración de funciones de DPD en una serie de personas que objetivamente no podrán ofrecer sus funciones de punto de contacto de modo idóneo.

Todas estas exigencias conducirían a que, en estos casos y salvo excepciones puntuales (municipios de escaso tamaño o entidades del mismo carácter) si bien con las observaciones que seguidamente se formulan, sea difícil recurrir al procedimiento de contratación menor. Aunque nada legalmente impediría su uso, lo cierto es que si la adjudicación es directa y sin determinar previamente las condiciones de licitación y de su ejecución, no parece que sea un procedimiento que pueda respetar las exigencias mínimas del RGPD, tal como han sido interpretadas en el citado Documento de *Directrices*. Tal vez la solución estribe en abrir esos contratos menores a licitación (o, al menos, solicitar tres ofertas) junto con unas mínimas prescripciones de los requisitos y exigencias que deberá disponer el adjudicatario del contrato (con referencia a las cualidades profesionales antes expuestas). Se cumplirían así plenamente con los principios de la contratación pública. Con ello se podría salvar que se utilizara esta modalidad específica de contratación pública en relación con este objeto (solo aplicable en principio a entidades de pequeño o mediano tamaño y que no traten datos sensibles o datos a gran escala). Pero esta es una cuestión que excede del presente objeto y requeriría un detenido análisis –que ahora no puede hacerse- desde el punto de vista de la contratación pública, un aspecto que se antoja necesario para enmarcar correctamente la figura del DPD en el sector público a través de figuras externas.

Tal como se ha visto, si el DPD desarrolla su actividad en el marco de un contrato de servicios que esté suscrito con persona física o jurídica ajena a la organización del responsable o encargado del tratamiento, es fundamental que no se incurra en conflicto de intereses, pues –como se verá de inmediato- las cualidades profesionales hay que enmarcarlas no solo en

conocimientos y experiencia, sino también "deben incluir, por ejemplo, la integridad y un nivel elevado de ética profesional". Asimismo, en estos casos, como vengo insistiendo, es importante que la empresa de servicios profesionales determine quién es la persona que, en relación con esa organización pública concreta, llevará a cabo las funciones de DPD, para lo cual es relevante incluir en los pliegos este tipo de exigencias.

En efecto, dentro de lo que se denomina la "capacidad para desempeñar sus funciones", cabe poner de manifiesto que tal exigencia debe ponerse necesariamente en relación con la necesidad de cumplimiento del RGPD que debe salvaguardar el DPD. Y, sobre este punto, atendiendo al "papel fundamental en la promoción de la cultura de la protección de datos dentro de la organización" que tiene el DPD, es imprescindible incluir dentro de "las cualidades personales" que debe acreditar la persona, profesional o empresa que desarrolle ese tipo de funciones, "la integridad y un nivel elevado de ética profesional", algo que será más difícil de medir objetivamente en sistemas de provisión de puestos de trabajo o en los procesos de licitación en materia de contratación pública, pero que también pueden existir algunos criterios que den pautas u orientaciones para saber si se cumplen o no tales exigencias (aparte de la hipotética inserción de códigos o prescripciones éticas o de conducta, también en la ejecución): procedimientos sancionadores, formación sobre estas materias, experiencia profesional en el ámbito de la integridad y de la ética pública, proyectos profesionales en los que se ha participado y resultados de los mismos, publicaciones, etc.

En todo caso, no cabe ocultar que los municipios pequeños y medianos, así como otras entidades locales del mismo carácter, pueden tener problemas efectivos para incorporar esta figura a sus plantillas o incluso para externalizar este tipo de servicios. Por ello, tal como ha defendido Campos Acuña[19], puede ser un instrumento operativo que las propias Diputaciones provinciales puedan crear, en uso de sus competencias de cooperación y asistencia técnica a los municipios, una figura de DPD que pueda prestar servicios a diferentes entidades, ya sea de carácter interno o externo. En todo caso, se deberían cumplir las exigencias antes establecidas de acreditación de competencias profesionales y de estándares éticos (o de no incurrir en conflictos de intereses), individualizando asimismo quién será el DPD que actuará en cada ayuntamiento. La forma más correcta de articular este proceso debería ser mediante convenio entre la respectiva entidad local y la propia Diputación, y en este documento se deberían incorporar todas las exigencias antes expuestas, pues el responsable o encargado de tratamiento es una autoridad o funcionario de la entidad local y el DPD debe ser designado por estos y ayudarles en el ejercicio de sus funciones sirviendo de punto de contacto, por lo que se debería mostrar el consentimiento a que la designación o contratación pública se llevara a cabo por la propia Diputación. Estos convenios, salvo que se configuraran como encomiendas de gestión (aunque caben algunas dudas de que se pueda acudir a esta fórmula, por el cometido funcional del DPD), deberían estar sometidos al régimen jurídico establecido en el capítulo VI del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Estatuto de* independencia *de la figura del DPD: notas características. La "posición" del DPD en la estructura organizativa.

El artículo 38 RGPD establece una serie de principios y reglas que configuran lo que cabe denominar –en terminología del propio Reglamento y del PLOPD- como la "posición" del delegado de protección de datos en la estructura organizativa. Sin duda se trata de una serie de decisiones normativas que ayudarán a perfilar qué tipo de figura orgánica y qué clase de puesto de trabajo representa el DPD, así como también facilitará el encuadre de esa misma figura cuando se acuda a un proceso de externalización de tales servicios profesionales.

La primera regla del citado artículo 38 RGPD es muy precisa pues atribuye al responsable o encargado del tratamiento la obligación de garantizar que el DPD "participe *de forma adecuada y en tiempo oportuno* en todas las cuestiones relativas a la protección de datos". Por tanto, en este artículo 38.1 RGPD se contienen al menos tres exigencias: a) Que el responsable o encargado del tratamiento *garantice* la participación del delegado en esos procesos; b) Que esa participación se articule *de forma adecuada y en tiempo oportuno*; y c) Que se proyecte, en principio, sobre *todas las cuestiones* relativas a la protección de datos (aunque, como se ha visto, esa vocación de universalidad deberá ser selectiva en función de aquellos tratamientos que impliquen riesgos o afecten a los derechos fundamentales de la persona). En cualquier caso, parece obvio resaltar que su participación debe ser efectiva, y que no puede ser orillada nunca tal actuación, si así lo requiere el propio DPD, en tales procesos de tratamiento de datos.

[19] C. Campos Acuña, "Los 7 'imprescindibles' en la protección de datos en el ámbito local (RGPD y PLOPD)", *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados,* 2018.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 aportó en su día algunas claves interpretativas de esa participación del DPD en tales procesos. Así, se subraya que resulta "fundamental que el DPD, o su equipo, *participen desde la etapa más temprana posible* en todas las cuestiones relativas a la protección de datos". Algo que, el propio RGPD, establece en los casos de que se deban realizar "evaluaciones de impacto", pues en tales supuestos el responsable del tratamiento debe recabar necesariamente el asesoramiento del DPD, siempre que este haya sido nombrado (artículo 35.2 RGPD). Y esta intervención temprana del DPD en todo tipo de procesos de tratamiento de datos, debería ser considerada como "un procedimiento estándar en la gobernanza de la organización", recomendándose que el DPD "forme parte de los correspondientes grupos de trabajo que se ocupan de las actividades de tratamiento de datos dentro de la organización".

Así, el documento de *Directrices* hace hincapié en que la organización (en este caso la Administración Pública y sus entes dependientes o vinculados) debería garantizar, entre otras cosas, lo siguiente:

- Que se convoque al DPD para que participe con regularidad en reuniones de cuadros directivos altos y medios.
- Se recomienda que esté presente cuando se tomen decisiones con implicaciones para la protección de datos, trasladándosele a su debido tiempo (por tanto, con carácter previo) toda la información para que pueda prestar asesoramiento adecuado.
- Asimismo, se deberá tener debidamente en cuenta la opinión del DPD. Y, en caso de desacuerdo, se recomienda, como buena práctica, que se documenten los motivos por los cuales no se sigue el consejo del DPD.
- Y, en fin, en los supuestos de que se haya producido una violación de la seguridad de los datos o de cualquier otro incidente, se debe consultar al DPD "con prontitud"[20].

No cabe duda que todas esas recomendaciones están articuladas principalmente en torno a que el DPD esté vinculado orgánicamente con la organización, pues si fuera un externo en el caso de las Administraciones Pública se podrían plantear algunos problemas en la participación en determinadas reuniones de órganos colegiados o en aquellos ámbitos donde se adopten decisiones estratégicas con implicaciones para la protección de datos. Sin perjuicio de que en determinadas estructuras organizativas u órganos colegiados "el DPD externo" pueda participar como "asesor" en aquellos asuntos que afecten a su ámbito de competencia, no es menos cierto que su encaje en ciertos órganos administrativos (como miembro de pleno derecho) tal vez podrá ser más complejo, salvo que se trate de "reuniones informales" de nivel alto o medio. No es, por tanto, un asunto menor cómo ensamblar en la organización administrativa y en el funcionamiento de determinados órganos colegiados la figura de un DPD "externo".

En línea con lo anterior, sobre todo si se pretende una participación efectiva del DPD en todos estos procesos de tratamiento de datos, resulta imprescindible que la Administración Pública o el órgano (departamento o entidad) a la que se adscriba el DPD *facilite "los recursos necesarios para el desempeño de dichas funciones* y el acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento (…)" (38.2 RGPD). En suma, esa dotación de recursos debe ser asimismo efectiva si se trata de un DPD interno para el correcto cumplimiento de sus funciones, lo que implica dotarle de medios personales (si fueran necesarios), de recursos materiales y de un espacio físico en el que pueda desempeñar de forma correcta (y con la necesaria autonomía funcional y discreción) las funciones asignadas. Ello implica, según se ha dicho, que el DPD tenga una identificación nominal precisa (también aconsejable en el caso de empresas de servicios profesionales con individualización de sus datos de contacto), correo electrónico y teléfono de contacto, así como ubicación física de la dependencia orgánica en la que preste sus servicios, con los datos postales. Todo ello es importante, en efecto, por la condición de "punto de contacto" que tiene el DPD. La existencia de una dependencia orgánica con medios propios de la Administración (o lugar "de trabajo" o de ·"punto de contacto") del DPD externo, puede plantear problemas efectivos de si no se está produciendo en este caso una cesión ilegal de trabajadores. Parece, por tanto, razonable que el "punto de contacto" en estos casos también sea externo, lo que puede plantear problemas de "accesibilidad", salvo que sus relaciones sean siempre telemáticas.

Asimismo, el artículo 38.2, "in fine", establece la obligación de que el responsable o encargado del tratamiento faciliten al DPD "el mantenimiento de sus conocimientos especializados". Por tanto, será la Administración Pública la que deberá velar porque el DPD (o los DPD que se creen) sean receptores de programas de formación continua que le permitan ejercer sus funciones en un entorno de permanente cambio y transformación, como es el ámbito de las tecnologías y del tratamiento de datos. Esta obligación difícilmente se puede predicar frente a los profesionales o empresas que presten externamente sus servicios a la Administración Pública, pues esa formación debería ser un compromiso que las propias empresas asumieran

[20] *Directrices sobre los delegados de protección de datos*, cit. p. 15.

por sí mismas. No estaría de más reflejar todas estas cuestiones en los propios pliegos de contratación, sobre todo para evitar problemas ulteriores.

Cabría plantearse, igualmente, cuáles son las soluciones o canales que puede tener el DPD ante un obstruccionismo del responsable o encargado del tratamiento de datos: ¿podría acudir a la autoridad de control?; ¿qué mecanismos de reacción se prevén? En principio, hay una anomia legal en este punto. Y no parece fácil definir nada al respecto.

En relación con los "recursos" de que debe proveer el responsable o encargado del tratamiento al DPD, el Grupo de Trabajo incluyó en su último documento una serie de observaciones, a las que sumamos un conjunto de reflexiones personales sobre algunos de tales puntos. A saber:

- El DPD debe recibir apoyo activo por parte de la dirección, en este caso por los niveles de máxima responsabilidad de las Administraciones Públicas.
- Se le debe garantizar al DPD (obviamente cuando esa figura tenga carácter interno) el "tiempo suficiente" para que cumpla con sus funciones, algo "particularmente importante cuando se designa un DPD interno a tiempo parcial" (es, tal como se añade, "una práctica recomendable establecer un porcentaje de tiempo para la labor propia del DPD cuando no se lleve a cabo por tiempo completo") o cuando el servicio es prestado externamente por un DPD que lleve la protección de datos de forma complementaria a otras actividades (piénsese en un profesional de la Abogacía). Por tanto, en este último caso (y se podría decir que en todos) sería asimismo importante determinar el tiempo de dedicación de tales servicios profesionales para cada Administración Pública. A tal efecto, se sugiere asimismo la confección de un plan de trabajo donde se determine el tiempo necesario para realizar cada labor y el nivel de prioridad adecuado.
- En el caso del DPD interno, se le debe dotar de "apoyo adecuado en cuanto a recursos financieros, infraestructuras (locales, instalaciones, equipos) y personal, según se requiera". Por tanto, el DPD puede tener adscrito personal (siempre que sea necesario para el desarrollo de sus funciones; una adscripción que podría ser plena, en el caso de que se creara una estructura orgánica específica, o parcial, cuando desempeñe funciones de apoyo instrumental solo durante parte de la jornada), pero debe disponer de una ubicación física específica que, dada su posición institucional, debería comportar un local definido (despacho propio), así como las infraestructuras y recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones.
- Se recomienda igualmente que se curse una comunicación oficial de la designación del DPD dirigida a todo el personal, con la finalidad de que sea conocida su existencia y función dentro de cada organización. En el caso de las Administraciones Públicas podría vehicularse tal información a través de los canales internos, ya sean telemáticos o de otra naturaleza, así como difundirlo en el Portal de Transparencia o, en su caso, en la página Web institucional.
- Igualmente, se debe fomentar la formación continua de este personal que asuma las funciones de DPD, con la finalidad de que se mantenga al día de la evolución de todas aquellas cuestiones que afecten a la protección de datos (aunque no solo; también al procedimiento, seguridad de la información, Derecho y tecnologías de la información, etc.). El Grupo de Trabajo utiliza la expresión "animar", pero si se trata de personal interno la formación del DPD no debe solo configurarse como un derecho, sino especialmente como un deber (artículos 14 g) y 54.8 TREBEP), al menos en los casos en que esa figura esté cubierta por un empleado público.
- Hay que partir del hecho de que cuanto más complejas o sensibles sean las operaciones de tratamiento, más recursos se deberán destinar para el DPD. Bajo esas premisas, cabe perfectamente –como se viene indicando- que el DPD se configure como una estructura orgánica de la Administración (un departamento, servicio o unidad organizativa específica), con una persona responsable (DPD) y personal a su servicio (técnicos y personal instrumental). Tal como indica el Grupo de Trabajo, todo dependerá del "tamaño y estructura de la organización", pues también cabría la designación de un DPD únicamente, incluso a tiempo parcial (si bien, aun en estos casos, parece obvio que requerirá de apoyo instrumental). Si quien desempeña el servicio es una empresa externa, se recomienda asimismo que, sin perjuicio de que disponga de personal técnico o administrativo que trabaje en ese proyecto, se determine una persona de contacto, puesto que el equipo trabajará bajo su responsabilidad al servicio del adjudicatario del servicio y esa determinación de la persona servirá, asimismo, para canalizar todas las cuestiones y rendir cuentas, en su caso, por el trabajo realizado o para actuar con "punto de contacto" con los interesados y con la autoridad de control (AEPC, ACPD o AVPD y, cuando así se determine, el CTPD de Andalucía).

Una de las notas distintivas y probablemente de mayor importancia para definir su posición estructural en la organización y el papel institucional que la figura del DPD tiene, es *el estatuto de independencia* que se predica del ejercicio de tales funciones por el RGPD. Se trata, en efecto, de una suerte de nota determinante o existencial de su estatuto jurídico, pues el Reglamento persigue con claridad que se *salvaguarde la posición de independencia del DPD frente al responsable o encargado del tratamiento*.

En efecto, el artículo 38.3 RGPD concreta esa garantía de independencia en los siguientes términos: "El responsable y el encargado del tratamiento *garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones*". Se debe preservar, así, su autonomía funcional, por lo que debe quedar extramuros de la línea jerárquica de la organización, transformándose en una suerte de "autoridad independiente individual (o unipersonal)", o si se prefiere un nivel orgánico o estructura que goza de un estatuto singular de "independencia" por exigencia del propio RGPD. Pero la singularidad (e incluso paradoja) de ese puesto o unidad orgánica de carácter "independiente" es que se inserta (lo cual es tremendamente peculiar) en el seno de una estructura administrativa de naturaleza jerárquica (a la que "asesora", "aconseja" o "alerta"; pero no debe formar parte de la estructura decisional, pues está exento de responsabilidad). Dicho de otro modo, la inserción del DPD en las Administraciones Públicas tiene unas connotaciones de particularismo notables, que contrastan con la configuración tradicional de los puestos de trabajo o de las unidades administrativas en una línea jerárquica en la que actúan siguiendo directrices y criterios de los superiores. En este caso, la autonomía funcional del órgano o de la figura es evidente, pues no recibe ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de sus funciones.

A juicio del Grupo de Trabajo del Artículo 29, ese artículo 38.3 RGPD incorpora una serie de garantías básicas "que contribuyen a asegurar que los DPD puedan realizar sus tareas con el suficiente grado de autonomía dentro de su organización". Como indica el Considerando 97 del RGPD, se pretende preservar que el DPD pueda "desempeñar sus funciones y cometidos de manera *independiente*". La nota de autonomía funcional debiera derivar, por tanto, en un estatuto de ejercicio *independiente* (fuera de la línea jerárquica, habría que precisar) de sus cometidos funcionales. Por ello tiene pleno sentido que no se deba instruir a un DPD en relación a "cómo abordar un asunto, por ejemplo qué resultado debería lograrse, cómo investigar una queja o si se debe consultar a la autoridad de control" sobre un determinado tema. Tampoco cabe admitir ninguna instrucción dirigida a adoptar "una determinada postura con respecto a un asunto relacionado con la ley de protección de datos, por ejemplo, (sobre) una interpretación concreta de la ley". Estas reglas de conducta que deben respetar los responsables y encargados de tratamiento se deben entender plenamente aplicables a los supuestos en que se haya producido una contratación del servicio, aunque no cabe ocultar que su aplicación efectiva puede mostrar algunas debilidades obvias en este caso. Aunque sería oportuno también resaltar todas estas cuestiones en el oportuno pliego de contratación.

Si nos detenemos en el caso de internalización del DPD, no cabe duda que ese perfil de autonomía funcional e, incluso, de independencia en el ejercicio de su papel institucional, casa mal con unas organizaciones públicas y un comportamiento habitual de sus funcionarios que está más bien dirigido a respetar las órdenes y criterios de los superiores jerárquicos, por lo que cabe presumir que el encaje de esta figura del DPD, con el perfil indicado, en las organizaciones públicas no será sencillo. Requiere, tal como vengo insistiendo, un cambio de mentalidad y de comportamiento, así como una nueva cultura organizativa. Algo que exige tiempo, pues no será una transición sencilla.

Por un lado, habrá que explicar muy bien a los responsables políticos y directivos, así como a los responsables funcionariales, las limitaciones que presenta el RGPD por lo que afecta a sus facultades o poderes de dirección y mando en relación con este tipo de puestos de trabajo o unidades orgánicas. Por otro, habrá que mentalizar igualmente a los funcionarios o empleados públicos que asuman tales cometidos para que realmente defiendan o preserven esa posición de autonomía funcional y de independencia frente a determinadas intromisiones o interferencias de la línea jerárquica en las actuaciones del DPD, que dado lo sensible del objeto no cabe extrañar de que se puedan dar, sobre todo teniendo en cuenta las responsabilidades que se pueden derivar por parte del responsable o encargado en caso de incurrir en algunas de las infracciones que se prevén en el RGPD y, especialmente, en la legislación del Estado miembro (PLOPD). En todos estos casos, el papel de las autoridades de control se torna importante, para llevar a cabo procesos formativos comunes, preparar circulares de funcionamiento y promover esa necesaria transformación de la cultura organizativa y funcionarial que implica (auto) dotar a tales figuras de los delegados de protección de datos de un estatuto efectivo de independencia funcional que evite cualquier tipo de interferencias y realce su posición de garante de los interesados en todos los procesos de tratamiento de datos, más aún en lo que tengan carácter intensivo o masivo.

El artículo 38.2 "in fine" también exige que el DPD rinda cuentas "directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado". Este peculiar rasgo de su estatuto implica (o debería implicar) una especial posición en la estructura orgánica, pero cuando menos sitúa la rendición de cuentas de tales delegados en las Administraciones Públicas en el mayor nivel orgánico ejecutivo de estas, sea Alcaldes en el caso municipal o Junta de Gobierno Local. Los problemas pueden surgir, en efecto, en relación a cómo articular la rendición de cuentas en aquellos casos en que el servicio sea prestado externamente, aspecto sobre el cual algo deberán decir asimismo los pliegos de la contratación pública que en su día se promueva.

Pero ese estatuto de "autonomía funcional interna" se ve aún más reforzado cuando el propio RGPD prevé expresamente que el DPD "no será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones" (artículo 38.3 RGPD). Por tanto, el RGPD blinda al titular del cargo frente a ceses discrecionales (al igual que en el modelo de autoridades independientes) y ante la aplicación del régimen sancionador por el ejercicio de sus funciones.

Así se regula este blindaje: "No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones". Tanto esta nota de blindaje frente a la destitución discrecional como la relativa a la rendición de cuentas al máximo nivel son muy importantes, en efecto, para definir –como se hará inmediatamente- la posición estructural en la organización del DPD. El PLOPD lleva a cabo alguna precisión sobre este tema en su artículo 36.2, y concreto expone: "Cuando se trate de una persona física integrada en la organización del responsable o encargado del tratamiento, el delegado de protección de datos *no podrá ser removido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones salvo que incurriera en dolo o negligencia grave en su ejercicio*". En qué casos se puede sancionar y por quién, son dos preguntas que también cabe resolver y que la normativa en trámite de elaboración tampoco resuelve.

Esa garantía de autonomía funcional a través del blindaje frente a destituciones discrecionales también se aplicaría al ámbito de la contratación pública, sobre todo en lo que afecta a la determinación de las causas de resolución del contrato, aunque en este caso la determinación temporal de la prestación debería ser el parámetro inicial que tendría que respetar el responsable o encargado del tratamiento, siempre que se cumplan debidamente las obligaciones derivadas del contrato.

La peculiar posición del DPD, tal como vengo reiterando, se advierte asimismo por su configuración como punto de contacto con los interesados, al fin y a la postre los titulares de los datos y del derecho fundamental a su protección. El artículo 38.4 RPD establece al efecto lo siguiente: "Los interesados podrán ponerse en contacto con el DPD por lo que respecta a todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de sus derechos al amparo del presente Reglamento". Este papel de "mediador", "intermediario" y, a su vez, de "consultor" o "asesor" de los interesados es clave en el diseño de la figura, pero también lo es que se convierte en el canal (o, al menos, en uno de los canales) a través del cual los interesados pueden activar el ejercicio de sus derechos. Es, por tanto, el DP un "punto de contacto" nuclear en esa *relación triangular entre interesados-administración pública-autoridad de control.* Su posición es claramente intermedia y conviene preservar razonablemente ese estatuto.

En efecto, su dimensión "exógena" se advierte no solo en su papel de "interlocución" con la autoridad de control, sino además porque, tal como se ha visto, los interesados pueden ponerse en contacto con el DPD en relación con el tratamiento de sus datos personales y el ejercicio de sus derechos. Cabe así preguntarse si no se configura como una suerte de Ombudsman interno en materia de protección de datos. Esta función se ve acrecentada por lo establecido en el artículo 37 del PLOPD, que transforma ese órgano en una instancia preliminar de reclamaciones en materia de protección de datos antes de que se acuda a la autoridad de control, con el fin, no escondido, de servir de filtro a esta. Una actuación potestativa, pero menos: pues la autoridad de control tiene la facultad de enviarle cualquier tipo de reclamación que se haga *per saltum* (artículo 37.2 PLOPD), para su previa valoración. Dicho de otro modo, si el interesado no ha solicitado el criterio del DPD mediante una reclamación previa (¿no hay funciones de autoridad en este caso?) y opta por dirigirse directamente a la autoridad de control, esta (según la redacción actual del PLOPD) "podría" reenviarle dicha reclamación para que sea valorada o informada por el DPD para que este responda en el plazo de un mes. Esta es una función "nueva", tal como diré de inmediato, que se añade a las previstas nominalmente en el RGPD. Y puede tener su importancia para definir correctamente la naturaleza de la citada figura del DPD.

Y, en fin, el DPD está obligado a mantener el secreto o la confidencialidad en lo que respecta al desempeño de sus funciones (38.5 RGPD). Algo especialmente importante tanto cuando las funciones sean desempeñadas internamente como cuando se lleven a cabo de forma externa. En este último caso parece lógico que tales exigencias se incorporen a los propios pliegos, aunque no es menos cierto que esa confidencialidad y secreto tendrá siempre menos garantías cuando el servicio se preste externamente.

Este estatuto jurídico de la figura del DPD, así como sus funciones que seguidamente se analizan, le aleja sustancialmente de otras figuras existentes en la actualidad en el campo de la protección de datos, . Realmente, la configuración del DPD desborda de forma notoria –como se viene insistiendo- el marco anterior, pues en realidad del análisis de las funciones del

DPD se podrá concluir con claridad que "esta nueva figura supone reforzar la cultura de *compliance* en materia de protección de datos", tal como ha reconocido por la doctrina[21].

Funciones del delegado de protección de datos según el RGPD y el PLOPD

El RGPD le asigna al DPD unas funciones mínimas (artículo 39) que se proyectan sobre una serie de ámbitos. Es importante constatar que tales funciones tienen, efectivamente, el carácter de *mínimas*, por lo que nada impide que se añadan otras (tal como hace, por ejemplo, el PLOPD), siempre que no alteren la naturaleza y rasgos esenciales ya examinados de la figura.

Una nota singular que enmarca el ejercicio de tales funciones es la recogida en el artículo 39.2 RGPD, donde se prevé la siguiente regla: "El delegado de protección de datos desempeñará sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance y los fines del tratamiento". Sin duda se trata de una previsión importante, pues representa una regla de actuación a la hora de delimitar la intervención del DPD, que directamente se enmarca en todos aquellos tratamientos que impliquen o a los que estén asociados riesgos para la intimidad de las personas. Por tanto, una primera pauta en la actuación del DPD es precisamente esta: identificar en qué operaciones de tratamiento hay riesgos para la protección de datos. A tal fin, solo se dan cuatro criterios genéricos: el DPD ha de tener siempre en cuenta la *naturaleza, alcance, contexto y fines* del tratamiento.

En todo caso el RGPD enuncia una serie de funciones que, como mínimo, deberá ejercer el DPD. A saber:

a) *Informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados* que se ocupen del tratamiento de las obligaciones, que les incumben en virtud del presente Reglamento y de otras disposiciones de protección de datos de la Unión Europea o de los Estados miembros. De ahí que, tal como se decía anteriormente, el DPD deba tener un exhaustivo y detallado conocimiento del RGPD y de la normativa aplicable en materia de protección de datos, en este caso para desarrollar esas funciones informativas y asesoras de carácter interno (es decir, dirigida "ad intra") que este precepto le encomienda.
b) *Supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento, o de otras disposiciones de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros y de las políticas del responsable o del encargado del tratamiento en materia de protección de datos personales,* incluida la asignación de responsabilidades, la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento, y las auditorías correspondientes. No se trata, por tanto, de una función ejecutiva, sino estrictamente de "supervisión del cumplimiento", tanto en lo que concierne a la política que sobre esta materia lleve a cabo el responsable o encargado del tratamiento, como en las acciones que impulse (u omita) en materia de concienciación y formación del personal, así como de las auditorías. De esa función de supervisión del cumplimiento se debiera derivar en buena lógica la posibilidad de emitir algún tipo de recomendaciones o advertencias que, en caso de no seguirse, lo normal sería que se trasladaran a la autoridad de control. Pero nada nos dice el RGPD sobre este punto ni tampoco el PLOPD.
c) *Ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación de conformidad con el artículo 35.* Probablemente se trate de una de las funciones esenciales del DPD, puesto que la clave de bóveda de este nuevo paradigma por el que apuesta el RGPD es, precisamente, la evaluación de riesgos del tratamiento. Y el papel del Delegado de Protección de Datos es, en efecto, de "asesoramiento" (artículo 35.2 RGPD), pero también una vez más de "supervisión", según se deduce de este artículo 39.1.c) RGPD.
d) *Cooperar con la autoridad de control.*
e) Y *actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento, incluida la consulta previa a que se refiere el artículo 36, y realizar consultas, en su caso, sobre cualquier otro asunto.* Estas dos funciones se pueden tratar conjuntamente, por sus evidentes conexiones. También se trata de unas funciones nucleares dentro de ese papel triangular de la figura del DPD, pues en este caso el DPD se convierte en "punto de contacto" con la autoridad de control (AEPD, ACPD o AVPD). Tal como se ha visto, esta función del DPD le pone en contacto con las funciones de la autoridad de control, por ejemplo en todo lo que tiene que ver con evaluación de riesgos, dado que cualquier consulta previa que lleve a cabo el responsable del tratamiento deberá incluir asimismo los datos de contacto del DPD (artículo 36.3, d) RGPD), que cabe presumir que ya están en poder de la propia autoridad de control (puesto que el artículo 34.4 de la LOPD obliga a que las autoridades de control mantengan "una lista actualizada de delgados de protección de datos que será

[21] Por todos, A. Ortega Giménez y J.J. Gonzalo Domenech, "Nuevo marco jurídico en materia de protección de datos de carácter personal en la Unión Europea", cit.

accesible por medios electrónicos"). Asimismo, tal como se dirá de inmediato, esa función de cooperación del DPD se incrementa en el caso de lo previsto en el artículo 37 del PLOPD. Pero, además, de tales funciones y sobre todo de la regulación establecida en el artículo 36.1 PLOPD (que establece la previsión de que "el DPD actuará como *interlocutor* del responsable o encargado del tratamiento ante" la autoridad de control competente en razón de la materia), se deriva asimismo la facultad que tiene el DPD de ser el "interlocutor privilegiado" de la propia autoridad de control en la institución o entidad respectiva, pues esas funciones de cooperación y consulta configuran una red de relaciones institucionales que, en cierta medida y dado el singular estatuto que tiene la figura, en algunos casos (o en el ejercicio de determinadas funciones) le aproximan más a la autoridad de control con la que lleva a cabo un papel de "puente" que a la propia Administración Pública en la cual se inserta.

El PLOPD no tiene, sin embargo, un artículo específico relativo a cuáles son las funciones del DPD, por lo que cabe deducir las mismas de lo establecido en el artículo 39 RGPD. Pero no es menos cierto que en algunos de estos artículos del PLOPD, se derivan una serie de obligaciones adicionales o funciones complementarias que cabe resaltar debidamente.

Por un lado, el DPD en el ejercicio de sus funciones, algo que cabe entender también implícito del listado de estas recogido en el artículo 39 RGPD, "tendrá acceso a los datos personales y procesos de tratamiento", sin que quepa oponer por parte del "responsable o el encargado del tratamiento la existencia de cualquier deber de confidencialidad o secreto" (artículo 36.3 PLOPD). Esta facultad expresamente recogida en el PLOPD refuerza las funciones de "supervisión" antes enunciadas.
Por otra parte, esa función de supervisión se refuerza notablemente a través de lo establecido en el artículo 36.4 PLOPD, cuando específicamente se afirma lo siguiente: "Cuando el delegado de protección de datos aprecie la existencia de una vulneración relevante en materia de protección de datos lo comunicará inmediatamente a los órganos de administración y de dirección del responsable o encargado del tratamiento". En esta atribución del DPD se advierte una nota que refuerza más aún el estatuto jurídico de la figura y enlaza con la "rendición de cuentas" al máximo nivel, así como con la posibilidad de que la supervisión del DPD derive en un control directo de los tratamientos que lleven a cabo el responsable o encargado. Probablemente, en este caso hubiera sido más apropiado establecer una suerte de requerimiento previo para que se llevara a cabo la corrección oportuna y, en caso de no hacerse, trasladar la comunicación pertinente al órgano de dirección del responsable o encargado.

Pero, las novedades más relevantes por lo que al ámbito funcional del DPD se contienen en el artículo 37 del PLOPD. Y, aunque ya se ha hecho mención a algunas cuestiones allí tratadas, puede ser oportuno reproducirlo en su integridad:

Artículo 37.- Intervención del delegado de protección de datos en caso de reclamación ante las autoridades de protección de datos.
"1.- Cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos el afectado podrá, con carácter previo a la presentación de una reclamación contra aquéllos ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, dirigirse al delegado de protección de datos de la entidad contra la que se reclame.
En este caso, el delegado de protección de datos comunicará al afectado la decisión que se hubiera adoptado en el plazo máximo de dos meses a contar desde la recepción de la reclamación.
2.- Cuando el afectado presente una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, sin haber hecho uso de la posibilidad a la que se refiere el apartado anterior, aquéllas podrán remitir la reclamación al delegado de protección de datos a fin de que éste responda en el plazo de un mes".
Si transcurrido dicho plazo el delegado de protección de datos no hubiera comunicado a la autoridad de protección de datos competente la respuesta dada a la reclamación, dicha autoridad continuará el procedimiento con arreglo a lo establecido en el Título VIII de esta ley orgánica y en sus normas de desarrollo".

En cualquier caso, se trata de una regulación recogida en un proyecto de ley, por lo que puede sufrir alteraciones sustanciales. No obstante, conviene detenerse en una serie de puntos que afectan a las funciones del DPD, pero asimismo que tienen impactos sobre el estatuto de la figura, el perfil de competencias y la hipotética posibilidad de externalizar su ejercicio. Veamos rápidamente estos puntos:

En relación con las funciones, es obvio que a través de esa atribución de intervenir en las reclamaciones que, con carácter previo y potestativo, puedan presentar los afectados por un tratamiento de datos, se le confiere al DPD una nueva función no expresamente prevista en el artículo 39 RGPD. Se trata de una función que enlaza directamente con la de "cooperar con la

autoridad competente" (artículo 39.1.d) RGPD), dotándola así de mayor contenido. Pero cabe plantearse de inmediato si esa función, en lo que respecta a las Administraciones Públicas, no implica realmente una función de autoridad, pues no en vano se trata de una reclamación previa en vía administrativa anterior a la formalización de la reclamación ante la autoridad de control y, obviamente, debería finalizar con una resolución del propio DPD, aunque en ningún momento (dado que la regulación se aplica también al sector privado) se utilicen tales términos. En este caso, da la impresión de que si se interpusiera por parte de un afectado o afectados una reclamación previa ante el DPD, esta daría lugar a un procedimiento administrativo que debería ultimarse por medio de una propuesta de resolución o de una resolución, en su caso. Y ello implicaría ejercicio de funciones de autoridad, con lo cual ni la figura podría tener régimen laboral ni tampoco podría ser objeto de una contratación de servicios, salvo que se disociara entre quien realiza las funciones instrumentales de apoyo al responsable y encargado del tratamiento (un DPD de soporte) y la existencia de un DPD "formal" (un funcionario público) que llevara a cabo, en su caso, el ejercicio de las funciones de autoridad. Pues la otra solución es que tal figura del DPD externo no resuelva en el sentido formal del término, sino que simplemente emita opinión a través de un informe o un dictamen y pueda sugerir al responsable o encargado del tratamiento (o, en su defecto, al nivel jerárquico con el que rinda cuentas) la rectificación o subsanación de alguna irregularidad detectada en el tratamiento de datos de carácter personal.

Si se opta por la primera solución (reclamación administrativa que finaliza en una resolución) la figura del DPD en el ámbito público debería ser funcionario, haciendo prácticamente inviable la contratación externa. Sí, por el contrario, la solución es la segunda (que se asemejaría al tratamiento de la reclamación en el sector privado) nada impediría que esa figura pudiera tener régimen laboral o, en su caso, ser objeto de un procedimiento de contratación pública. El problema no es baladí y puede tener unas implicaciones muy importantes en la traslación de esa figura a la Administración Pública, pues el estatuto de régimen jurídico del DPD puede sufrir en uno u otro caso alteraciones radicales.

También esa regulación recogida en el PLOPD impacta con fuerza sobre el perfil de competencias requerido para desempeñar llamadas funciones de DPD. En efecto, al atribuirle al DPD la facultad de que atienda las reclamaciones que planteen los afectados con carácter previo a acudir a la autoridad de control, no cabe ocultar que el legislador orgánico español pretende dotar a esta figura de un carácter fuertemente jurídico, tanto si se internaliza como si se acude a una contratación de servicios, pues "resuelva", "informe" o "dictamine", parece obvio que deberá hacerlo en Derecho y, por tanto, requerirá una sólida formación jurídica, así como algún tipo de formalización documental. Así, mientras que el RGPD permitía que las funciones de DPD las pudiera desarrollar cualquier perfil profesional, siempre que acreditara las competencias exigidas y antes analizadas, aunque requería conocimientos del Derecho, el PLOPD se inclina indirectamente por dibujar un perfil profesional de DPD de carácter netamente jurídico.

En cualquier caso, sea cual fuere la interpretación que se le dé a esa regulación del PLOPD, lo cierto es que cambia cualitativamente el estatuto y naturaleza del DPD, cerrando (no sabría decir si acertadamente o no) la regulación abierta que establecía el RGPD. No cabe plantear, sin embargo, objeción alguna en términos de adecuación de la futura LOPD al RGPD. La opción de la futura LOPD cabe perfectamente dentro de las funciones de "cooperación" del DPD con la autoridad de control. Tal vez se pudieran plantear algunas dudas en torno a la oportunidad de esa medida normativa, que parece tener un sesgo claro, y que no es otro que reforzar la dimensión preventiva del DPD en su aplicación jurídica, pero "descargando" o "facilitando" la actuación de la autoridad de control en las reclamaciones que pudieran plantearse.

¿Qué nivel orgánico debe tener en la estructura el Delegado de Protección de Datos?

No cabe duda que el estatuto jurídico y las funciones establecidas en el RGPG y en el PLOPD son aspectos que condicionan o enmarcan una de las decisiones más relevantes a la hora de insertar la figura del DPD en la estructura organizativa. La primera decisión crítica ya ha sido expuesta anteriormente: el dilema entre internalizar o externalizar la figura. Una vez resuelto este problema, el siguiente es dónde y con qué carácter lo insertamos en la estructura de la Administración Pública; esto es, con qué nivel orgánico y en qué posición quedaría el delegado de protección de datos en relación con el resto de órganos y unidades administrativas, especialmente en lo que tiene que ver con el responsable y encargado de tratamiento de los datos personales (aunque de este último punto ya se han visto algunas cuestiones).

Pero hay otra decisión previa a la expuesta. Y tiene que ver sobre si se crea una sola figura o se multiplica esta en función de áreas, departamentos o entidades. El RGPD parece dejar abiertas las dos posibilidades, pero solo en apariencia. En su artículo 37.3 se expone lo siguiente: "Cuando el responsable o encargado del tratamiento sea una autoridad u organismo, *se podrá designar un único delegado de protección de datos para varias de estas autoridades u organismos, teniendo en cuenta su estructura organizativa y tamaño*". No cabe duda que una entidad local de pequeño o mediano tamaño podría

optar por la creación de una figura singular, pero un nivel de gobierno de cierta complejidad (por su estructura de áreas, departamental o de entidades vinculadas, dependientes o adscritas) parece razonable (según el espíritu del RGPD) que se incline por la implantación de delegados de protección de datos en cada ámbito previamente definido (algunas áreas o departamentos especialmente sensibles a los tratamientos de datos deberán disponer probablemente de varios delegados). El DPD es un nivel orgánico *ad hoc*, pero también puede configurarse como un puesto de trabajo singular.

Cabe asimismo plantearse la duda de si el DPD puede configurarse como un escalón directivo o lo que se conoce en la terminología de la Administración Pública como "alto cargo"; es decir, como titular de un órgano directivo de la Administración. Mi tesis es que, al ser estos cargos públicos de libre nombramiento o remoción y no existir procedimiento efectivo alguno de acreditación de competencias profesionales, la creación de una figura de DPD como alto cargo no cumpliría con las exigencias del artículo 38.2 RGPD y vulneraría además el estatuto jurídico de independencia o autonomía funcional que se prevé en ese mismo artículo 38.3 RGPD y en el Considerando 97 de ese mismo texto normativo. Además, tampoco se cumpliría con la exigencia de que su posición estructural no diera lugar a posibles conflictos de intereses, evidentes o potenciales. Únicamente, la previsión de una figura de cargo directivo con perfil profesional y sistema de acreditación de competencias, así como previendo la imposibilidad de materializar el cese discrecional, podría atenuar esas resistencias expuestas. Pero ello exigiría normar o, al menos, establecer algún tipo de acuerdo de gobierno o plenario que regulara ese procedimiento específico de provisión de tan singular nivel orgánico.

Una vez descartada, con los matices expuestos, la figura del alto cargo como cauce para la designación del DPD, cabe plantear cómo insertar en la estructura el nivel orgánico o puesto de trabajo de DPD.

Y la primera respuesta al problema vendría de la mano de vincular la unidad orgánica o puesto de trabajo, al menos en el mundo local, a la estructura de Alcaldía o Presidencia, salvo que existieran varios delegados de protección de datos en diferentes departamentos o áreas. Si hay varios DPD, lo razonable es que se articulara un sistema de coordinación entre todas esas figuras, que debería ser implantado desde Alcaldía o Presidencia por medio de una figura de DPD coordinador. Esa ubicación en la estructura le permitiría llevar a cabo de forma efectiva las funciones de supervisión del responsable o encargado del tratamiento y de cooperación con la autoridad de control.

La segunda respuesta tendría como objetivo encuadrar dentro de las unidades organizativas de la Administración la inserción de tal figura. Descartado el recurso a la figura del "alto cargo" como paraguas del DPD y atendiendo principalmente al ejercicio directo o indirecto de potestades públicas que conlleva el ejercicio de algunas de tales funciones, lo más razonable que es ese puesto de trabajo estuviera cubierto por personal funcionario de carrera del Grupo de Clasificación A1 y con un rango orgánico que se situara entre una Subdirección o, en su caso, una Jefatura de Servicio.

La figura del DPD se caracteriza, tal como se ha visto, por su peculiar estatuto, cuya nota dominante es la independencia funcional. Por tanto, consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, es que esa unidad orgánica o ese puesto de trabajo no puede estar incorporado en la línea jerárquica de ninguna estructura: debe crearse una estructura organizativa *ad hoc*, singularizada por su no dependencia orgánica ni funcional, pero adscrita desde el punto de vista presupuestario a un departamento o área de actuación. La AEPD considera que la DPD debe adscribirse a órganos o unidades de naturaleza "horizontal", pero eso no es lo determinante (cuestión formal), sino que el aspecto crucial es que el diseño organizativo por el que se adopte salvaguarde plenamente la independencia en su funcionamiento (cuestión material).

En cualquier caso, el DPD no es una pieza aislada del modelo organizativo, sino que se debe incardinar en el modelo de seguridad informática y de tratamiento de datos de cada entidad pública y formar parte de los órganos que se creen con esa finalidad (con las singularidades que presenta; esto es, como "asesor", pero no como miembro de pleno derecho). Su inserción en el sistema de seguridad se ha hecho, por ejemplo, la Orden JUS/1293/2107, de 14 de diciembre, sobre política de seguridad de la información en el ámbito de la Administración electrónica (BOE 28 diciembre 2017), o se está trabajando en esa línea en el Ayuntamiento de Sant Feliú de Llobregat, articulando el ENS con la protección de datos en todo lo que afecta a análisis de riesgos, incorporando esa figura a la Comisión de Seguridad de la citada entidad. Cabe no obstante tener en cuenta que el RGPD supone una transformación radical del modo de tratar los datos, que ahora no puedo abordar. Pero, por ejemplo, esa concepción de responsabilidad activa obliga a llevar internamente un Registro de actividades de tratamiento que debe estar siempre a disposición de la autoridad de control y suprime, por tanto, la obligación de comunicar a la AEPD todos los ficheros, dejando en manos de la Administración Pública las medidas necesarias para preservar los datos y el uso que se haga de los mismos. Por tanto, y de todo ello se deriva la posición central del DPD en este modelo, es la propia Administración Pública la que tiene que determinar las medidas concretas de seguridad en cada caso y, por tanto,

cabe afirmar que con el nuevo RGPD se exime de aplicar la clasificación de niveles de seguridad (alto/medio/bajo) que se requiere en la normativa reglamentaria (en concreto Real Decreto 1720/2007), que también habrá de adaptarse.

Tal como se ha dicho, lo habitual es que en un determinado ámbito de actuación (departamentos, áreas ejecutivas o entidades del sector público, salvo que estas se agrupen) haya un DPD para cada una de ellas, pero la complejidad de determinados departamentos puede aconsejar que haya varios delegados según esferas de actuación (pensemos en ministerios o departamentos tales como Interior, Educación, Sanidad, etc.). Bien es cierto que esa es una alternativa, pues nada impediría la existencia de un solo DPD que volcara su radio de acción sobre toda la organización. El artículo 37.3 RGPD prevé esa posibilidad de nombramiento de un único delegado, pero en estos casos, salvo que la organización sea de pequeño tamaño, necesitará estar dotado de personal e, incluso, como también se ha indicado, de "subdelegados" o personal técnico que dependiera orgánica o funcionalmente del DPD. También cabe, según se ha visto, que se designe un DPD a tiempo parcial, con las garantías antes indicadas.

Dado el perfil de exigencias funcionales que se le atribuyen al DPD, así como las relativas a conocimiento y experiencia que debe acreditar para su nombramiento, este tipo de puestos de trabajo se deberán proveer entre funcionarios públicos del subgrupo de clasificación A1 (dado que ejercerán funciones de autoridad o potestades públicas) que acrediten tales competencias en procesos de provisión de puestos de trabajo abiertos. El RGPD deja claro que deben ser "puestos de plantilla" y "empleados", algo en lo que también insiste la Nota de la AEPD que habla expresamente de "empleados públicos", lo que parece cerrar por completo la puerta –según se ha defendido en este mismo trabajo- a que se cree un nivel orgánico de "alto cargo", dado que se trata de puestos de trabajo de estructura y no aleatorios o cambiantes en función de políticas coyunturales.

El DPD tiene, según se viene insistiendo en estas páginas, una *dimensión trifásica de sus funciones*, que se concreta en los siguientes elementos: (a) como punto de contacto con la autoridad de control, con la que debe cooperar y servir de enlace; (b) como soporte y asesoramiento a la Administración pública en estos temas (especialmente al responsable y encargado del tratamiento, pero también a los empleados públicos que participen en esos procesos), con funciones asimismo de supervisor; y (c) como instancia de resolución con carácter previo reclamaciones de los interesados sobre protección de datos (artículo 37.2 PLOPD) y con una dimensión de "garante" o "protector" de los datos personales de los interesados, a los que puede también asesorar e informar. Su posición topográfica desde un punto funcional se sitúa en el centro de ese triangulo y conectado directamente con los tres vértices.

Como también se ha examinado, este puesto de trabajo tiene que configurarse como una suerte de "autoridad unipersonal independiente" que actúa en el seno de las estructuras administrativas, pero con una configuración dual (interna/externa) y de interlocución, lo que obliga a diseñar un modelo organizativo distinto y distante al tradicional. No encaja en las pautas ordinarias de la creación de puestos de trabajo en la función pública. Aquí las Administraciones públicas tienen un importante reto y sería bueno que lo afrontaran mediante la instauración de un modelo organizativo del DPD que sea singular, lo que tal vez requiera una regulación normativa de corte reglamentario (un reglamento organizativo) o, cuando menos, un acuerdo del órgano plenario o ejecutivo (resolución de alcaldía) en la que se determine cuál es el encuadre organizativo de la figura, se delimiten sus funciones y se deje claro el estatuto jurídico del DPD, así como se establezca un sistema de provisión específico atendiendo a la naturaleza singular de esta nueva pieza orgánica.

Es cierto que el RGPD admite que el DPD "pueda desempeñar otras funciones y cometidos", por lo que cabría configurar una suerte de puestos de trabajo o estructuras funcionales mixtas, pero tal como se ha defendido anteriormente no es muy recomendable. No solo por los hipotéticos conflictos de intereses que se puedan producir, sino también por la esquizofrenia en el desarrollo de las tareas que ello puede conllevar. Tal vez esta figura del DPD con dedicación parcial pueda ser una opción a barajar en las estructuras de gobiernos locales de pequeño o mediano tamaño o, en su defecto, en áreas de actuación pública con riesgos limitados en esta materia, así como tal vez en una primera fase de implantación de la figura. En estos casos y como ya se ha dicho, según las *Directrices* citadas, debe reservarse un porcentaje de tiempo para las tareas de DPD.

La denominación del órgano "*ad hoc*" (y del puesto de trabajo) debería ser Delegado/a de Protección de Datos. Debe dotársele de un nivel orgánico y estatuto retributivo, al menos, similar al de una Subdirección General o Jefatura de Servicio, donde aquella no exista. Incorporarlo como "alto cargo" falsearía la finalidad y espíritu del RGPD, pues el nombramiento

sería discrecional (no así el cese) y no se podrían acreditar las exigencias profesionales y de experiencia que el perfil del puesto requiere.

Final: Algunos aspectos de política de recursos humanos ¿Cómo cubrir estos singulares puestos de trabajo? Los nuevos retos.

Sin duda, los aspectos relacionados con el encuadre de esta figura en la política de recursos humanos están estrechamente pendientes de cuál sea finalmente el diseño organizativo por el que se incline cada Administración Pública para la inserción definitiva de la figura del DPD. Por tanto, en las líneas que siguen se omitirá cualquier referencia a la contratación externa del DPD, algo que ya se ha tratado circunstancialmente en páginas anteriores (aunque, cabe insistir, que este tema requiere un análisis monográfico). El foco de atención lo pondré, por tanto, en una internalización de la figura en la organización que conlleva en consecuencia la creación de un nuevo puesto de trabajo o la inserción de tales funciones en otro previamente existente, así como la provisión de ese puesto.

Descarto aquí, en principio, la creación de un puesto de trabajo específico (una plaza) y su cobertura externa mediante un procedimiento selectivo de oposición o concurso-oposición, aunque cabría potencialmente la posibilidad de llevar a cabo tal sistema. Pero la necesidad de incorporar la plaza en la Oferta de Empleo Público, previa creación de la misma y su inserción en la relación de puestos de trabajo y en la plantilla, así como la realización de la oportuna convocatoria de la prueba selectiva y la ejecución de la misma, conllevaría que este proceso se prolongara durante varios meses (e inclusive algún tiempo más) dejando a la Administración Pública sin dotar ese puesto de trabajo necesario a partir del 25 de mayo de 2018. Por razones temporales no parece operativa esta vía de cobertura, aunque si las Administraciones Públicas detectan que no disponen de personal suficientemente cualificado para esas funciones también podrían valorar una cobertura temporal o transitoria y poner en marcha en su día la máquina de realización de tales pruebas selectivas. Para realizar ese proceso con relativa rapidez hubiese sido operativo que la LOPD permitiera que el acceso a esas plazas se pudiera producir excepcionalmente por concurso, pero nada al respecto señala.

Tampoco parece nada operativo proceder a crear la plaza y dotarla a través de una figura de personal funcionario interino. Podría ser una solución, siempre que esa creación de la plaza no suponga incremento de gasto público en el capítulo de personal y se haya amortizado previamente alguna otra (esta operación es perfectamente factible, tal como reconoció la STC 88/2016). Pero el recurso a la figura del funcionario interino debilitaría en exceso el estatuto jurídico del DPD, puesto que quedaría siempre pendiente de la consolidación o estabilización del empleo temporal y se podría ver afectado su nota existencial de autonomía funcional e inclusive de independencia frente al responsable o encargado del tratamiento. No es una vía cerrada absolutamente, pero no es tal vez la más apropiada.

Lo que sí parece cierto es que, teniendo en cuenta que se trata de una figura nueva con las enormes singularidades que ofrece, lo más normal es que se produzca la creación de un puesto de trabajo de nuevo cuño, que se habría de definir funcionalmente de acuerdo con lo establecido en el RGPD y en la futura LOPD, así como en la normativa que la desarrolle, y encuadrarlo en tal condición en la estructura orgánica de la organización, pero sin dependencia jerárquica de ninguna otra estructura.

La creación de un nuevo puesto de trabajo supone la inserción del mismo en la Relación de Puestos de Trabajo o Instrumento de gestión de similares características, salvo que el puesto se califique como de personal directivo profesional (de acuerdo con lo que luego se dirá). Y ello también representa que la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo se ha de aprobar por los órganos de gobierno que prevé la LBRL (Pleno o Junta de Gobierno), previa negociación con los agentes sociales, y este proceso implica tiempo. En tal sentido hay que ser conscientes de que apenas quedan dos meses para la plena efectividad del RGPD. Por tanto, las decisiones que se han de tomar deberían ser expeditivas o rápidas.

Además de todo ello, se debería consignar en plantilla la existencia de tal plaza (algo que con toda seguridad no se habrá previsto en la inmensa mayoría de los casos en que se hayan aprobado los Presupuestos para 2018 y las correspondientes plantillas presupuestarias).

Y, una vez que se hayan cumplido estos trámites preceptivos y necesarios se habrá de establecer el modo de provisión del puesto de trabajo o, en su defecto, las convocatorias selectivas que procedan. La puesta en marcha del procedimiento de provisión de puestos de trabajo requiere, en primer lugar, la elaboración de las bases y la ejecución del procedimiento hasta la cobertura del puesto de trabajo. También esto requiere tiempo y, tal como se ha visto, es algo que las organizaciones

públicas no tienen si quieren llegar a la fecha indicada (25 de mayo de 2018) con los deberes hechos, algo que se antoja casi imposible.

Siempre quedan fórmulas alternativas para intentar salir del paso. Una sin duda es la creación del puesto de trabajo y su cobertura transitoria mediante comisión de servicios. En este caso, la debilidad del DPD también sería obvia, pero cabría recurrir a ese medio hasta la provisión del puesto por un procedimiento ordinario. No obstante, en la comisión de servicios se debería salvaguardar plenamente que la persona designada acredite el perfil profesional requerido para el desempeño del puesto y, por tanto, lo lógico sería que se abriera un proceso público y competitivo, siquiera fuera rápido, para esa provisión por ese mecanismo excepcional.

Otra es acudir a atribuir las funciones de DPD a un puesto de trabajo ya existente en la estructura, con carácter parcial o mediante la redefinición funcional del puesto, lo que comportaría una modificación de la RPT. Si se opta por la atribución de las funciones a un puesto de trabajo ya existente, se ha de partir del dato objetivo que las funciones de DPD son enormemente singulares y que –tal como se ha visto- no tienen parangón con ninguna otra de las que actualmente se desempeñan en las organizaciones públicas (ni siquiera con la vieja figura del responsable del fichero o de seguridad). Por tanto, cualquier adición de las nuevas funciones conllevaría una redefinición del puesto de trabajo y una necesaria modificación del mismo, así como una configuración "ex novo" de su estatuto jurídico.

Si no se configura como alto cargo por las razones expuestas, cabe plantearse cuáles serían las soluciones institucionales que se pueden barajar en torno a la provisión del puesto de trabajo del Delegado de Protección de Datos. Y aquí surgen los problemas, pues se plantean dos tipos de tensiones que se proyectan sobre dos principios también en tensión: a) Por un lado, la profesionalidad *versus* discrecionalidad; y, por otro, b) la temporalidad *versus* permanencia (o estabilidad). Veamos sucintamente ambas tensiones y sus consecuencias.

La primera tensión (profesionalidad/discrecionalidad) debería resolverse a favor del primer principio, puesto que una "designación discrecional" no cumpliría las exigencias mínimas establecidas por el RGPD. El procedimiento de libre designación, en su formulación tradicional, no encajaría en el espíritu ni finalidad del Reglamento, a pesar de que en este (y en el propio PLOPD se utilice la expresión "designación": hay que tener en cuenta que se aplica también al sector privado). La única forma de paliar esta limitación estribaría en establecer previamente a la entrada en acción del procedimiento de libre designación (o de libre nombramiento) algún sistema de acreditación de competencias (incluida, en su caso, la certificación) que garantice los conocimientos, experiencia y capacidades necesarios para desarrollar esas funciones. Lo normal es que el sistema de provisión de estos puestos de trabajo recoja esas exigencias de profesionalidad y elimine o acote al máximo la discrecionalidad en la designación, sino que esta obedezca al cumplimiento de tales parámetros. La AEPD sugiere, en buena lógica y ante la carencia de perfiles especializados, "desarrollar de forma inmediata una labor de formación de posibles candidatos a ocupar por primera vez los puestos de DPD en todos los niveles de las AAPP". Asimismo, también propone "establecer con carácter permanente actividades de formación en protección de datos para empleados públicos que deseen especializarse en la materia y optar eventualmente a ocupar los puestos de DPD". Son dos medidas sensatas, pero que se deben completar con una visión más amplia: las administraciones públicas deben invertir muchísimos recursos y tiempo en construir nuevos perfiles de puestos de trabajo relacionados con la digitalización y las TIC, así como formar intensivamente a sus empleados públicos en esta línea. La robotización y la inteligencia artificial harán desaparecer muchos puestos de trabajo del sector público (o dejarlos sin funciones), pero asimismo se demandarán otros muchos puestos de perfiles completamente distintos o nuevos y, por lo común, muy tecnificados (vinculados a la gestión de información y datos). La provisión del DPD puede ser un buen banco de pruebas para iniciar un proceso en la dirección indicada. No estaría mal comenzar por ello y explorar construcción de nuevos perfiles, así como herramientas formativas.

Parece más razonable que si se crea un puesto de trabajo singular de DPD, su provisión se lleve a cabo por medio del procedimiento de *concurso específico* mediante el cual se podrán realizar, aparte de la valoración de los méritos, determinadas pruebas tales como la elaboración de memorias o celebración de entrevistas, por medio de las cuales se pueda acreditar mejor que la persona designada adecua su perfil de competencias a las peculiaridades derivadas del puesto de trabajo objeto de la convocatoria[22]. Una vez más, el tiempo juega en contra, también en este caso.

[22] Ver, por ejemplo, artículo 45 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional.

La segunda tensión se suscita en torno a si la cobertura de tales puestos de trabajo debe ser temporal o permanente. Parece claro que, dadas las funciones que así se establecen en el RGPD, son puestos de naturaleza estructural, por tanto la primera impresión sería que cabría defender su estabilidad y permanencia. Más aún teniendo en cuenta que la política de protección de datos antes los riesgos evidentes de los tratamiento masivos o generalizados de datos y el cruce de algoritmos, se deberá incrementar con el paso del tiempo, teniendo estos puestos de trabajo un perfil cada vez más central en torno a esa evaluación y prevención de riesgos en los tratamientos de datos, así como requiriendo un proceso (y capacidades, por tanto) de adaptación permanente.

Pero una cosa es que el puesto tenga ese carácter y otra bien distinta es que la persona (funcionario) que sea nombrado o designado para tales funciones deba serlo con carácter definitivo. Al ser puestos de nueva creación y sin recorrido previo en las administraciones públicas, esa puede ser una opción no exenta de riesgos. Un error inicial en la provisión mediante concurso o concurso específico pudiera dejar desarmada a la Administración Pública de una pieza esencial para el correcto andamiaje de la puesta en marcha del RGPD en sus respectivas organizaciones. Tampoco estaría mal construir un sistema que permitiera una cierta rotación. Pero estas son decisiones organizativas y algunas no exentas de cierta complejidad, dada la rigidez del régimen jurídico de la función pública que se encuentra absolutamente inadaptado para asumir tales retos organizativos.

Si se va a un modelo de puestos de trabajo permanentes o estructurales rígidos, la solución sería –tal como se ha dicho- acudir a la provisión de tales puestos por el procedimiento de concurso específico, mucho mejor que el mero y simple concurso de méritos. Si se opta por puestos de trabajo estructurales (algo complejo de articular en el actual contexto normativo), pero con una temporalidad marcada, la opción más cabal es aplicar a la cobertura de puestos de trabajo una serie de exigencias que se derivan del estatuto jurídico de la figura del DPD según se puede deducir del RGPD: convocatoria pública, libre concurrencia, acreditación de los conocimientos, experiencia y capacidad para el desarrollo del puesto de trabajo, prever una temporalidad en su desempeño con posibilidades de volver a concursar en las sucesivas convocatorias, pero asimismo no incluir este tipo de puesto de trabajo en las relaciones de puestos de trabajo o, si se hiciera, dejarlos extramuros, dada su especial singularidad, de la negociación sindical.

Para dar respuesta a esa opción organizativa una vía a explorar podría ser la de aplicar un estatuto jurídico similar a la figura de la Dirección Pública Profesional, pero en este caso la rendición de cuentas (evaluación) se debería vehicular, tal como expone el Reglamento, al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado del tratamiento. Sin embargo, el carácter casi inédito de esa figura de la Dirección Pública Profesional, que solo se ha (mal) desarrollado normativamente en algunas leyes de Comunidades Autónomas que establecen un sistema de provisión público y de libre concurrencia donde se tiene en cuenta la idoneidad, el mérito y la capacidad, pero que acto seguido establece una modalidad de libre cese, hace muy difícil explorar esa vía para adecuarla a las necesidades de insertar el DPD en la estructura, en particular porque no hay regulación de desarrollo o porque esta es inadecuada para cumplir las exigencias del RGPD, pues no puede haber cese discrecional en ninguno de los casos.

La única opción para transitar esta vía de la inserción del DPD como "directivo público profesional" sería, allí donde el EBEP no esté desarrollado en estas materias[23], promover la regulación de esta cuestión mediante Reglamento la figura y dotarla de ese carácter, aplicándole las exigencias básicas del artículo 13 TREBEP, pero modulando sus contenidos a través de una acreditación previa de competencias profesionales y cerrando el paso a la discrecionalidad del cese.

Dada la singularidad de la figura del DPD y su peculiar encaje en la estructura orgánica de la Administración Pública, no cabría descartar que la solución normativa (un Reglamento de carácter estrictamente organizativo) fuera la vía más correcta para resolver todos y cada uno de los problemas analizados a lo largo de estas páginas. De nuevo nos topamos con la

[23] Por ejemplo, en el País Vasco los municipios de más de 40.000 habitantes podrían perfectamente acudir a esta vía, de acuerdo con lo establecido en el capítulo IV del Título III de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, en relación con lo que prevé la disposición adicional decimosegunda de ese mismo texto normativo. En otras CCAA que hayan desarrollado a través de Ley la figura de la DPP hay que examinar si esa regulación normativa es aplicable a las entidades locales y, en todo caso, eliminar de tal régimen jurídico el cese discrecional, por estar directamente vedado por el artículo 38.3 RGPD. En Cataluña no hay ningún desarrollo del EBEP en estas materias, salvo en algún municipio (por ejemplo, Sant Feliú de Llobregat, aunque prevé el cese discrecional de los directivos públicos profesionales), por lo que se debería aprobar un Reglamento específico que regulara la figura del DPP y su sistema de provisión, sobre todo si se le quiere dar el carácter de DPD. En Cataluña hay que examinar, no obstante, la regulación específica que algunas Diputaciones tienen de la figura del directivo público profesional (Barcelona) o de los órganos directivos (Lleida), pero en ninguno de ambos casos podría servir plenamente tal regulación porque habría que adaptarla a las previsiones del estatuto singular de inamovilidad (relativa) que tiene quien ostente tales funciones, que solo podrá ser removido o sancionado –de acuerdo con el artículo 36.3 PLOPD, cuando incurra "en dolo o negligencia grave en su ejercicio".

dificultad del tiempo que conlleva aprobar un Reglamento de estas características, al menos en el ámbito del gobierno local, puesto que requiere la aprobación inicial, el período de información pública y la aprobación definitiva, sin perjuicio de que en este caso no sea preceptiva la consulta pública previa. Pero, tal vez, puede ser la opción más limpia si se opta por una fórmula de DPD con una impronta de temporalidad (que se debería acotar en el tiempo a un mínimo de 4 o 5 años) y se acude a la figura del Directivo Público Profesional y no a un funcionario cuya provisión sea por concurso específico.

En todo caso, parece prudente que ante los obvios vacíos de regulación que ofrece el Reglamento (UE) 2016/679, así como frente a las anomias (auténticas "calvas") que en esta materia tiene el PLOPD, al tratarse de una potestad de autoorganización, tendrá que ser la administración pública correspondiente o el nivel de gobierno competente la instancia adecuada para elaborar alguna disposición normativa de naturaleza reglamentaria (o, en su defecto, un acuerdo de gobierno o plenario) que desbroce muchas de las incógnitas que todavía quedan a dos meses vista de la plena aplicación de la normativa europea. Reformar los sistemas de provisión de puestos de trabajo requiere una Ley, pero adaptar esos sistemas a las enormes singularidades que ofrece esta figura del Delegado de Protección de Datos (preludio tal vez de otras muchas figuras o puestos de trabajo de especial factura que, en el campo de la digitalización y Big Data, se puedan dar en los años venideros, también en el sector público) requiere sin duda dosis de ingenio, propuestas creativas e innovadoras, adaptabilidad, flexibilidad en el diseño y una línea de trabajo sostenida que haga avanzar a la administración pública por el camino de la profesionalización, la tecnificación y la apertura a la sociedad, en consonancia con el Gobierno Abierto y la Gobernanza Pública, ámbitos en los que también debe encajarse este nuevo e inmediato reto.

Los problemas –y no descubro nada nuevo- son los de siempre: la rigidez enorme (y absoluto desfase) de nuestro sistema normativo de función pública y su clara y evidente obsolescencia para dar respuesta a estas nuevas necesidades que ya comienzan a emerger de forma clara en el sector público. Habrá que ponerse creativos, aunque algunos estén tentados a trampear una vez más una normativa, actitud que debe ser recriminada. Pero, guste más o guste menos, ese nuevo marco normativo de protección de datos de carácter personal ha venido para quedarse o, cuando menos, para ser profundizado y adaptado en los próximos años. Veremos qué respuestas dan también los tribunales de justicia (TJUE, TC o jurisdicción contencioso-administrativa) a las numerosas cuestiones abiertas y no menos dudas que existen sobre su inmediata aplicación.

En cualquier caso, la regulación en materia de protección de datos personales es la única vía sensata para intentar evitar (no digo conseguir) que la intimidad personal y el derecho a la autodeterminación informativa y el resto de derechos fundamentales de la persona física no se vean lapidados completamente por una revolución tecnológica que hace de los datos personales un objeto cada vez más vulnerable. También en la Administración Pública. Al menos comencemos por ahí, aunque la laxitud sancionadora del PLOPD cuando de instituciones públicas se trata que reitera, como si nada hubiera pasado, el esquema de la aún vigente LOPD de 1999, no augure nada bueno en este terreno, donde se avanzará poco a poco y probablemente con mucha menos convicción de la que sería necesario asumir (pues hay "zanahoria", pero el "palo" está escondido). Aunque los responsable públicos deben tomar nota, puesto que el artículo 73, v) del PLOPD, prevé como falta grave el incumplimiento de la obligación de designar el DPD, si bien como no se aprobará tal Ley antes de unos meses, buena parte de las Administraciones Públicas procrastinará una vez más el cumplimiento de tal exigencia. Sea como fuere, el papel del Delegado de Protección de Datos y de las autoridades de control, especialmente de estas últimas, se torna imprescindible en este proceso que ahora se inaugura. Como siempre, nos hemos despertado muy tarde. Y, según parece, tampoco demasiado bien.

"Los datos son el eje de todo y supondrán un desafío para nuestras instituciones e incluso para nuestro

REDUCCIONES DE JORNADA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Carolina Gala Durán

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Autònoma de Barcelona

Seminari d'Actualització de funció pública local. Federació de Municipis de Catalunya.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE HIJOS/AS O MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL PERSONAL LABORAL. 3. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE FAMILIARES DEL PERSONAL LABORAL. 4. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS/AS O FAMILIARES DEL PERSONAL FUNCIONARIO. 4.1. El alcance del artículo 48 h del TREBEP. 4.2. La normativa catalana: La Llei 8/2006. 4.3. El impacto de la STSJ Catalunya CA de 13 de septiembre de 2017. 5. ASPECTOS COMUNES: LA PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 6. LA REDUCCIÓN O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL LABORAL. 7. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL FUNCIONARIO. 7.1. La regulación del artículo 48 f) del TREBEP. 8. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA PARA EL CUIDADO DE UN HIJO/A ENFERMO DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL LABORAL. 9. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE MENORES ENFERMOS DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL FUNCIONARIO.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta ponencia es analizar los principales tipos de reducciones de la jornada de trabajo aplicables actualmente en el marco de la Administración Local, tanto desde la perspectiva legal como jurisprudencial. Esos tipos son:

a) La reducción de la jornada de trabajo por cuidado de hijos/as o menores y personas con discapacidad.

b) La reducción de la jornada de trabajo por cuidado de otros familiares.

c) La reducción de la jornada o permiso por lactancia.

Y, d) la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de hijos/as enfermos de cáncer u otra enfermedad grave.

2. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE HIJOS/AS O MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD DEL PERSONAL LABORAL

En primer lugar, en cuanto a la legislación aplicable en este tipo de reducción de la jornada, cabe mencionar el artículo 37.6 párrafos 1º y 2º y 7 del Estatuto de los Trabajadores[1]. Al personal laboral, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, no le resulta aplicable lo dispuesto en el TREBEP. Y también cabe mencionar la negociación colectiva, que tiene un amplio margen de actuación en el caso del personal laboral.

En segundo lugar, cabe señalar que nos encontramos, tal y como han recordado los tribunales, ante un verdadero derecho, cuyo objetivo no es sólo facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar sino también garantizar el cuidado adecuado del sujeto causante de tal medida, ya se trate de un hijo/a, de un menor o de una persona con discapacidad. Tal y como se manifiesta en la STS de 11 de diciembre de 2001: *"... los supuestos de jornada reducida por guarda legal, que tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible*...".

Se trata, además, de un derecho individual, de todos los empleados, hombres o mujeres, y al mismo pueden acceder tanto los empleados temporales como indefinidos, a tiempo completo o a tiempo parcial.

Asimismo, y como consecuencia de todo lo anterior, este derecho no puede negarse y tiene que reconocerse sin dilaciones. Según los tribunales, nos encontramos ante un derecho innegable, inaplazable e inmodificable por decisión del empleador. El único límite, previsto en el propio ET, es que si dos o más empleados de la misma Administración Local generan este derecho por el mismo sujeto causante (por ejemplo, un hijo/a), puede limitarse su ejercicio simultáneo cuando así lo exijan las necesidades del servicio (decisión que debe estar suficientemente motivada teniendo en cuenta las circunstancias presentes en cada supuesto). En todo caso, será posible el disfrute sucesivo.

En tercer lugar, en relación con el contenido de esta medida de conciliación de la vida laboral y familiar, cabe destacar que ésta se concreta en una reducción de la jornada "diaria" de trabajo de entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad, con la consiguiente -y proporcional- reducción de las remuneraciones. Medida que podrá aplicarse cuando, por razones

[1] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

de guarda legal, el empleado tiene a su cuidado directo a un menor de 12 años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, siempre que no desempeñe una actividad retribuida. En este ámbito cabe realizar varias consideraciones:

1ª) Debe cumplirse el requisito de la guarda legal (por ejercer la patria potestad o la tutela del menor, incluyendo los supuestos de guarda con fines de adopción y el acogimiento), regulado conforme al derecho civil.

2ª) La edad máxima son los 12 años (edad que se ha ido incrementando en los últimos años).

3ª) Se exige el cumplimiento del requisito de "cuidado directo", que debe interpretarse de una forma amplia, esto es, como la asunción personal de la vigilancia del menor, pero sin que este control reclame necesariamente la convivencia o el cuidado físico del mismo o excluya la ayuda de terceras personas o instituciones.

4ª) En el caso de las personas con discapacidad, no se exige un grado concreto (por tanto, a partir del 33 por 100, debidamente acreditado por el órgano competente). Y se requiere contar con la guarda legal de esa persona, lo que limita enormemente el posible recurso a esta medida. Asimismo, la persona con discapacidad no puede desempeñar una actividad retribuida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, lo que no impide la percepción de rentas o de prestaciones de la Seguridad Social.

5ª) Esta medida implica siempre una reducción de la jornada "diaria" de trabajo: como mínimo una octava parte y como máximo la mitad (si no hay reducción, entonces nos encontramos en el campo de la medida de conciliación prevista en el artículo 34.8 del ET). Y esa reducción supone siempre una reducción proporcional de la remuneración que se viene percibiendo.

6ª) Respecto a cómo se concreta la reducción horaria, es decir, su "concreción horaria", ésta corresponde al propio empleado y tiene plena libertad, ya que es él quien conoce realmente su situación familiar y sus necesidades. Y no tiene que especificar los motivos de su elección (STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2011).

Cabe tener presente que la entidad local puede negarse a la concreción propuesta por el empleado por necesidades del servicio, si bien tal negativa debe motivarse suficientemente, teniendo en cuenta las concretas circunstancias presentes, no de forma genérica. Ante tal

negativa, la alternativa del empleado es demandar ante la jurisdicción social por la vía de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

7ª) En caso de no reconocimiento injustificado de esta medida de conciliación, los tribunales prevén el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados al empleado, siempre que se aleguen los elementos objetivos que la sustentan.

8ª) Cabe destacar también que el convenio colectivo del personal laboral puede mejorar los derechos reconocidos legalmente y, entre ellos, éste, pero no restringirlos o limitarlos (STSJ de Cantabria de 26 de mayo de 2011). Así, en la STS de 21 de marzo de 2011 se señala: "*... las anteriores consideraciones no suponen que se prive a la negociación colectiva de la posibilidad de establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, pero ha de tenerse presente que dicha concreción ha de realizarse ponderando los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción pues ha de tenerse en cuenta que estamos ante el ejercicio de un derecho individual y toda limitación del mismo ha de obedecer a razones suficientemente justificadas...*".

9ª) La solicitud o disfrute de esta medida de conciliación no puede comportar consecuencias desfavorables desde la perspectiva profesional (cambio de funciones, afectación a la promoción profesional, cambio de centro…). De existir, los complementos salariales se reducen de forma proporcional.

10ª) Es el propio empleado el que decide cuánto tiempo va a disfrutar de este derecho (días, meses, años) y ese disfrute puede ser fraccionado. En el caso de los hijos/as o menores se puede disfrutar hasta los 12 años de edad del menor, y en el caso de la persona con discapacidad no hay límite temporal expreso.

11ª) Cabe tener presente también que un nuevo sujeto causante (un nuevo hijo/a, por ejemplo) ponen fin al derecho anterior, y surge un nuevo derecho, con todas las consecuencias.

12ª) El empleado debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

Y, 13ª) finalmente, cabe tener en cuenta que esta medida de conciliación cuenta con una protección reforzada en el caso de despido (artículos 53.4.b) y 55.5.b) del ET), que implica que será nulo el despido del empleado que haya solicitado o esté disfrutando de la reducción de la jornada, con la consiguiente readmisión obligatoria y pago de salarios, más el alta en la Seguridad Social. Y también es posible la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios. Se trata,

además, de una nulidad automática, por lo que no es necesario aportar indicios cuando se trata de una empleada (por la conexión con el artículo 14 de la Constitución). En todo caso, el despido puede ser declarado procedente si se prueba una causa distinta, no vinculada con el derecho a solicitar o disfrutar de este tipo de reducción de la jornada de trabajo.

Por último, también se ha considerado un despido nulo la extinción de un contrato de obra o servicio justo después de la solicitud de una reducción de la jornada, al no aportar la Administración Pública ninguna prueba que justificase que efectivamente había finalizado ese contrato (STSJ de Galicia de 20 de enero de 2011).

3. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CUIDADO DE FAMILIARES DEL PERSONAL LABORAL

Esta reducción de la jornada de trabajo puede solicitarse en el caso de cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puede valerse por sí mismo y no desarrolla una actividad retribuida.

Se trata de un tipo de reducción de la jornada mucho menos frecuente que el vinculado con el cuidado de hijos/as o menores, y que se caracteriza por los siguientes elementos:

a) Solo alcanza a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, así como al cónyuge. También se incluyen los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.

En cambio, no se incluye la pareja de hecho ni sus familiares, salvo que así se establezca en el convenio colectivo o por otra vía.

b) No se exige la guarda legal del sujeto causante de la medida, pero sí un "cuidado directo" (concepto que cabe interpretar en los mismos términos vistos anteriormente en relación con el cuidado de hijos/as).

c) Respecto a la exigencia de que el familiar "no pueda valerse por sí mismo", ésta se probará mediante informes médicos o declaraciones de incapacidad o dependencia, entre otros.

d) Esta reducción de la jornada no tiene límite temporal, dependerá de la decisión del empleado siempre que se mantengan los requisitos exigidos legalmente.

e) El empleado debe avisar con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria de trabajo.

Y, f) los parámetros para la reducción de la jornada son los mismos que en el supuesto de la reducción de la jornada por cuidado de hijos/as, así como la forma de llevar a cabo la correspondiente concreción horaria.

Lógicamente, recurrir a esta medida no puede suponer un perjuicio en el desarrollo profesional o las condiciones laborales del empleado. Y también se aplica la protección reforzada en materia de despido.

4. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS/AS O FAMILIARES DEL PERSONAL FUNCIONARIO

En primer lugar, en cuanto a la legislación aplicable al personal funcionario cabe tener presente varias normas: el artículo 48 h) del TREBEP, el artículo 92 de la Ley de Bases del Régimen Local, el 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y el artículo 26.a) en relación con el artículo 24 de la Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del personal al servei de les administracions publiques de Catalunya. Cabe señalar que, como veremos más adelante, la "interacción" entre ellas se ha visto alterada tras la modificación del citado artículo 48.h) por parte del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

4.1. El alcance del artículo 48 h) del TREBEP

Tras la reforma del Real Decreto-ley 20/2012, en este artículo se establece que, por razones de guarda legal, cuando el funcionario tiene el cuidado directo de algún menor de 12 años, de una persona mayor que requiere especial dedicación o de una persona con discapacidad que no desempeña una actividad retribuida, tiene derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones. También para el cuidado directo de un familiar, hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puede valerse por sí mismo y no desempeña una actividad retribuida. Partiendo de ello, cabe señalar que:

1) Se trata de un derecho individual, de hombres y mujeres (STSJ CA del País Vasco de 22 de marzo de 2012), con el que se persigue promocionar la corresponsabilidad frente al cuidado de los hijos o familiares y evitar que dicho cuidado se identifique exclusivamente con las mujeres.

2) Se trata de un derecho que debe ser reconocido sin dilaciones ni cambios arbitrarios.

3) Se protege el derecho del funcionario y del familiar; así, en la STSJ de Madrid CA de 7 de mayo de 2010 se establece que: "… *los supuestos de jornada reducida por guarda legal tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplimiento con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible…".*

4) En el supuesto de los menores de 12 años, pueden ser hijos/as propios o adoptados o menores sujetos a guarda con fines de adopción y acogimiento. En todo caso se exige la guarda legal.

En caso de parto múltiple, solo uno de los beneficiarios de la medida puede solicitar la reducción de la jornada, aunque cabe el disfrute sucesivo (STSJ de Catalunya CA de 2 de julio de 2013).

El menor debe estar al cuidado directo del funcionario solicitante (lo que no implica necesariamente la convivencia o el cuidado físico del menor o excluya la ayuda de terceras personas o instituciones).

Y, en fin, en caso de divorcio o separación, no tiene derecho a esta medida quien está privado de la custodia.

5) En el caso de las personas mayores que requieren una especial dedicación, cabe señalar que no es necesaria la convivencia, aunque la persona mayor sí debe encontrarse bajo el cuidado directo del funcionario.

Y también cabe tener presente que la persona mayor objeto de cuidado puede percibir una pensión y que el hecho de que requiera una "especial dedicación", vendrá determinado por los correspondientes informes médicos o de servicios sociales.

6) En el supuesto de las personas con discapacidad se requiere guarda legal y, además, cuidado directo por parte del funcionario. Asimismo, dicha persona no puede desarrollar una actividad retribuida, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, pero sí puede percibir prestaciones de la Seguridad Social.

7) En el caso de los familiares no se exige guarda legal y se incluye el cónyuge, pero no la pareja de hecho. Como en el caso del personal laboral, se requiere que dicho familiar no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe una actividad retribuida (esa falta de autonomía se demostrará mediante informes médicos, de los servicios sociales…). También como en el supuesto del personal laboral, cabe criticar la limitación de la medida exclusivamente a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

No se requiere la convivencia con el familiar o que éste se halle a cargo exclusivo del funcionario.

8) A diferencia del ET, el TREBEP no fija unos límites concretos de reducción de la jornada de trabajo, ni mínimos ni máximos. A nuestro entender, esta delimitación puede llevarla a cabo la legislación autonómica.

En cuanto al límite temporal de la medida, solo está previsto para el caso de los hijos o menores y se sitúa en los 12 años.

En todo caso, resultan nulas las limitaciones a la reducción de la jornada de trabajo incorporadas por la negociación colectiva funcionarial (STSJ de Islas Canarias CA de 12 de mayo de 2014).

9) Este derecho puede ejercerse varias veces respecto del mismo sujeto causante.

10) En cuanto a la concreción horaria de la reducción de la jornada, la decisión corresponde exclusivamente al funcionario, ya que es el único que conoce cuál es la opción más favorable para la conciliación de su vida laboral y familiar.

La Administración puede denegar la petición formulada por el funcionario, pero de forma motivada y vinculada dicha motivación con el concreto supuesto de hecho. Al ser un derecho individual del funcionario, debe ser la Administración la que justifique su decisión denegatoria, atendidas las circunstancias tanto del funcionario como del servicio (STSJ del País Vasco CA de 22 de marzo de 2012). En caso de denegación de la reducción de la jornada, el funcionario puede recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y de tratarse de una negativa injustificada podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

11) El funcionario debe avisar con quince días de antelación la fecha de reincorporación a su jornada ordinaria de trabajo.

Y, 12) por último, cabe tener presente el artículo 48 i) del TREBEP, según el cual cuando sea preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, se tiene derecho a solicitar una reducción hasta el 50 por 100 de su jornada de trabajo, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se puede prorratear entre los distintos titulares, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes.

4.2. La normativa catalana: La Llei 8/2006

Tal y como es conocido, el artículo 26.a) de la Llei 8/2006 establece que las personas a las que se aplica dicha ley (entre ellos, los funcionarios de las entidades locales catalanas) pueden disfrutar de una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada de trabajo, con la percepción del 80 por 100 o del 60 por 100 de la retribución, respectivamente, en los siguientes supuestos:

a) Para cuidar de un hijo o hija menor de 6 años, siempre que se tenga su guarda legal.

b) Para cuidar de una persona con discapacidad psíquica, física o sensorial que no haga ninguna actividad retribuida, siempre que se tenga su guarda legal.

c) Por tener a cargo un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida igual o superior al 65 por 100 o con un grado de dependencia que le impide ser autónomo, o que requiere especial dedicación o atención.

Y, d) las mujeres víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Y, junto a ello, en el artículo 24 de la misma Llei 8/2006 se señala que las personas que por razón de guarda legal tienen cuidado directo de un hijo o hija menor de doce años pueden gozar de una reducción de un tercio o de la mitad de la jornada con la reducción proporcional de las retribuciones. Solamente si las necesidades del servicio lo permiten, la reducción puede ser de otra fracción de jornada, que debe ser en cualquier caso entre la octava parte y la mitad de la jornada.

De lo señalado en tales preceptos se derivan las siguientes consideraciones:

1) Esta medida es incompatible con la autorización de compatibilidad.

2) La reducción de la jornada no puede reconocerse a dos personas por el mismo sujeto causante, salvo que se ejerza la reducción de forma alternativa y sin superar el límite máximo de duración.

3) En los supuestos previstos en el artículo 26 no existe una equivalencia proporcional entre la reducción de la jornada y la reducción de la remuneración (y de las cotizaciones); recogiéndose un régimen más favorable que el establecido en el artículo 48 h) del TREBEP. Cuando sea necesario acudir a la medida prevista en el artículo 24 (hijo/a o menor a partir de los 6 años de edad y hasta los 12 años) sí se establece una proporcionalidad entre la reducción de la jornada de trabajo y la reducción de la remuneración.

4) Esta reducción puede solicitarse una o más veces, y hacerlo dos personas respecto del mismo sujeto causante, de forma sucesiva.

5) Si se trata de los hijos/as, se incluyen todos los supuestos de filiación, con el límite de tener su guarda legal, y no se puede exigir que su cuidado esté a cargo exclusivo del funcionario solicitante. Tampoco se requiere que el otro progenitor trabaje.

6) En el supuesto de personas con discapacidad, se exige también la guarda legal, lo que limita mucho el posible disfrute de esta medida. No se exige convivencia, ni que la persona discapacitada se encuentre a cargo exclusivo del solicitante. Y no se prevé límite temporal para esta reducción.

7) En el caso de los familiares, cabe destacar el carácter ambiguo y genérico de los requisitos exigidos (un grado de dependencia que le impida ser autónomo, o requiera una dedicación o atención especial). A estos efectos, resulta muy discutible el elevado grado de incapacidad del familiar exigido -65 por 100-, así como que la medida solo alcance a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Se incluye el cónyuge y la pareja de hecho y no se requiere la convivencia con el familiar ni que éste esté a cargo exclusivo del funcionario.

Y, 8) la propia Llei 8/2006 incentiva que este modelo de medida de conciliación se traslade al personal laboral de las Administraciones Públicas catalanas, al establecer su disposición adicional 1ª que las medidas establecidas son aplicables al personal laboral de acuerdo con lo que establecen los correspondientes convenios colectivos, para los cuales la mencionada ley deviene principio orientador.

4.3. El impacto de la STSJ Catalunya CA de 13 de septiembre de 2017

En esta sentencia se plantea la siguiente duda: ¿tras la modificación del artículo 48 por el Real Decreto-ley 20/2012 es posible seguir abonando el 80 por 100 de la remuneración a una funcionaria de un Ayuntamiento que reduce su jornada de trabajo en un tercio para el cuidado de su hijo, conforme a lo previsto en el artículo 26.a) de la Llei 8/2006?

La funcionaria alega que el artículo 26.a) de la Llei 8/2006 está en vigor y resulta compatible con el artículo 48 h) del TREBEP que únicamente establece el concepto y la finalidad por la que pueden ser concedidos los permisos sin añadir mayor previsión o límite.

En cambio, el Ayuntamiento considera que el término *"que corresponda"* del artículo 48 h) es sinónimo de *"proporcional"* y, por tanto, una reducción de la jornada de trabajo del 66 por 100 implica una remuneración del 66 por 100.

El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya considera que debe inaplicarse el artículo 26.a) de la Llei 8/2006, criterio que compartimos, por las razones siguientes:

1ª) Con anterioridad al Real Decreto-ley 20/2012, el artículo 48 h) del EBEP remitía los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración a la legislación autonómica y en defecto de ésta establecía las correspondientes reglas.

2ª) El artículo 48 tiene carácter de norma básica y ya no se remite, como en su redacción anterior, a su carácter de aplicación supletoria en defecto de legislación autonómica.

3ª) La finalidad expresada en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 es el ahorro de costes de personal y el incremento de productividad de los empleados públicos, a través de la aplicación del conjunto de medidas que contempla, siendo una de ellas la regulación de los permisos.

4ª) A la vista de lo anterior, el artículo 26.a) al prever unos porcentajes de reducción y una disminución de retribuciones que no se corresponde en cuanto a la proporcionalidad con el tiempo trabajado, no resulta compatible con el artículo 48 h) del TREBEP, precepto que al ser básico desplaza en cuanto a su aplicación al artículo 26.a).

5ª) El artículo 48 h) hace únicamente referencia al derecho al permiso de reducción de la jornada, sin establecer ningún porcentaje de reducción de ésta y por ello tampoco prevé ningún porcentaje concreto de disminución de las retribuciones, y se remite en este caso a la disminución que "corresponda".

Ese término hace referencia a la exigencia de proporción entre el trabajo que se presta y la retribución que se percibe y tiene además en cuenta la necesaria reciprocidad, máxime si se tiene en cuenta el contexto en que se regula, es decir, en la situación económica del momento en que se aprobó el Real Decreto-ley 20/2012.

6ª) Hay que entender que el artículo 26.a) fija unos determinados porcentajes retributivos que no guardan, en cuanto al tiempo trabajado una estricta proporcionalidad, que no resulta compatible en su aplicación con el artículo 48 h), que tiene la condición de norma básica y por ello es el precepto que resulta aplicable.

7ª) Otra cosa es que la norma básica estatal, respetando su contenido, pueda ser desarrollada por una norma autonómica, pero que no puede tener idéntico contenido, por incompatible, con el que contempla el artículo 26.a).

Y, 8ª) hay que insistir en que la ley básica estatal ha desplazado en su aplicación, por incompatible con sus prescripciones la ley autonómica anterior.

Lógicamente, la misma solución resulta aplicable al resto de supuestos -distinto del cuidado de un hijo/a- recogidos en el artículo 26 de la Llei 8/2006.

Cabe preguntarse qué impacto puede tener la doctrina de esta sentencia en el personal laboral: a nuestro entender, por convenio colectivo dicho personal puede prever una mejora de lo previsto legalmente y, en consecuencia, establecer una mejora retributiva en el caso de recurrir a una reducción de la jornada, pero lo que no bastaría sería una remisión genérica a lo establecido en la Llei 8/2006 o a lo previsto en el artículo 26.a), por cuanto, como hemos visto,

dicho artículo 26.a) ha sido desplazado por el artículo 48 h) del TREBEP. Habrá que tener en cuenta, pues, los concretos términos empleados en el convenio colectivo y, en su caso, modificarlo.

En cambio, tal y como ha señalado la jurisdicción contencioso-administrativa, la negociación colectiva funcionarial no puede mejorar en materia de permisos lo previsto en la norma legal, por lo que no cabe incorporar por dicha vía la correspondiente mejora retributiva.

5. ASPECTOS COMUNES: LA PROTECCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Desde la perspectiva de Seguridad Social cabe tener en cuenta lo previsto en el artículo 237 de la Ley General de la Seguridad Social, tanto para el personal laboral como para el personal funcionario, según el cual:

a) En el caso de la reducción de la jornada por cuidado de hijos/as o menores, ya se trate de personal laboral o personal funcionario, los dos primeros años se consideran cotizados al 100 por 100 a los efectos de las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia. A partir de ahí se computa la cotización real, lo que puede tener efectos negativos en el marco de las pensiones por incapacidad permanente o jubilación (no hay discriminación indirecta por razón de sexo, ATC de 27 de marzo de 2007).

Y, b) si se trata de una reducción de la jornada por cuidado de personas por discapacidad o familiares (personal laboral o personal funcionario): se considera cotizado al 100 por 100 solo el primer año.

A los efectos de reducir el eventual efecto desfavorable desde la perspectiva de las prestaciones, es posible recurrir a la figura del convenio especial.

6. LA REDUCCIÓN O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL LABORAL

Otra medida de conciliación frecuentemente utilizada en el sector público es el permiso o la reducción de la jornada por lactancia, cuyo objetivo no es tanto facilitar la lactancia o la alimentación del menor sino el cuidado, la atención y la asistencia del hijo o menor por parte de sus progenitores, adoptantes o acogedores durante los primeros meses de vida. Tal y como declaró la STJUE de 30 de septiembre de 2010: el objetivo es reconocer a ambos progenitores un tiempo para el cuidado del hijo o menor, sin pretender asegurar la protección de la condición biológica de la madre después del embarazo o la protección.

La regulación de esta medida de conciliación se encuentra en el artículo 37.4 del ET, según el cual, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la lactancia de un menor hasta que éste cumpla nueve meses, el empleado tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo, que puede dividir en dos fracciones. La duración se incrementa proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Y se puede sustituir el permiso retribuido por una reducción de la jornada de trabajo en media hora con la misma finalidad o acumularla en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empleador respetando, en su caso, lo establecido en dicha negociación.

Es un derecho individual de los empleados, hombres o mujeres, pero solo puede ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen (ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia). Y cabe un disfrute sucesivo, sin superar la duración máxima prevista por el ET. Asimismo, este derecho puede ser mejorado a través de convenio colectivo.

Se aplica tanto a hijos naturales como a los adoptados o menores acogidos, con el límite de los nueve meses de edad del menor.

Cabe tener presente también que a este derecho puede recurrir tanto el personal temporal como indefinido, y también el personal a tiempo parcial, sin que se vea reducida la duración de la medida. Y tampoco se puede reducir la medida en los supuestos de reducción de la jornada por cuidado de hijos/as o familiares, ya que se protege la finalidad que es el cuidado y asistencia del menor (STSJ de Canarias de 20 de febrero de 2006).

Por otra parte, cabe destacar que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponde al empleado, dentro de su jornada ordinaria de trabajo, previa comunicación

a la Administración. En caso de discrepancia debe acudirse al procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Y se debe avisar con quince días de antelación la fecha de reincorporación a la jornada ordinaria de trabajo, si bien por convenio colectivo puede fijarse un plazo diferente.

Tal y como reconoce el propio artículo 37.4 del ET, se puede optar por acumular el período de lactancia en jornadas completas en los términos previstos en el convenio colectivo o en el acuerdo con el empleador. En todo caso, los términos concretos del disfrute acumulado –con el único límite de que debe ser por jornadas completas y de tratarse de una hora diaria-, se deja exclusivamente en manos del convenio colectivo o del correspondiente acuerdo (STS de 11 de noviembre de 2009): así, por ejemplo, resulta admisible no tratar de una forma especial los supuestos de parto múltiple (STSJ de Andalucía de 19 de mayo de 2011). En caso de no reconocerse la acumulación, de estar prevista, podrá solicitarse una indemnización por daños y perjuicios (STSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2010).

Este permiso o reducción de la jornada por lactancia es incompatible con el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, y compatible con la reducción de la jornada por cuidado de hijos/as, ya que se trata de figuras con naturaleza, causa y finalidad diferentes, con sujetos e intensidad distintos, y con una diversa duración y repercusión en las remuneraciones del empleado.

Por otra parte, la solicitud o disfrute de esta medida de conciliación no puede suponer ningún perjuicio para el empleado, ni en materia retributiva, ni en la promoción o carrera profesional, ni en relación con cualquier otra condición de trabajo (STS de 9 de diciembre de 2009).

Finalmente, cabe destacar que si se despide a un empleado que ha solicitado o está disfrutando del permiso o reducción de la jornada por lactancia, dicho despido es nulo, con las consecuencias correspondientes, salvo que la Administración pruebe suficientemente la causa justificativa. Se trata, además, de una nulidad que actúa de forma automática y con carácter objetivo (STSJ de Canarias de 23 de octubre 2013).

7. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA O PERMISO POR LACTANCIA DEL PERSONAL FUNCIONARIO

7.1. La regulación del artículo 48 f) del TREBEP

En este ámbito el artículo 48 f) del TREBEP señala que el funcionario por lactancia de un hijo menor de 12 meses tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo que puede dividir en dos fracciones. Este derecho puede sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho puede ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen, y se incrementa proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

Asimismo, se establece que la funcionaria puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

En este ámbito cabe señalar que:

a) La reducción es superior a la prevista para el personal laboral -1 hora- y alcanza hasta los 12 meses (no hasta los 9 meses).

b) Incluye los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento de menores, y la finalidad de la medida no es tanto la alimentación del menor como su atención y asistencia durante los primeros meses de vida (STSJ de Aragón CA de 4 de diciembre de 2012).

c) Nos encontramos ante un derecho individual del funcionario y, por tanto, se tiene derecho a esta medida con independencia de que se haya disfrutado o no de los permisos por maternidad o paternidad.

d) La duración se incrementa en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples, y también en el supuesto de acumulación.

e) En el caso de que ambos progenitores trabajen, solo uno de ellos puede disfrutar de esta medida, aunque cabe el disfrute sucesivo dentro del plazo máximo.

Cabe destacar que, según los tribunales, en caso de desacuerdo entre ambos progenitores, tiene preferencia la decisión de la madre sobre quién puede ejercitar este derecho (STSJ de Aragón CA de 4 de diciembre de 2012).

f) Esta medida tiene carácter retribuido y no tiene consecuencias negativas a efectos de la Seguridad Social, ni en ningún otro concepto.

g) La concreción horaria y la determinación del período de disfrute corresponden al funcionario, dentro de su jornada de trabajo ordinaria, previa comunicación a la Administración. Debe preavisarse con quince días la fecha de reincorporación a la jornada de trabajo ordinaria.

h) Es incompatible esta medida con la prestación por maternidad a tiempo parcial, y compatible con la reducción de la jornada por cuidado de hijo.

E, i) en caso de no reconocimiento de esta medida por parte de la Administración, el funcionario puede tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

7.2. El contenido de la Llei 8/2006

Cabe recordar que en la Llei 8/2006 se señala que:

1) El permiso es de una hora diaria de ausencia del puesto de trabajo, que puede dividirse en dos fracciones de 30 minutos. No se hace referencia a la posibilidad de reducir la jornada de trabajo.

2) En los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples el permiso es de dos horas diarias, que pueden dividirse en dos fracciones de una hora.

3) El período de lactancia se inicia una vez finalizado el permiso por maternidad y tiene una duración máxima de veinte semanas.

Y, 4) a petición del beneficiario, las horas del permiso pueden compactarse en jornadas completas de trabajo, consecutivas o repartidas por semanas, sin alterar el momento de inicio del período de permiso y teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

En este punto, cabe tener muy presente que la STSJ de Catalunya CA de 13 de septiembre de 2017 considera, como hemos visto, que el artículo 48 del TREBEP es norma básica, por lo que también se ve afectada la regulación contenida en relación con el permiso de lactancia en la Llei 8/2006.

8. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA PARA EL CUIDADO DE UN HIJO/A ENFERMO DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL LABORAL

La finalidad de esta medida es el cuidado, a cargo de sus progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, de un hijo o menor enfermo de cáncer u otra enfermedad grave (la lista de enfermedades graves -que no admite ampliación- se encuentra regulada en el Real Decreto 1148/2011, no aplicable directamente al personal funcionario, pero sí puede servir como referente).

Esta medida consiste en una reducción de la jornada de trabajo de, al menos, la mitad de la jornada con la reducción proporcional de la remuneración (pérdida de ingresos que, en su caso, puede ser cubierta por una prestación a cargo del sistema de Seguridad Social (regulada en el artículo 190 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social).

En palabras del artículo 37.6 párrafo 3º del ET, el progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de al menos la mitad de la jornada, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por un cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo pueden establecerse las condiciones de la acumulación en jornadas completas.

Según los tribunales, la reducción de la jornada puede alcanzar hasta el 99 por 100 de la jornada con un mínimo del 50 por 100 (STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 2013), y alcanzar, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Es posible que ambos progenitores, si trabajan, puedan acceder simultáneamente a esta medida de conciliación, pero solo uno de ellos podrá mantener sus ingresos mediante el acceso, en su caso, a la prestación de la Seguridad Social.

En relación con esta medida de conciliación cabe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1ª) Se trata de un derecho y, por tanto, la Administración está obligada a reconocerlo de forma inmediata.

2ª) Se aplica a los hijos naturales o adoptivos y a los menores sujetos a una guarda con fines de adopción o a un acogimiento permanente (también las figuras extranjeras equivalentes). Discutible que solo afecte a hijos/as y no a otros familiares, cuando las condiciones son más favorables que en la reducción de la jornada por cuidado de familiares.

3ª) Se aplica al personal temporal, indefinido y a tiempo parcial.

4ª) El menor debe estar a cargo, pero no se exige que se encuentre a su cuidado exclusivo.

5ª) Aunque siempre se requiere la existencia previa, en algún momento, de un ingreso hospitalario, esta medida también se aplica en el caso del cuidado domiciliario del menor, que requiera una atención especial.

En caso de recaída no es necesario un nuevo ingreso hospitalario, si bien se requiere una nueva declaración médica, en la que se determine la necesidad de continuación del tratamiento médico, así como del cuidado directo, continuado y permanente del menor.

6ª) La prueba de la situación se concreta en la existencia de informe o informes elaborados por el facultativo del sistema público de salud (no un médico privado), informes que deben realizarse cada dos meses, a los efectos de mantener la continuidad de la medida.

7ª) Para acudir a esta medida es necesario probar -mediante el correspondiente informe necesario- que el menor requiere un cuidado permanente, interpretado por los tribunales, de forma restrictiva, como una "atención específica, concreta y particular vinculada con la enfermedad". Enfermedad que debe ser una de las previstas en el anexo del Real Decreto 1148/2011; lista que, según los tribunales, tiene carácter de cerrada.

8ª) En el caso del personal laboral siempre que se den los requisitos es posible acceder a esta medida, pero se requiere que ambos progenitores trabajen para que uno de ellos pueda acceder a la prestación de la Seguridad Social.

9ª) La concreción horaria y el período de disfrute los determina el beneficiario dentro de su jornada ordinaria de trabajo. En caso de discrepancias habrá que acudir a lo establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

10ª) En cuanto a la prestación de la Seguridad Social cabe destacar que:

- Se deben cumplir los requisitos previstos para la prestación por maternidad.

- En caso de separación judicial, nulidad o divorcio, solo puede reconocerse la prestación a uno de ellos, determinado de común acuerdo, o en su defecto, tendrá derecho aquél que tenga la custodia del menor o, si es compartida, quien antes la solicite. También en el caso de parejas de hecho.

- En casos de separación cuando uno solo tiene la custodia del menor, si el otro pierde su empleo y deja de estar en alta en la Seguridad Social, el primero pierde su derecho a la prestación (STSJ de Canarias de 5 de noviembre de 2013).

- Por acuerdo puede alternarse el cobro entre los dos posibles beneficiarios, por períodos no inferiores a un mes.

- Se cobra el 100 por 100 de la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales en proporción a la reducción de la jornada.

- Solo hay derecho a una prestación, aunque haya más de un menor enfermo.

- Se reconoce por un plazo inicial de un mes, prorrogable por períodos de 2 meses cuando subsista la necesidad (con el correspondiente informe médico).

- Y finalmente, la gestión de la prestación corresponde a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social o al INSS, en función de dónde tenga la organización cubierta esta prestación.

11ª) El empleado debe avisar a la Administración con una antelación de quince días, o la que se fije en el convenio colectivo, la fecha en que iniciará y finalizará esta reducción de la jornada.

12ª) La Administración puede limitar el ejercicio simultáneo por dos beneficiarios por razones fundadas –y suficientemente justificadas- en el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

13ª) Se mantiene la obligación de cotizar por la jornada trabajada por el empleado.

Y, 14ª) a efectos de la Seguridad Social, cabe tener presente que, conforme al artículo 237.3 párrafo 2º de la Ley General de la Seguridad Social, esas cotizaciones computan al 100 por 100 a los efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

9. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR CUIDADO DE MENORES ENFERMOS DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE DEL PERSONAL FUNCIONARIO

Finalmente, cabe destacar que el artículo 49.e) del TREBEP reconoce el derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores permanentes trabajen, a una reducción de la jornada de, al menos, la mitad, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde vengan prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por un cáncer o por cualquier otra enfermedad grave que

implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio de salud y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Para acceder a esta medida se exige que ambos progenitores trabajadores y no se aplica la prestación de Seguridad Social antes vistas, sino que el funcionario cobrará la remuneración total (cabe tener presente si ambos progenitores son personal laboral y/o personal funcionario) ambos tendrán derecho a esta reducción de la jornada pero solo uno de ellos mantendrá la totalidad de sus ingresos (a cargo de la Seguridad Social si es personal laboral o a cargo de la Administración si es funcionario).

Y cabe señalar que puede limitarse, de forma motivada, el ejercicio simultáneo de esta medida por dos personas en una misma Administración Local.

LOS PLANES DE IGUALDAD EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Flavia Tello Sánchez[1]

El mandato constitucional de 1978 nos recuerda que en España todas las personas *son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social* (art. 14). Junto a lo anterior, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979, refrenda a nivel mundial la importancia de erradicar la discriminación por razones de género y promover el empoderamiento femenino en todas las esferas, definiendo un marco obligatorio de cumplimiento para los países que la han ratificado, como así lo hiciera España en 1983.

A nivel europeo, el Tratado de Ámsterdam revisa y actualiza los lineamientos comunitarios de la Unión Europea planteando de manera explícita el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. Entre otras medidas, dispone: *"Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor"*, y, sin embargo, en España, la brecha salarial entre hombres y mujeres se sitúa en el 24%[2].

Por su parte, a nivel nacional se promulga la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. La segunda, tiene dos disposiciones específicas dirigidas al ámbito municipal: *"Las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias"* (art. 21), y concreta:

> Con el fin de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad. Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos planes. (art. 22)

A nivel europeo, en 2011 se aprueba el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, conocido como Convención de Estambul. Esta Convención, de obligado cumplimiento para España desde el momento en que la ratifica en 2014, estipula que las medidas a adoptar para garantizar la protección de las mujeres víctimas de violencias machistas deben ser articuladas por las

---

[1] Directora del Gabinete Técnico y Responsable de la Unidad de Género de la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Coordinadora Técnica de la Red Iberoamericana de Municipios por la Igualdad de Género. Directora Editorial de la Revista Agendas Locales de Género.

[2] UGT (2016): La igualdad salarial, un objetivo pendiente.

distintas agencias y estamentos gubernamentales, entre otros, con las autoridades locales (art. 7).

Otro marco de lineamientos a favor de la igualdad de género se da a nivel mundial. A la luz de los insatisfactorios logros alcanzados en las metas propuestas por los Objetivos del Milenio, la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible dedican un objetivo específico pero más integrador respecto a la igualdad de género. Se trata del objetivo 5 de los ODS , que plantea "Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas" para el año 2030, y para ello, propone 9 metas específicas:

- Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo
- Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación
- Eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina
- Reconocer y valorar los cuidados no remunerados y el trabajo doméstico no remunerado mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social, así como mediante la promoción de la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país
- Velar por la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles de la adopción de decisiones en la vida política, económica y pública
- Garantizar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos, de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen
- Emprender reformas que otorguen a las mujeres el derecho a los recursos económicos en condiciones de igualdad, así como el acceso a la propiedad y al control de las tierras y otros bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales
- Mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de la mujer
- Aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas a todos los niveles.

Fuente: Objetivos de Desarrollo Sostenible. Naciones Unidas

Metas que recogen los lineamientos establecidos por CEDAW y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995) y que exhortan a diseñar, aplicar y vigilar, a todos los niveles, políticas y programas que promuevan el adelanto de las mujeres y la igualdad de género. Los Estados, en este sentido, son responsables de garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales, y como tal, deben adoptar las medidas que sean necesarias para erradicar las discriminaciones en razón de género y fomentar el empoderamiento de

mujeres y niñas en todos los ámbitos. Los municipios se constituyen en un ámbito natural y de obligada aplicación y ejecución de ese mismo compromiso.

Asimismo, los Objetivos de Desarrollo Sostenible incluyen un objetivo específico para "Hacer que las ciudades y los asentamientos urbanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles" (Objetivo 11), para lo cual los gobiernos locales representan el nivel de gobierno mejor situado para vincular los objetivos globales con las comunidades locales (CGLU, 2015).

El municipalismo tiene un gran reto con la igualdad sustantiva, desde la oportunidad que le brinda el poder captar las necesidades más específicas de la ciudadanía, por lo tanto, también de las mujeres. Poder escucharlas, trabajar con ellas, y que éstas se conviertan en artífices de su propio empoderamiento y sujetos del desarrollo humano, la justicia social y el desarrollo local.

El Estado español todavía suspende ante el Comité CEDAW, que plantea observaciones y recomendaciones de reiterado y actual calado. Algunas de las críticas hacia la política pública del país tienen que ver con los recortes presupuestarios que durante los últimos años han afectado de manera singular la eficaz prestación de servicios a las mujeres y niñas, vinculados especialmente a la educación, salud, empleo, el cuidado de personas dependientes y la prevención de la violencia de género. Sobre este último punto, el Comité CEDAW insta al Estado español a revisar, asimismo, la legislación vigente en materia de violencia de género, incorporando otras formas de violencia que superen el ámbito de la violencia ejercida por las parejas o ex-parejas. Violencias que se manifiestan especialmente en el espacio público, como la violencia sexual en sus diversas manifestaciones (acoso, agresiones, violación, stalking-acecho), el feminicidio por parte de desconocidos, la violencia obstétrica, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzoso, la trata de mujeres y niñas, la violencia institucional, entre otras. Si bien el Congreso aprobó el pasado año el Pacto de Estado contra la violencia de género -que amplía el concepto y propone medidas más integrales y articuladas-, el presupuesto se presenta como el principal escollo para la aplicación de las medidas adoptadas.

El Comité CEDAW reclama a España también la necesidad de crear una ley específica contra la trata que penalice la explotación y prostitución forzada de las mujeres; incluyendo medidas y programas de salida y reintegración para las mujeres que desean abandonar la prostitución, así como campañas para sensibilizar, prevenir y erradicar la demanda de prostitución.

Entre otros puntos importantes también, el Comité CEDAW llamó la atención al Estado español por las competencias anuladas a los ayuntamientos en materia de igualdad y violencia de género y recomienda que las entidades locales recuperen dichas competencias en la oportunidad de velar por respuestas más coherentes con el territorio y por tanto, más acertadas y eficaces. Cabe recordar que fue en 2013 cuando la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la administración local dio lugar a la modificación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, por la que se arrebató a los ayuntamientos tales competencias, entre otras. Una observación también recogida en el Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, aprobado por el

Pleno del Congreso de los Diputados el 9 de octubre de 2017, y que asimismo sustenta la Propuesta de Ley presentada por el grupo parlamentario Unidos Podemos para la *Promoción de la Igualdad entre los sexos y la erradicación de las violencias machistas en la administración local,* presentada en el Congreso el 21 de diciembre de 2017, a través de la modificación de la Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen Local.

Pero ¿qué tienen que ver estos problemas y desafíos con los municipios?

Tienen que ver, y mucho. La Declaración Mundial de IULA[3] sobre las mujeres en el gobierno local, en Harare, Zimbawe, 1998, afirmaba *"Los problemas y desafíos que enfrenta la humanidad son globales, pero transcurren y deben ser tratados en el ámbito local".* Los grandes desafíos del mundo actual tienen lugar en el espacio local, y sin duda es desde abajo hacia arriba donde los principales cambios pueden generarse. El municipio es por tanto el ámbito de las transformaciones porque la cercanía admite perfeccionar procesos realmente democráticos y participativos. Porque los cambios se dan en el ámbito de la convivencia ciudadana, donde la gente vive, trabaja, proyecta y lucha por sus sueños. Es el ámbito donde, como bien señala Alejandra Massolo *"las necesidades insatisfechas adquieren nombres y rostros. Es donde la política puede articular lo personal y lo social, lo privado y lo público, lo individual y lo colectivo".*

Porque las manifestaciones de la violencia ejercida contra las mujeres y niñas tienen lugar en el ámbito de las ciudades. Las ciudades son actualmente escenario de un *continuum* de violencias contra las mujeres y niñas, además de constituirse en el anclaje espacial de delitos internacionales que atentan contra ellas, como es la trata de personas[4].En este sentido, resulta importante reconocer también que las ciudades están pensadas desde la lógica androcentrista que no ha tenido en cuenta las necesidades específicas de las mujeres en el planeamiento urbano. Mujeres y hombres no viven las ciudades de la misma forma, puesto que los distintos roles asociados a la división sexual del trabajo han determinado un uso diferente del espacio y los servicios públicos. El hecho de que las ciudades hayan sido diseñadas sin reconocer las necesidades e intereses femeninos ha contribuido a limitar el acceso, uso, usufructo y disfrute de las mismas por parte de las mujeres.

Aun cuando las mujeres son las principales usuarias de los servicios públicos y el equipamiento urbano, los trayectos que resultan del diseño y planeamiento de las ciudades no consideran las múltiples funciones y responsabilidades vinculadas a la reproducción y cuidado, lo cual afecta de manera desmedida la movilidad y el uso del tiempo por parte de las mujeres y, por ende, restringe su autonomía, ciudadanía activa y calidad de vida[5].

Ha de reconocerse también que es en el enclave local, especialmente el rural, donde los estereotipos de género más arraigo tienen y en consecuencia, más desigualdades reproducen. De ahí que sólo poner la mirada en los avances conseguidos a nivel nacional no sólo invisibiliza las disparidades territoriales, sino que además, menosprecia la

[3] IULA: Unión Internacional de Autoridades Locales
[4] Declaración de Aguascalientes "Los territorios locales desde la perspectiva de género".
[5] Carta por el Derecho de las Mujeres a la Ciudad, 2004.

oportunidad de actuar de forma próxima y más coherente a la realidad local. En palabras de Ana Falú, *"Los gobiernos locales tienen un rol significativo porque son los que están vinculados permanentemente a las demandas concretas de la población"*[6].

Sin duda hay cuestiones que forman parte de la agenda prioritaria de los municipios para el avance de los derechos de las mujeres. En general, estas cuestiones suelen responder a dimensiones de los derechos más latentes y palpables por parte de las sociedades, como la violencia de género, la igualdad de oportunidades en el mercado laboral, la participación social y política, aunque hay que reconocer que hay nudos críticos que todavía suponen barreras importantes para los derechos de las mujeres y la igualdad sustantiva.

El espacio local, de los territorios locales, las ciudades, representan para la ciudadanía, y en especial desde la lógica de las familias, un proyecto hacia el bienestar y el progreso. Sin embargo, todavía hoy podemos observar que:

- El histórico contrato social determinó roles de género que siguen perpetuándose y han reforzado las responsabilidades reproductivas de las mujeres aun fuera de la frontera privada.
- La movilidad de las mujeres en las ciudades está condicionada por su cometido como responsables del cuidado.
- La integridad y seguridad de las mujeres queda expuesta en el ámbito público en un marco naturalizado de cosificación del cuerpo.
- Las contribuciones de las mujeres como sujeto de desarrollo sigue siendo subordinado e infravalorado en el mercado laboral y económico, así como en los espacios de poder y toma de decisión política.
- De manera encubierta (y no), subsiste el abuso de poder patriarcal en las relaciones sociales.
- El Estado de bienestar se sostiene gracias al trabajo productivo, voluntario y no remunerado de las mujeres.
- La pobreza de tiempo por parte de las mujeres, y el impacto del diseño de las ciudades en él, representa un importante obstáculo para la igualdad de resultados.

Los planes de igualdad: del dicho al hecho

En la última década se asiste a un alentador auge de planes de igualdad creados a nivel municipal que surgen especialmente a la luz de las agendas globales y la presión por parte de las mujeres organizadas en el territorio que "imponen" de cierto modo el compromiso con la igualdad de género. Antes lo hicieron las comunidades autónomas, allá por los años ochenta y noventa cuando se empezaron a crear Institutos de la Mujer. Y los pioneros a nivel local fueron sin duda las grandes ciudades, que abordaron las estrategias a través de lo que mayoritariamente denominaron *Plan Municipal de Igualdad de Oportunidades*.

[6] Ana Falú (2016): La política para mujeres, gobiernos locales y la nueva agenda urbana. En https://www.youtube.com/watch?v=qYmf_tyceq0

Numerosos municipios, a través de sus Concejalías de la Mujer promovieron también este tipo de planes, pero más allá de los bonitos documentos que se elaboran, lo realmente importante identificar el aval que reciben para poder actuar con eficacia, puesto que, lamentablemente, suelen suponer procesos ambiguos en la mayoría de los casos. Existe un discurso retórico favorable a la igualdad que sin embargo, no se traduce en la práctica y se reduce generalmente a iniciativas y proyectos sin asignación presupuestaria, a acciones tendentes a consolidar los estereotipos y roles femeninos, simples oficinas de información a la mujer, o meros actos conmemorativos por efemérides como el 8 de marzo o el 25 de noviembre.

Tampoco se trata de ignorar que esos tantos Planes de Igualdad sin mayor sustancia están contribuyendo, en cualquier caso, a colocar el tema en la agenda pública haciendo visibles las desigualdades y situaciones discriminatorias que afectan a las mujeres. Es importante destacar que son este tipo de iniciativas las que han servido de antesala a la consolidación de la institucionalidad de género en muchos municipios puesto que, en la medida en que han abierto procesos de diálogo y participación a las mujeres, éstas han logrado una mayor incidencia social y política para el abordaje público de los asuntos que les afectan.

¿Qué es y qué no es un Plan de Igualdad?

Actualmente la mayor parte de los municipios españoles cuentan con un Plan de Igualdad, sin embargo es importante reconocer y analizar cómo se definen para valorar su pertinencia:

1º. *Un Plan de Igualdad es una hoja de ruta, no una declaración de intenciones*.

Es clave distinguir entre el discurso favorable a la igualdad de la voluntad real de llevar a la práctica las medidas que hagan falta para reducir brechas de desigualdad y alcanzar la igualdad. Abundan los planes municipales de igualdad que contienen poco más que los objetivos y no concretan la forma en que se van a lograr. Un Plan de Igualdad debe expresar tanto los objetivos, como los resultados esperados, marcar el tiempo para su ejecución, indicadores de medición y evaluación, y por supuesto, los recursos que se asignarán.

Asimismo, la voluntad de cambio debe ser interiorizada también a la cultura organizacional. El Plan de Igualdad debiera, en este sentido, incorporar metas y actividades concretas para promover una cultura organizacional género sensitiva, favorable a un modo de entender la política y la gestión pública más justa, incluyente y equitativa. Por ejemplo, capacitación interna, medidas de conciliación, lenguaje inclusivo, institucionalización de un mecanismo municipal de género, entre otras.

2º. *Un Plan de Igualdad debe estar vinculado al territorio y su población. Un Plan de Igualdad no puede ser la réplica de otro.*

Los planes municipales de igualdad de otros municipios pueden servir como marco de referencia para nuestro Plan de Igualdad, acerca del enfoque y el análisis de género, así como de las estrategias que pueden inspirar nuestra actuación, pero en ningún caso puede ser una copia.

Nuestro Plan Municipal de Igualdad debe apoyarse, primero, en un diagnóstico local acerca de la situación de mujeres y hombres, de las brechas existentes en todos los ámbitos, de las condiciones de discriminación, de las violencias de género que tienen lugar en el municipio, buscando reconocer quiénes son, dónde están y qué tienen las mujeres[7].

Con base en ese diagnóstico la planificación adquiere coherencia con la realidad local, porque plantea metas y procesos vinculados al territorio, con sentido para la población. Y si todo este proceso es participativo y construido de manera colectiva (diagnóstico, planificación, evaluación), mayores posibilidades de éxito y sostenibilidad podrá tener.

3º. *Un Plan de Igualdad debe tener un enfoque holístico de los problemas que afectan a las mujeres, y no tratar asuntos parciales.*

El fin último de un Plan de Igualdad es erradicar las desigualdades de género y garantizar los derechos de las mujeres para avanzar hacia la igualdad sustantiva. Fin que no se alcanza atendiendo sólo a asuntos o problemas puntuales como el tratamiento de la violencia de género desde la intervención con las víctimas. Un Plan de Igualdad debe atender tanto a las mujeres que son víctimas de la violencia machista, como a las causas subyacentes y estructurales de la misma. Por ejemplo, además de prestar asistencia médica, psicológica, jurídica y protección a las mujeres que han sufrido un episodio de violencia de género, es preciso también actuar desde la prevención, sensibilizando a la comunidad, promoviendo valores de respeto y no violencia; al tiempo que es preciso empoderar a las mujeres para que no se vean inmersas en situaciones de vulnerabilidad, promoviendo su autonomía económica, la autoestima, el conocimiento de sus derechos y los recursos que la amparan. Junto a ello, es fundamental evitar la violencia de género institucional a la que muchas veces se ven expuestas, sensibilizando y capacitando a los cuerpos de seguridad, al personal médico, a administradores/as de justicia, a medios de comunicación y, por supuesto, a la comunidad educativa.

En cualquier caso, el enfoque holístico de género supone actuar en los distintos ámbitos de la gestión pública transversalizando la perspectiva de género: salud,

[7] Ana Falú y Alejandra Massolo definieron lo que consideraron las tres dimensiones de la posición de mujeres y Hombres en el anàlisis de genero: i) El "ser", que corresponde a las posiciones que ocupan los sujetos en un tiempo y en un territorio, los campos que delimitan su condición como persona: edad, etnia y condiciones físicas. ii) El "tener", que corresponde a las posiciones que ocupan los sujetos, en un tiempo y en un espacio territorial desde los aspectos sociales y económicos: el ingreso y la vivienda. iii) El "habitar", que corresponde a la localización geográfica de los sujetos, en un tiempo y territorio determinado: sector de la ciudad, barrio en zonas periféricas, acceso a servicios, infraestructuras, riesgos, otros.

educación, deporte, cultura, desarrollo económico, ambiental, urbanismo, seguridad, etc.

4º. *Un Plan de Igualdad debe reconocer a la mujer como sujeto de derechos, y no como beneficiaria de una política paternalista.*

Aun cuando un Plan de Igualdad sea diseñado por un equipo político y/o técnico donde participan mujeres, puede llegar a contener una perspectiva sesgada de las necesidades o intereses de la población femenina presente en nuestros municipios. No se trata, por tanto, de hacer intervenciones pensando en las mujeres desde la óptica asistencialista o paternalista. Es fundamental reconocerlas como ciudadanas y sujeto de derecho, y en ese sentido, ser validadas como interlocutoras en la toma de aquellas decisiones que les afectan, incorporando las voces de mujeres diversas que son atravesadas por las interseccionalidades tales como la raza, las diferentes capacidades, la edad, el enclave territorial (urbanas, rurales), la orientación sexual, etc.

Y si una ventaja tiene el ámbito municipal para esto, es precisamente la oportunidad de abrir canales a la participación, a la construcción colectiva de la forma de entender el desarrollo de los pueblos, lo que, a su vez, contribuye a perfeccionar la gobernanza local.

Una interesante experiencia es la que algunos municipios han incorporado a sus procesos, promoviendo órganos consultivos (no vinculantes), como el Consejo Municipal de las Mujeres, promovidos –incluso presupuestariamente en algunos casos- por ayuntamientos tales como Madrid, León, Córdoba, Las Palmas de Gran Canaria, Mérida, entre otros. En Barcelona, además del Consejo Municipal de las Mujeres, existen los Consejos de Mujeres de los Distritos, que son órganos de trabajo independientes y vinculados al territorio para dar respuestas próximas y adaptadas. Estos consejos están integrados por representantes del movimiento organizado de mujeres presentes en cada ciudad.

Los Consejos Municipales de las Mujeres son organismos de representación, participación e interlocución entre el movimiento asociativo de mujeres y la administración local para la toma de decisiones sobre las políticas públicas destinadas a la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito local.

FEMP: Guía para la constitución de Consejos Municipales de las Mujeres.

5º. *Un Plan de Igualdad debe tener un horizonte a mediano y largo plazo, y no centrarse en la gestión.*

Debe comprenderse que trabajar por la igualdad de género es un proceso cuya planificación debe ser concebida en un proceso a largo plazo. No basta con acciones puntuales si éstas no están enmarcadas en una dimensión integral del tratamiento del problema de la inequidad de género. La cuestión está en que ese enfoque integral no siempre genera impactos palpables en el corto plazo.

Pensar en metas orientadas a la igualdad supone reconocer que lo que se busca es la transformación social y cultural para poder erradicar las desigualdades estructurales.

Por tanto, si bien es importante que las políticas municipales de igualdad contengan intervenciones específicas de corto y mediano plazo, es crucial que éstas se enmarquen en un plan de alcance estratégico a largo plazo.

6º. *Un Plan de Igualdad debe aspirar a ser una "Política de Estado". No debiera reducirse a un programa de gobierno.*

El Programa de Gobierno es un conjunto de propuestas que buscan resolver los problemas más relevantes de la comunidad, y que generalmente responden a un pacto por cada partido político durante la campaña electoral. Más tarde, cuando se asume el gobierno, este programa se convierte en un plan de gestión que se concentra en el período de gobierno. Los planes de igualdad, derivados del programa de gobierno, suelen ser bianuales o cuatrienales, coincidiendo con el período de gobierno.

La Política de Estado va más allá. Es la voluntad de un gobierno de asentar las bases para cambios profundos, para lo cual se promueven medidas permanentes, que buscan trascender a los períodos de gobierno. Son las leyes, o las ordenanzas en el caso de los municipios, una de las formas en cómo se consolida una política de Estado[8]. También se traduce en los planes estratégicos, planteados generalmente a 10 o más años como horizonte de logros. El propósito: que las prioridades marcadas no se vean afectadas por los cambios de gobierno.

En el caso de los Planes de Igualdad, sería deseable que se plantearan orientados a constituirse en política de Estado. Algunos municipios de América Latina, como Bogotá[9], vienen destacándose porque sus Planes de Igualdad trascienden los períodos de gobierno y han sido diseñados a partir de la construcción colectiva, con una importante participación de las organizaciones de mujeres presentes en la ciudad, así como la academia y los propios partidos políticos. Esta construcción colectiva ha dotado a sus Planes de mayor legitimidad social y política, al tiempo que supone un instrumento democrático para la definición del modelo de ciudad inclusiva al que aspira la ciudadanía, así como también una herramienta de auditoría social y sostenibilidad de los compromisos.

---

[8] "La fuerza de la Ordenanza radica en su carácter normativo y de permanencia en el tiempo, ya que marca las líneas de obligado cumplimiento para todas las áreas municipales en materia de Igualdad. Supone además un compromiso del gobierno municipal al más alto nivel, porque regula los principios generales sobre los que deberá basarse la política de Igualdad en el municipio" (Instituto Vasco de la Mujer, 2012). Ver en: http://www.emakunde.euskadi.eus/u72-20010/es/contenidos/noticia/nota_prensa_eudel/es_eudel/eudel.html

[9] Bogotá cuenta con un Plan de Igualdad de Oportunidades para la Equidad de Género en el Distrito Capital 2004-2016. Actualmente las organizaciones sociales vienen delineando la hoja de ruta que próximamente se aprobará para los próximos años.

7º. *Un Plan de Igualdad debe ser transversal al conjunto de políticas públicas, y no la política aislada del área de mujer.*

Avanzar en la idea de la igualdad sustantiva plantea allanar las dificultades que las mujeres tienen para su pleno desarrollo. Esto supone promover políticas y acciones para su empoderamiento personal, social, político y económico que en buena medida podrán ser ejecutadas por el área delegada de igualdad o de la mujer (según la nomenclatura que cada municipio adopte), pero que para resultados más efectivos hará falta que el enfoque de género sea transversalizado al conjunto de las políticas públicas, impregnando cada área o sector de la gestión municipal.

Partiendo del hecho de que las políticas públicas no son neutrales al género, la transversalidad de género pretende contrarrestar los impactos desiguales que tienen las mismas en la vida de hombres y mujeres. Esta estrategia, conocida también como "*gender mainstreaming*" en su acepción original en inglés, busca conectar las distintas áreas de la estructura de gobierno hacia metas comunes orientadas a la igualdad, lo cual necesariamente exige promover una cultura organizacional género sensitiva.

Finalmente, en este punto, es clave reconocer que la igualdad no es un asunto "sólo de mujeres" o de una concejalía o área en particular. Es de toda la sociedad en su conjunto, y por ende, toda el conjunto de la corporación municipal quien debe asumirse en el compromiso real de apostar, trabajar e invertir a favor de la igualdad.

8º. *Un Plan de Igualdad debe definir indicadores de partida y de resultados. No se trata sólo del futuro deseado.*

Es fundamental que el Plan de Igualdad parta por identificar la línea base a partir de la cual se deben definir las metas y los indicadores de resultados. Es decir, especificar qué porcentaje de las mujeres deben beneficiarse y lograr las metas propuestas. Porque es inviable, y hasta demagógico, plantear que toda la población va a resultar igualmente favorecida.

Definir la línea base y los indicadores de resultados permite que los compromisos del Plan de Igualdad puedan ser monitoreados, objeto de ajustes si es preciso, y evaluados.

Los indicadores, en este caso, deben ser indicadores de género, que van más allá de la desagregación por sexo. La construcción de indicadores de género exige indagar sobre la participación de mujeres y hombres en distintos ámbitos, pero también exige visibilizar cómo los roles de género influyen en esa participación.

9º. *Un Plan de Igualdad debe comprometer recursos, no basta con el discurso.*

No es suficiente un Plan Municipal de Igualdad con discursos y objetivos orientados a la equidad de género. Hace falta destinar recursos públicos para poder llevar a cabo las

propuestas y alcanzar tales metas pues, de otro modo, la igualdad queda sólo en eso: en fundamentos, y no en hechos.

Por lo tanto, un Plan de Igualdad debe tener respaldo en un presupuesto, el cual viene a reflejar explícitamente el nivel de compromiso de un gobierno para con la igualdad entre hombres y mujeres, en la medida que constituye la prueba de un compromiso presupuestario (Pleguezuelos, 2006[10]).

10º. *Un Plan de Igualdad deber ir más allá de las oportunidades y buscar la igualdad real.*

Cuando hablamos de igualdad de oportunidades se tiende a pensar en los derechos. Y si bien es cierto los derechos son universalistas y por tanto no tienen distinción de sexo, la realidad es que las mujeres, generalmente, no pueden disfrutar de los mismos derechos en igualdad de condiciones. Esto es así, porque el punto de partida de mujeres y hombres no es igual. La maternidad, la responsabilidad del cuidado asumida casi en exclusiva por las mujeres, la falta de autonomía económica, etc., ubican a las mujeres en una clara situación de desventaja frente a los hombres, lo cual supone condiciones y restricciones para el disfrute de los derechos que, si bien están garantizados por la igualdad *de jure*, sin embargo no se traduce en igualdad real.

En consecuencia, no basta, por ejemplo, con crear oportunidades de empleo para las mujeres si no se resuelve a la vez la dicotomía entre las actividades públicas y las privadas (Astelarra, 2002). Un Plan de Igualdad debe responder, en este sentido, a las necesidades prácticas de las mujeres (por ejemplo, la ampliación de servicios de guarderías infantiles) como así también a sus intereses estratégicos (por ejemplo, promover que los hombres asuman también las responsabilidades del cuidado).

La elaboración de un Plan Municipal de Igualdad. Paso a paso

Por lo general, el momento en que una corporación municipal se plantea la elaboración de un Plan de Igualdad coincide con el inicio de una nueva gestión de gobierno, ya que a través de este documento se definirá la hoja de ruta en este ámbito de intervención.

En cualquier caso, resulta clave tener en cuenta que previo a la elaboración del Plan son precisas dos condiciones indispensables para que el trabajo posterior de formulación sea más llevadero y presente las menos incidencias posibles a nivel interno:

Por un lado, es imprescindible concretar la voluntad política por parte del equipo de gobierno municipal que debe ir más allá de la retórica del discurso favorable a la igualdad y debe poner de manifiesto el compromiso real para con la agenda en la que se va a trabajar.

[10] Francisca Pleguezuelos Aguilar. Ponencia presentada en la I Conferencia Andaluza sobre Economía y Presupuestos en clave de Género.

Sin embargo, la voluntad y el compromiso político pueden ser innatos al o la líder político/a, pero en materia de género, esta voluntad y compromiso más bien "se hace", "se adquiere", sea a través del conocimiento, o a partir de la experiencia.

Como lo habitual sea encontrarnos con un compromiso político ambiguo, y con una estructura técnica y administrativa con ciertas "resistencias" y escepticismo sobre la oportunidad de elaborar un Plan de Igualdad, un paso paralelo (o previo) a concretar la voluntad política es la sensibilización organizacional. Charlas y talleres de capacitación contribuirán a la comprensión de la dimensión holística de este enfoque, mientras se orienta el entendimiento acerca del impacto desigual que tienen las políticas públicas en mujeres y hombres (Tello, 2017). Con estrategias distintas de orientación y comunicación, las actividades de sensibilización y/o capacitación deberán estar dirigidas tanto a las autoridades del gobierno municipal, como al conjunto de la organización, de tal modo que a través de la toma de conciencia de género pueden allanarse las resistencias. Asimismo, en tanto la política de género se establezca como política de gobierno, más propicia será la imbricación del enfoque en todas las áreas municipales.

Una vez que están dados estos supuestos de partida, es momento de elaborar el Plan. Vamos paso a paso:

1º. Designar el equipo responsable

La misión de elaborar un Plan Municipal de Igualdad suele recaer en la Concejalía Delegada de estos asuntos que a su vez podrá apoyarse en el área municipal y técnica competente en el tema. En la mayor parte de los municipios españoles esta área suele estar dada por el los centros municipales de información y asesoramiento a las mujeres.

Dependiendo de las necesidades y posibilidades, podrá decidirse si este trabajo es externalizado.

Lo importante en este punto es que el equipo designado cuente con el respaldo y la legitimidad para coordinar esta tarea, puesto que se requerirá del apoyo de otras áreas municipales. También deberá contar con los recursos que permitan el desarrollo de las acciones a realizar en el marco de la formulación del Plan.

2º. El análisis preliminar: El prediagnóstico

Giobellina y Rainero apuntan que el prediagnóstico consiste en realizar un primer mapeo de la situación de las mujeres en el territorio, el modelo de desarrollo y las políticas municipales vigentes.

Para ello será preciso relevar la información disponible, identificar los principales problemas, los recursos con los que se cuenta, las oportunidades y alianzas estratégicas. Esta etapa será un ejercicio de reflexión interna (tanto de las autoridades políticas como

del personal técnico de la corporación), donde se buscará principalmente el intercambio de información y el reconocimiento de la realidad municipal.

3º. Realizar el diagnóstico

Como ya se señalaba líneas arriba, un Plan Municipal de Igualdad debe estar vinculado al territorio y tener sentido para la población. Por ello es requisito indispensable que todo Plan se sustente en un diagnóstico local, que constituye la primera etapa y la más decisiva de la planificación.

Tenemos dos formas de realizar este diagnóstico: realizando investigaciones e informes que sirvan de punto de partida a la propuesta de objetivos, o democráticamente, abriendo canales para la participación ciudadana.

El diagnóstico es la etapa de la planificación que más puede favorecer la participación. Qué mejor escenario entonces que el espacio local para conducir procesos participativos con el fin de identificar inquietudes y necesidades comunes, priorizarlas y plantear alternativas para su solución. Empero, la planificación con enfoque de género exhorta a la participación sustantiva de mujeres diversas, pues, en la medida que las mujeres no formen parte de esta etapa, los problemas seguirán siendo percibidos desde una óptica androcentrista y, por tanto, continuarán imperceptibles y desatendidas las dificultades propias de las mujeres. Pero de la misma manera que es imprescindible la participación femenina, lo es la masculina, ya que es de suma importancia encontrar los puntos de encuentro y de conflicto que mantienen las situaciones de desigualdad, así como las actitudes personales y condiciones culturales que propicien un nuevo contrato social comprometido con relaciones más equitativas.

Un error frecuente, dado especialmente en el ámbito de municipios pequeños o rurales, es esperar que las mujeres reconozcan por sí solas la situación de desigualdad, opresión o discriminación, cuando éstas se han aleccionado bajo tradiciones patriarcales. Difícilmente podrán contemplar su segregación si no son conscientes de sus derechos.

Ante eso, y con el fin de lograr un adecuado diagnóstico, será preciso sensibilizar previamente a la población, a través de talleres y charlas, dirigidas tanto a hombres como a mujeres, niños y niñas, jóvenes y ancianos, etc., procurando el involucramiento de los distintos sectores de la comunidad: sociedad civil organizada, personal educativo y sanitario, empresarios/as, líderes sociales, cuerpos de seguridad, etc. Consciente de los alcances de las desigualdades y los desafíos para la igualdad de género, la población estará en condiciones de reconocer su situación, realizar

La implicación de la ciudadanía fortalece la apropiación del plan y sus proyectos, generándose a la vez la articulación y cooperación de los diferentes actores territoriales (urbanos y rurales), tanto públicos como privados, así como los locales y regionales, potenciando estratégicamente no sólo los recursos ofrecidos por el gobierno municipal sino sobre todo los de la propia comunidad. Para el gobierno local, supone, asimismo, la legitimación social de su gestión, lo que fortalece la gobernabilidad democrática del territorio, incluyente y consensuada, cuya dimensión es ampliada a todos los actores sociales, y muy especialmente, desde un enfoque de equidad entre hombres y mujeres como sujetos de derecho y contrapartes en la construcción de un nuevo pacto social por la igualdad de género.

un diagnóstico pertinente y proponer alternativas de solución en un marco de planificación participativa.

A su vez, la participación femenina en los procesos de diagnóstico y toma de decisiones alimenta su empoderamiento, puesto que se consolidan como protagonistas de su propio desarrollo, como interlocutoras, como líderes y representantes sociales. El ejercicio propio de participar en este tipo de procesos fortalece sus capacidades de negociación y concertación, lo que indudablemente ayuda a las mujeres a ganar confianza en el espacio público.

Metodológicamente, el diagnóstico participativo toma forma a través de talleres de trabajo, abiertos a la ciudadanía, en un diálogo de construcción colectiva dirigido por el equipo técnico responsable de formular el Plan.

> *La experiencia desarrollada por organizaciones de mujeres sugiere la conveniencia de posibilitar alguna instancia de espacios de trabajo de grupos de mujeres y hombres por separado, dada la dificultad de expresar en público ideas y experiencias personales que implican el reconocimiento de situaciones de subordinación y discriminación por parte de las mujeres, y autoritarismo por parte de los hombres.*
>
> Guía Práctica: Municipios en búsqueda de igualdad.

Una de las herramientas más habituales en la etapa de diagnóstico es el análisis DAFO (debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades). Asimismo, consta de tres fases:

- Análisis de situación
- Análisis de problemas
- Análisis de actores

a) <u>Análisis de situación</u>: Consiste en el reconocimiento del entorno económico, social, político, cultural, ambiental e histórico, desde el análisis de género, buscando indagar acerca de la situación, condición y posición de mujeres y hombres en el territorio.
   Los datos pueden provenir de fuentes primarias (entrevistas, grupos focales, sondeos, investigaciones) o secundarias (censos, padrones municipales, encuestas, publicaciones, informes, periódicos, páginas web, etc).
   En este momento del diagnóstico es primordial la identificación de indicadores de género que contemplen las desigualdades de género y las diferencias en las necesidades y posible impacto de actuaciones en hombres y mujeres. Estos indicadores, reconocidos también como línea base, reflejarán la situación actual y el contexto que se pretende cambiar con nuestro Plan, y será también sobre esos indicadores a partir de los cuales se establezcan posibles metas a alcanzar. Por lo tanto, los indicadores de género no sólo constituirán 'la foto de salida', sino también la del seguimiento y evaluación del proyecto.

En este análisis de situación es importante considerar asimismo el enclave que tiene nuestro municipio en el contexto regional y nacional (política, económica y socialmente), como así también las condiciones de gobernanza multinivel que influyen en la gestión municipal (por ejemplo, en la prestación de servicios de salud).

b) Análisis de problemas: Un Plan responde siempre a la detección de uno o varios problemas susceptibles de ser erradicados, allanados o revertidos, por lo que es fundamental que identifiquemos cómo se presenta la situación problemática que queremos cambiar.
Para ello, y a fin de elaborar un análisis exhaustivo, es primordial realizar la identificación de los problemas, estudiando las relaciones que existen entre los mismos, ya sea porque unos son causa o efecto de otros. En estos términos nos preguntamos: ¿cuáles son? ¿cómo son? ¿por qué se producen?
Desde el enfoque de género, identificar y analizar los problemas exige una reflexión holística de la desigualdad, que nos lleva a indagar sobre las relaciones de poder y roles de género que prevalecen tanto en la esfera pública como en la privada. Nos preguntamos, por ejemplo, ¿qué papel juegan los hombres en las causas del problema? ¿y en los efectos?
Si el problema detectado no está directamente relacionado a la mujer, por ejemplo, una alta tasa de desempleo, o servicios insuficientes de transporte público, la planificación sensible al género nos lleva a preguntarnos cómo afectan esos problemas a hombres y a mujeres: ¿viven de igual manera dichos problemas? ¿qué otras repercusiones tienen esos problemas para el desarrollo de hombres y mujeres? ¿son iguales o diferentes las oportunidades para superar esos problemas entre hombres y mujeres?

- Análisis de actores: La apertura a la participación y la construcción colectica de un Plan de Igualdad demanda elaborar un mapeo de actores a partir de los cuales podamos identificar los puntos de consenso, oposición, indiferencia y potencial apoyo: organizaciones sociales de mujeres, asociaciones vecinales, academia, partidos políticos, sector salud, educación, urbanismo, desarrollo, cuerpos de seguridad, etc. Es importante tener en cuenta que habrán actores que quieren intervenir en la transformación (o son potenciales participantes) y habrán otros que prefieran mantener la situación cuestionada. Para ello deberemos explorar las bases de poder de cada uno de ellos y las eventuales alianzas y conflictos que puedan surgir a lo largo del proceso de planificación. En esta etapa las acciones irán dirigidas a negociar, fortalecer alianzas formales e informales, neutralizar u obtener apoyos necesarios.
Asimismo, en este análisis de participación, es imprescindible identificar tanto a las personas beneficiarias directas del Plan como a las indirectas, a quienes están excluidos/as del proyecto, las personas que se podrían sentir perjudicadas, así como los actores neutrales u opositores al proyecto que pueden constituirse en barreras para los objetivos que se pretenden alcanzar. La incorporación del enfoque de género en el proceso de planificación no debe olvidar que mujeres y hombres, no sólo viven los problemas de diferente manera, sino que entre las propias mujeres la

situación es diversa (mujeres empresarias, mujeres campesinas, mujeres amas de casa, ancianas, jóvenes, mujeres migrantes, mujeres discapacitadas, LBTq, etc.).
De todos ellos, es importante que además se analicen sus intereses, las acciones (u omisiones) determinantes de una situación, sus potenciales, limitaciones, sus necesidades y las demandas que tienen frente al Plan. Específicamente, en este caso, habrá que analizar sus consideraciones de género, es decir, su posición frente a la situación de desigualdad.

Una vez concluido el relevamiento de la información, es preciso priorizarla y ordenarla para sistematizarla y documentarla. Este será el documento de Diagnóstico: el punto de partida sobre el cual se podrán plantear objetivos e ideas de acción.

4º. Priorizar los problemas y las líneas de acción

Ya hemos identificado los problemas de género existentes en nuestro entorno y ha llegado la hora de priorizar aquellos que van a ser finalmente considerados en el Plan Municipal de Igualdad.

En esta priorización tendrán cabida aquellos problemas sobre los cuales la corporación tiene especial compromiso. Estará determinada también por las competencias municipales sobre ciertos asuntos. Y por supuesto, deberá considerar especialmente la demanda de las mujeres participantes en el diagnóstico.

Nuevamente es importante que esta fase sea participativa. No necesariamente tan abierta como en la fase de diagnóstico, pero sí sumando las voces de las representantes más relevantes del municipio. ¿Por qué? Porque en esta fase habrán problemas que sean descartados de la intervención, y quienes participaron del diagnóstico pueden sentirse decepcionados/as porque tal ejercicio les generó expectativas acerca de la eventual solución de sus demandas. Para evitar esta sensación en las personas a las que se invite a participar, es importante que sepan que el diagnóstico de por sí no va a dar lugar a que todos los problemas identificados puedan llegar a ser atendidos en el Plan Municipal de Igualdad. Y por lo mismo, es recomendable que la tarea de priorizar los problemas sea también legitimada socialmente.

A partir de los problemas prioritarios que serán objeto del Plan, surgirían las alternativas de solución, más concretamente, ideas–fuerza para la acción, o dicho de otro modo, los proyectos que serán seleccionados teniendo en cuenta el análisis de diferentes criterios[11] utilizados para tal fin:

a) Oportunidad potencial: Está vinculado a las posibilidades de logros y mejoras mediante la ejecución del proyecto. Desde la perspectiva de género, la oportunidad de realizar el proyecto se verá favorecida en la medida que hayan movimientos

[11] Falú, Ana; García Pizarro, María; Tello Sánchez, Flavia (2013).

sociales que demanden acciones a favor de la igualdad, y éstos se comprometan en la viabilidad y ejecución de las actividades para el alcance de los objetivos.

b) Impacto futuro: Se refiere a los efectos positivos derivados del proyecto tanto en el corto como en el largo plazo. Habrá que hacer énfasis en la magnitud del problema y sus efectos futuros y generacionales que puede mantenerse o reproducirse en caso de no atacarlo. Ciertos problemas de género no son asumidos como graves, y de ahí su desestimación en las agendas públicas. El equipo responsable de la planificación deberá desplegar estrategias previas de sensibilización sobre el tema para concienciar y reafirmar las ventajas de incorporar la perspectiva de género en los procesos de planeación del desarrollo.

c) Tiempo requerido: Es el tiempo que demandará la puesta en marcha del proyecto. Como ya hemos visto, la transformación de la situación de segregación de las mujeres difícilmente pueda darse en el corto plazo. Por tanto, es ineludible un compromiso institucional y social capaz de superar períodos y agendas políticas, de manera que la planificación de género trascienda los discursos y las acciones de efectos inmediatos pero irrelevante impacto.

d) Costo / beneficio: Tiene que ver con la relación entre los costos que demandará la implementación del proyecto versus beneficios derivados del mismo. Los costos económicos, desde la perspectiva de género, deberán ser valorados en relación al "lucro cesante" que implica la segregación de las mujeres como motores del desarrollo económico y social.

e) Viabilidad económico financiera: Responde a la disponibilidad de contar con recursos propios y/o aportes de terceros. Cabe aquí analizar la disponibilidad de recursos existentes y potenciales, considerando asimismo la eventual participación y contribución por parte de la población beneficiaria.

f) Viabilidad política: Está ligado al apoyo político que, como ya hemos visto, es clave para que la perspectiva de género sea incorporada en la agenda de gobierno.

5º. Diseño del Plan

Es el momento de definir nuestro plan de acción, el Plan Municipal de Igualdad a través del cual promover la dimensión holística del binomio género-desarrollo.

Una vez priorizados los problemas y las ideas-fuerza (proyectos) llega el momento de formular el Plan Municipal de Igualdad. Esto es, definir los objetivos que se pretenden alcanzar y determinar los resultados esperados, y las acciones que se desarrollarán para lograr tales metas, en qué tiempo, y con qué recursos. Aquí nos preguntamos:

- ¿Qué? (el plan)
- ¿Para qué? (objetivos)
- ¿Cómo? (actividades)

- ¿Para quiénes? (población beneficiaria[12])
- ¿Con qué? (recursos, presupuesto)
- ¿Quiénes? (áreas responsables)
- ¿Cuándo? ¿En qué tiempo? (cronograma)

ALGUNAS REFLEXIONES DE ESTA ETAPA:

¿Especifican los objetivos: a quién va dirigido y quién se espera que se beneficie del proyecto, estableciendo una distinción entre hombres y mujeres?

¿Quién participa en la selección de la variedad de necesidades a las que debe atenderse?

¿A qué necesidades prácticas y estratégicas de mujeres y hombres responde el proyecto?

¿Las actividades previstas contemplan la participación de mujeres y hombres en forma equitativa?

¿Contribuyen a alcanzar los resultados directamente relacionados con la equidad de género?

¿Se han previsto actividades que contribuyan a modificar los roles tradicionales y las relaciones de género?

¿Se han previsto actividades de capacitación con los hombres para elevar su conciencia de género a un nivel similar que el que puedan tener las mujeres?

¿Se han previsto actividades para trabajar la temática de género con mujeres y hombres del grupo destinatario?

Fuente: Meetzen y Gomáriz (2000). Democracia de Género. Una propuesta para Mujeres y Hombres del Siglo XXI

El Plan Municipal de Igualdad representa el diseño de la hoja de ruta, del proceso que se va a realizar con el fin de solucionar los problemas identificados y lograr los objetivos propuestos. Mientras que el diagnóstico constituye la foto actual de la situación en el municipio, el Plan de Igualdad es la herramienta con la que se determinan los pasos a dar y los ámbitos de intervención hacia ese futuro deseado marcado por los objetivos específicos y los resultados esperados.

[12] En este punto es fundamental definir indicadores que permitan verificar el monitoreo y la evaluación del Plan, identificando y señalando la línea base, y la meta a alcanzar, determinada por los indicadores de resultado.

6º. Aprobación del Plan

Es aconsejable que el documento final del Plan de Igualdad sea compartido con la ciudadanía, a través de una presentación pública del mismo, a fin de que pueda ser objeto de revisión y eventuales observaciones y ajustes por parte de quienes participaron en el proceso de diagnóstico y definición de ideas-fuerza (proyectos). La validación social de dicho documento no sólo es necesaria para su aprobación final, sino para la apropiación de las metas y las líneas de trabajo que, indefectiblemente, implican un pacto social hacia la igualdad.

Asimismo, al tratarse de un plan de gobierno municipal que compromete presupuesto, requiere ser debatido y aprobado por el Pleno municipal.

7º. La ejecución del Plan

No basta con elaborar el Plan y aprobarlo para que quede encajonado en el despacho de la responsable de igualdad o como carta de presentación del Municipio para presumir de compromiso con la igualdad de género. Aunque parezca obvio, un Plan Municipal de Igualdad no tiene sentido si no es ejecutado y sostenido en el tiempo. Ahora es el momento de pasar del papel a los hechos.

Durante la ejecución e implementación de las acciones planificadas con seguridad habrá que hacer ajustes, seguro habrá resistencias políticas o incluso técnicas dentro de la propia corporación, obstáculos no previstos, financiación comprometida que no se concreta, conflictos de intereses, etc. Pero muy probablemente también se presenten nuevas oportunidades, se sumen nuevos apoyos e incluso haya aspectos sobre los cuales se madure el conocimiento y la experiencia, lo cual sin duda coadyuvará al logro de los objetivos.

Un buen liderazgo y un equipo técnico competente y eficiente son fundamentales para ejecutar el Plan y procurar los resultados esperados. Un compromiso político firme es clave también. Pero la apropiación del Plan por parte de la ciudadanía puede llegar a representar el motor más importante que dote de sostenibilidad a los compromisos, un aspecto que se alimenta de la participación activa, y también de una estrategia de comunicación pública que dé cuenta de los hitos que se logran a partir del Plan.

8º. Monitoreo y evaluación

Determinar en qué medida una política impacta favorable o negativamente en hombres y mujeres requiere de una evaluación consustancial a la igualdad de género, tanto en la definición como en el ejercicio. Anualmente, es recomendable que el Plan sea sometido a una evaluación intermedia, dotando de una retroalimentación que puede contribuir a hacer los ajustes necesarios ante contingencias imprevistas o cambios en la definición de prioridades. Pasado un tiempo tras concluirse el Plan (aproximadamente dos años

después), es la hora de evaluarlo para poder determinar si las partes responsables han cumplido su compromiso, pero sobre todo, para verificar el logro de los objetivos y valorar el impacto que ha tenido (avances, transformaciones).

Es importante que los resultados de las evaluaciones sean consideradas en la elaboración de los siguientes Planes de Igualdad, puesto que se podrá encontrar en las mismas información relevante sobre lecciones aprendidas y recomendaciones para acciones futuras.

No obstante, evaluar desde la perspectiva de género no debiera en este caso restringirse a hacerlo sólo sobre el Plan Municipal de Igualdad, sino que es un ejercicio que debería aplicarse a todos los programas y proyectos con impacto en las personas. Esto responde a la necesidad de reconocer que la mayoría de las políticas públicas pueden pretender la universalidad en el planteamiento originario pero, sin una correspondiente determinación de estrategias sensibles al género y una adecuada asignación presupuestaria, muchas veces sus resultados terminan perjudicando a las mujeres y niñas.

Por otro lado, el monitoreo así como la evaluación desde la perspectiva de género exigen la construcción de procesos metodológicos, que serán efectivos y optimizados en tanto sean institucionalizados e incorporados como parte esencial de la planificación municipal, para lo que, indefectiblemente, la capacitación del personal, tanto directivo como técnico, será crucial para realizar correctas evaluaciones de género.

Gráfico 1. Proceso de un Plan Municipal de Igualdad

Designar el equipo responsable
- Concejalía de Igualdad
- Personal técnico
- Consultoría externa

Prediagnóstico
- Conocimiento previo. Fuentes secundarias.
- Antecedentes
- Políticas municipales existentes

Diagnóstico participativo
- Identificación de actores. convocatoria
- Talleres participativos
- Entrevistas, encuestas, grupos focales

Priorizar los problemas y líneas de acción
- Síntesis de talleres de Trabajo
- Diagnostico + análisis DAFO + análisis de escenarios

Diseño del Plan
- Objetivos: general y específicos
- Programas, proyectos y acciones
- Recursos (municipales y otros)
- Cronograma: tiempos y etapas
- Responsables: protagonistas y ejecutores
- Indicadores

Aprobación
- Validación Social: Revisión y correcciones
- Aprobación del Pleno Municipal: Plan de Igualdad y presupuesto

Ejecución
- Puesta en marcha
- Ejecución de presupuestos

Monitoreo y Evaluación
- Retroalimentación, ajustes
- Cumplimiento de objetivos
- Valoración de impacto

Fuente: Elaboración propia con base en Giobellina y Rainero; s.f. Guía Práctica: Municipios en búsqueda de equidad

Tabla 1. Áreas de intervención de un municipio inclusivo

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	ÁREAS DE INTERVENCIÓN
Desarrollo económico local	
No se puede eludir que las mujeres representan un motor clave para la economía y un capital sustancial para el desarrollo. Sin embargo, la persistente infravaloración de sus aportes no sólo va en detrimento de las propias mujeres y su progreso, sino también en una importante pérdida de productividad y competitividad a nivel territorial y global.	Resulta imperiosa la necesidad de sumar a las mujeres para reducir las brechas de desigualdad, superar la pobreza, favorecer su autonomía económica y erradicar su opresión, la discriminación y las distintas expresiones de violencia de la que son objeto. Un municipio inclusivo debe velar por la participación igualitaria de las mujeres en los procesos de desarrollo económico local, favoreciendo su autonomía económica, su inserción en el mercado de trabajo, apoyando sus emprendimientos productivos y contribuyendo a fortalecer sus capacidades y habilidades para la competitividad profesional y laboral, tanto en el entorno urbano como en el rural.
Planificación urbana – Ciudades compartidas	
La planificación urbana puede fragmentar o puede estimular la cohesión social. El espacio municipal, en este sentido, es escenario de ambas disyuntivas y por tanto el grato reto de los municipios es evitar la segregación y la fragmentación territorial. Los barrios representan la oportunidad de fomentar la buena convivencia, el encuentro, la integración y la conciliación de la identidad individual con la identidad colectiva.	Desde el enfoque de género, trabajar en esta línea implica a la vez pensar en el derecho a la ciudad y las necesidades de las mujeres y la interseccionalidad de género: etnia, edad, clase social, enclave territorial, orientación sexual, discapacidad, etc.; aspectos que llevan a la necesidad de facilitar la accesibilidad de espacios alternativos y actividades que estimulen la integración y disfrute del espacio público de manera no excluyente y segura para todos y todas.
Planificación urbana - Movilidad	
La movilidad es un desafío cada vez más apremiante para las ciudades del siglo XXI dada la dinámica del desarrollo urbano y económico. Asimismo, la pobreza de tiempo por parte de las mujeres, y el impacto del diseño de las ciudades en él, representa un importante obstáculo para la igualdad de resultados. Nuevamente los servicios de transporte juegan un papel fundamental en la gestión del tiempo en las ciudades, junto a la planificación de las vías de comunicación y ordenamiento del tránsito. Diversos estudios demuestran que las mujeres realizan mayor número de desplazamientos y son quienes más usan el transporte público.	El reto de un municipio inclusivo pasa por diseñar la disposición de los servicios buscando reducir los tiempos de movilidad, en términos de localización, distancias y recorridos. Servicios de proximidad tales como las escuelas, centros de salud, complejos deportivos, bancos, entre otros, deben tener una ubicación que facilite y reduzca tiempos de acceso. Desde el enfoque de género, es indispensable que las políticas de movilidad consideren las necesidades de desplazamiento específicas de las mujeres, ofreciendo servicios de transporte público suficientes y de calidad, seguros para las mujeres, accesibles para el traslado de personas ancianas y dependientes (carritos de bebé y sillas de ruedas). También con recorridos y paradas coherentes a las necesidades de movilidad de las personas que, a su vez, optimicen los tiempos de traslado y prevean descuentos y facilidades para el uso frecuente.

Planificación urbana – Seguridad	
Las ciudades representan escenarios de inseguridad y hostilidad, especialmente para las mujeres, pues su libre movilidad está siempre restringida, no sólo por su propia exposición en el espacio público, sino sobre todo por la deficiencia de servicios y recursos públicos de protección, como así también por el deficiente y poco inclusivo diseño urbano de los territorios, carente de entornos seguros para las mujeres.	La latente inseguridad que se percibe y sufre en las ciudades es una problemática que supone para las mujeres una fuerza coercitiva para la apropiación, uso y disfrute del espacio público. Los municipios tienen como reto reordenar y repensar los territorios desde las distintas vulnerabilidades, y desde el enfoque de género, supone, entre otros temas, incrementar y mejorar el alumbrado público; erradicar predios y descampados de largo tránsito peatonal; controlar la infraestructura y la habilitación de espacios teniendo en cuenta la exposición de las personas a situaciones de potencial inseguridad, y descentralizar al interior del territorio servicios y equipamientos de seguridad, tales como teléfonos públicos, policía, etc.
Violencia de género	
El *continuum* de violencias (física, emocional, política, económica, institucional) del que son víctimas las mujeres, da cuenta de la complejidad de un fenómeno estructural de opresión y discriminación en las relaciones de poder entre hombres y mujeres que vulnera los derechos humanos de estas últimas y restringe su desarrollo personal, económico y político. Solo en 2017, 98 feminicidios se han producido en España, sumando mujeres y niños víctimas de violencia machista (Feminicido.net)	Un municipio inclusivo debe ir más allá de la violencia que se produce en el ámbito doméstico, y afrontar este flagelo desde una perspectiva holística, traspasando las fronteras de lo privado a lo público, y ampliando el reconocimiento de las distintas formas que puede adoptar la violencia de género, sea ésta física, sexual, emocional, económica, política o institucional, ampliando acciones de prevención tanto en el ámbito social, el económico y cultural; ámbitos éstos últimos de obligada intervención por parte de los municipios.
Economía del cuidado	
La división sexual del trabajo ha favorecido el desarrollo masculino en el ámbito público y el relegamiento de las mujeres al ámbito privado, siendo éstas quienes por lo general cargan con las responsabilidades del cuidado y las tareas domésticas. El reparto desigual de tales responsabilidades limita y condiciona el desarrollo de las mujeres y derechos tales como la ciudadanía plena, la autonomía económica, su movilidad y disfrute del tiempo, así como sus intereses estratégicos en torno a su crecimiento personal.	La democracia paritaria exhorta a avanzar hacia la democratización de la economía del cuidado, atendiendo a la corresponsabilidad pública y privada sobre tales funciones. En el ámbito público, los municipios harán eco de este desafío en la medida que garanticen servicios públicos de calidad para el cuidado de niños y niñas no escolarizados (guarderías infantiles), centros de día, residencias y servicios terapéuticos para personas de la tercera edad y con discapacidad; servicios de atención y alerta para personas de la tercera edad que viven solas; actividades lúdicas y entornos de esparcimiento adaptados a las familias.
Vivienda	
El modelo de la familia nuclear que amparó el diseño tradicional de las viviendas se transforma y diversifica. Familias monoparentales, familias homosexuales, convivencia entre amigos/as, personas solas, la emancipación cada vez más tardía de los y las jóvenes, el tele-trabajo, la protección de mujeres víctimas de violencia, entre otras coyunturas, están determinando nuevas necesidades habitacionales.	Las políticas habitacionales deben adaptarse a las nuevas y diversas dinámicas que mujeres y hombres desarrollan en la actualidad. Es absolutamente necesario repensar el diseño de viviendas conciliadoras, que favorezcan la autonomía o el cuidado de las personas dependientes, que permitan la conciliación de las labores con el espacio compartido de las familias, que consideren servicios o recursos que faciliten el mantenimiento de las viviendas. Del mismo modo, los planes habitacionales públicos deben garantizar el derecho a una vivienda digna facilitando su acceso a través de programas de

	alquiler, crédito asequible y políticas afirmativas que favorezcan a las mujeres, y a grupos específicos de éstas.
Desarrollo sostenible	
La ausencia o subrepresentación de las mujeres en los espacios de poder y toma de decisión, la falta o el acceso limitado de las mujeres a los recursos, como la tierra, el agua potable y la energía, dificulta la plena contribución en los procesos de desarrollo sostenible y en una economía verde, y hace que corran más riesgo cuando suceden catástrofes naturales (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 2011).	Concebir el desarrollo sostenible desde el enfoque de género implica sumar a las mujeres como sujetos de derechos en términos de conocimiento, planificación, uso, manejo e incluso propiedad o usufructo de los recursos naturales. Reconocer sus necesidades prácticas y estratégicas en torno al medio ambiente, las implicancias de sus pautas de consumo, la impronta cultural y social frente a los recursos naturales, el enclave rural con sus condicionantes y oportunidades, así como los aportes de las mujeres en procesos de toma de decisión, constituyen factores claves del desarrollo sostenible.
Cambio climático y gestión de riesgos	
Los territorios locales están expuestos a sufrir en mayor medida el impacto de los desastres naturales, por cuanto las pérdidas –humanas y económicas- se palpan y lamentan en el espacio local, en el espacio de la convivencia. Las mujeres, por su parte, son las principales víctimas, junto a los niños y las niñas, de las adversidades de un desastre, sean naturales o consecuencia de la acción humana.	Construir ciudades sostenibles y resilientes desde el enfoque de género implica la participación democrática y equitativa de hombres y mujeres en los procesos vinculados a la adaptación al cambio climático, la reducción del riesgo de desastres y la toma de decisiones a nivel local. Implica además diseñar estrategias de prevención y atención con perspectiva de género, partiendo por reconocer y gestionando las vulnerabilidades que presentan o pueden presentar las mujeres y sus familias, empoderándolas para una más efectiva mitigación de los efectos y como agentes activas de los procesos de recuperación.
Trata de personas	
La trata de personas es un delito trasnacional cuyo anclaje de operatividad son las ciudades, mientras que las mujeres representan la gran mayoría de las víctimas objeto de trata con fines de explotación sexual. La delincuencia organizada en torno a este flagelo mundial subsiste en el ámbito de las ciudades en donde, por lo general, tanto el Estado como la sociedad conviven con naturalidad e impunidad ante esta modalidad de esclavitud que no sólo restringe la libertad y los derechos de las personas víctimas, sino que además, exacerba su exposición a situaciones de inseguridad.	La lucha contra la trata de personas exige un compromiso interinstitucional para la articulación y ejecución de la política pública contra este delito, dadas las distintas representaciones que recorre tanto la situación de las víctimas como la propia organización criminal. Un plan municipal de lucha contra la trata de personas debe incluir estrategias de prevención, protección y asistencia a las víctimas; además de las acciones de investigación, detención y procesamiento judicial de los responsables de estos delitos.
Diversidad y convivencia	
El ámbito municipal es el ámbito de la convivencia, donde el reconocimiento del pluralismo y las diversidades es fundamental para la integración y el respeto y garantía de los derechos humanos que, por definición, es extensible a todas las personas, con independencia de su condición étnica, sexual, generacional, de clase, de género, enclave territorial, condición de migrante, etc. Las mujeres, son atravesadas por estas interseccionalidades y la simultaneidad de dos o más categorías de género	Un municipio inclusivo debe generar políticas que contribuyan a disminuir las desigualdades y a combatir las distintas formas de discriminación, valorando las diferencias y creando y facilitando oportunidades equitativas para los distintos colectivos. Desde el enfoque de género, supone visibilizar la situación de discriminación y violencia que sufre la población LGBT y favorecer su empoderamiento e integración. Supone propiciar el reconocimiento de los derechos de las mujeres

representan para ellas múltiples formas de discriminación.	adultas mayores garantizando servicios públicos de gerontología suficientes y de calidad. Supone la ampliación y fortalecimiento de espacios de desarrollo y la promoción de estilos de vida saludables y respetuosos entre los y las jóvenes. Supone la integración de las mujeres con discapacidad, habilitando espacios para su rehabilitación, recreación y accesibilidad. Supone el reconocimiento de los derechos de las mujeres rurales y la visibilización de sus aportes a la economía local.
Coeducación y nuevas masculinidades	
Avanzar hacia la igualdad es una meta que debe basarse desde la construcción social, por tanto el conjunto de la sociedad debe involucrarse y comprometerse para alcanzarla, a través de nuevos pactos sociales y relaciones de género más equitativas a partir de las cuales, tanto mujeres como hombres, contribuyan a la democracia paritaria y la igualdad sustantiva.	Un municipio inclusivo debe promover estrategias educativas y de sensibilización para generar compromisos y valores de respeto e igualdad, tales como campañas publicitarias que proclamen la igualdad, alejadas de los estereotipos de género; y programas de coeducación, destinados a la comunidad educativa de los centros escolares que tienen como fin promover la igualdad de trato en niños y niñas a través del fomento de actitudes positivas basadas en la no discriminación, la tolerancia, el respeto, así como la corresponsabilidad en los asuntos de la vida pública como privada. Asimismo, trabajar en las "nuevas masculinidades" es una estrategia que puede suponer impactos muy positivos en la transformación social.
Sociedad de la información	
Existe una importante brecha digital que atendiendo a razones geográficas, intergeneracionales, poder adquisitivo, pobreza de tiempo y estereotipos de género, afecta desproporcionalmente a las mujeres, en términos de uso diferencial de las TIC's y sus implicaciones para el desarrollo, relacionadas al conocimiento, el acceso a servicios y oportunidades, incluso el ejercicio de la ciudadanía digital o e-democracia.	Un municipio inclusivo debe promover la plena incorporación de las mujeres en la Sociedad de la Información mediante el desarrollo de programas específicos, en especial, en materia de acceso y formación en tecnologías de la información y de las comunicaciones, contemplando colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural y la aplicación de soluciones alternativas tecnológicas allá donde la extensión de estas tecnologías no sea posible. Asimismo, resulta clave potenciar la participación y visibilización femenina en proyectos y medios digitales, garantizando, a su vez, lenguaje y contenidos no sexistas.
Mujeres en el poder local	
Aun cuando se observa un aumento discreto de la representación política femenina, todavía existen resistencias encubiertas que dan cuenta de un discurso ambiguo a favor de la igualdad que, en la práctica, se contradice cuando tiene lugar la discriminación y las barreras de las mujeres a posiciones directicas en los partidos políticos, la vinculación de mujeres a gabinetes de gobierno según estereotipos de género, la sobre-exigencia política y el descrédito hacia las mujeres, etc.	La integración de las mujeres en el poder local es un desafío que deben asumir los municipios con compromisos orientados a su empoderamiento y liderazgo, facilitando instancias de capacitación, apoyando el asociacionismo de las mujeres y facilitando espacios de diálogo y participación para la articulación de la agenda de género en las ciudades.

Fuente: Adaptación tomada de Tello Sánchez, Flavia (2017). Consolidar la democracia paritaria en los municipios. ONU Mujeres.

Bibliografía

_____(2006). Carta Europea para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la Vida Local.

Arboleda, María (2005). Género y Municipios: Buenas Prácticas Latinoamericanas. Washington D.C.: IDB-INIFOM.

Aguirre, Rosario; Larrea, Carlos y otros/as (2002). Ciudades para varones y mujeres. Herramientas para la acción. Córdoba, Argentina: Editora Ana Falú.

Astelarra, Judith (2002). Veinte años de políticas de igualdad de oportunidades en España.

Astelarra, Judith (2002). Democracia, ciudadanía y sistema político de género. En Documentos PRIGEPP.

Barrera, Dalia; Massolo, Alejandra y Aguirre Pérez, Irma (2004). Guía para la Equidad de Género en el Municipio. GIMTRAP, A.C. México.

Barrig, Maruja (sin fecha). El género en las instituciones: una mirada hacia adentro.

Comisión Interamericana de Mujeres (2010). Guía de Capacitación: Planificación Estratégica Participativa con Enfoque de Género. Washington D.C.: CIM/OEA.

Durán, María Ángeles (2008). La ciudad compartida. Conocimiento, afecto y uso. Santiago de Chile: Ediciones SUR.

Espinosa Fajardo, Julia; Aguilar, Mercedes y Pascual Nuño, Alberto (2009). Manual de evaluación de proyectos de desarrollo local. Sevilla: Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo. Consejería de Empleo. Junta de Andalucía.

Falú, Ana (2009). Violencias y discriminaciones en las ciudades. En “Mujeres en la ciudad: De violencias y derechos”. Santiago de Chile: Ediciones SUR.

Falú, Ana; García Pizarro, María; Tello Sánchez, Flavia; Valle García, Javier & Echevarri, Leticia (2013). Guía para la planificación estratégica local con perspectiva de género. Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas.

Federación Española de Municipios y Provincias (sin fecha). Guía para elaborar Planes Locales de Igualdad. Madrid: FEMP.
Federación Española de Municipios y Provincias (2009). Guía para la constitución de Consejos Municipales de las Mujeres. Madrid: FEMP.

García Prince, Evangelina (2003). Hacia la institucionalización del enfoque de género en políticas públicas. Caracas: Fundación Friedrich Ebert.

García Prince, Evangelina (2008). Políticas de Igualdad, Equidad y Gender Mainstreaming: ¿De qué estamos hablando? Marco Conceptual. San Salvador: PNUD.

Giobellina, Beatriz y Rainero, Liliana (sin fecha). Guía Práctica: Municipios en búsqueda de equidad. Córdoba: CISCSA.

Guzmán, Virginia (2001). La institucionalidad de género en el Estado: Nuevas perspectivas de análisis. En Serie Mujer y Desarrollo Nº 32. Santiago de Chile: CEPAL- Naciones Unidas.

Kabeer, Naila (1996). Género, desarrollo y capacitación: aumentar la capacitación en el proceso de planificación. En Desarrollo y Diversidad social. Barcelona: Icaria, CIP, Oxfam, Intermon.

López, Irene; Cirujano, Paula; Del Olmo, Alicia; Sevilla, Beatriz y Sánchez, Rocío (2007). Género y políticas de cohesión social. Conceptos y experiencias de transversalización. Madrid: Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP).

Massolo, Alejandra (2000). La incursión de las mujeres en los procesos de descentralización. En Mujer, Participación y Desarrollo. Quito: CORDES/CEDIME.

Massolo, Barrera y Aguirre (2004). Guía para la equidad de género en el municipio. México DF: Grupo Interdisciplinario sobre Mujer, Trabajo y Pobreza - GIMTRAP, A.C.

Meentzen, Ángela y Gomáriz, Enrique (comp.) (2000). Democracia de Género. Una propuesta para Mujeres y Hombres del Siglo XXI. San José, Costa Rica: Fundación Heinrich Böll.

Näslund-Hadley; Urban Anne-Marie y Pineda Mannheim, Carlos (2007). Notas técnicas sobre igualdad de género en el desarrollo municipal. Experiencias de América Latina y el Caribe. Washington D.C: Banco Interamericano de Desarrollo.

_____ Igualdad de género y derechos de la mujer en la agenda post-2015: una base para el desarrollo sostenible. OCDE.

Rigat-Pflaum, María (sin fecha). La planificación de género en el ámbito municipal. Una propuesta de elaboración participativa de un Plan de Igualdad de Oportunidades a nivel local. Buenos Aires: Fundación Friedrich Ebert-

Tello Sánchez, Flavia (2015). La agenda de género ¿cómo se traslada a la agenda municipal? En Red Prolid -Puntos de Vista.

Tello Sánchez, Flavia (2017). Consolidar la democracia paritaria en los municipios. En Colección de Documentos-Guía para poderes públicos y tomadores de decisión en América Latina y El Caribe. ONU Mujeres.

2a sessió

24/04/18

Seminari d'actualització de funció pública local. Dificultats aplicatives de la nova llei de contractes del sector públic des de la perspectiva de RRHH i situació actual de la jurisprudència en matèria d'extincions contractuals i nomenaments interins.

Dificultats interpretatives des de la perspectiva de RRHH de la nova Llei de contractes del sector públic.
Eduardo Rojo Torrecilla, catedràtic de Dret Laboral de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Els darrers pronunciaments dels Tribunals espanyols i de la Unió Europea en matèria d'extincions de contractes laborals i de funcionaris interins.
Ignasi Beltran, professor de la Universitat Oberta de Catalunya.

Secció de Pràctica Jurídica
La consolidació de l'ocupació pública en la Llei de Pressupostos Generals de l'Estat i en el Pacte de 9 de març de 2018 per a la millora de l'ocupació pública.
Santiago Saenz Hernaiz, Advocat.

En aquesta segona sessió del Seminari s'aborden dues qüestions d'enorme interès pel seu impacte en la pràctica ordinària de la gestió de recursos humans. En primer lloc, s'analitzaran les dificultats interpretatives i d'aplicació que suposa la recentment entrada en vigor Llei de contractes del sector públic de 2017 en l'àmbit de la subrogació del personal quan l'Administració decideix prestar directament un servei que venia essent prestat per un operador econòmic o bé quan finalitzen contractes de serveis subscrits per l'Administració i quins són els seus efectes sobre els treballadors que prestaven aquests serveis, en relació alhora amb les previsions recollides en la disposició addicional vint sisena de la Llei de pressupostos generals de l'Estat per al 2017, que recull importants limitacions a la incorporació de personal laboral al sector públic.

A continuació s'abordarà un aspecte que genera una important controvèrsia pel que fa a la disparitat de criteris existent en els pronunciaments judicials dels Tribunals espanyols i el posicionament mantingut fins a l'actualitat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea –amb el seu possible gir important en un futur immediat-, que és el relatiu a la situació en què resten els treballadors temporals i els funcionaris interins, com també els treballadors indefinits no fixos de l'Administració pública en el moment de la finalització de la seva relació laboral en funció de la causa de finalització i de la tipologia i durada del contracte o nomenament subscrit amb l'Administració.

M. Carme Noguer
Directora del seminari i cap de Recursos Humans de l'Ajuntament de Manlleu

Dificultades interpretativas desde la perspectiva de Recursos Humanos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. La subrogación de personal.

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.

23 de abril de 2018.

Texto de la ponencia presentada el 24 de abril en el Seminario de actualización de la función pública local, organizado por la Federación de Municipios de Cataluña.

I. Introducción.

1. La Federación de Municipios de Cataluña (FMC) ha tenido la amabilidad, que le agradezco, de invitarme a una nueva sesión del Seminario de actualización de la funciónpública local, para que realice un análisis de algunos preceptos legales que plantean dificultades interpretativas para las Administraciones Locales que deseen llevar a cabo la remunicipalización de servicios públicos, como son la disposición adicional vigésimo sexta de la Ley 3/2017 de 27 de junio, dePresupuestos Generales del Estado para 2017 (sin olvidar la disposición transitoria tercera) y los arts. 130.3 y 308.2 de la Ley 9/2017 de 8 denoviembre, de contratos del sector público, que entró en vigor el 9 de marzo de este año, una vez transcurridos cuatro meses desde su publicación en el BOE y de acuerdo a lo dispuesto en la disposición final decimosexta de dicha norma.

Conviene además reseñar que la citada disposición adicional, así como la trigésimo cuarta, han sido objeto de recurso de inconstitucional interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del grupo confederal de Unidos Podemos – En Comú Podem – En Marea, en concreto el apartado 1 a) y b) de la primera, y el apartado 2 de la segunda en el inciso "ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva", habiendo sido admitido a trámite por el Tribunal Constitucional por providencia de 31 de octubre de 2017

Más exactamente, el ámbito de mi intervención se centra, con arreglo a la petición formulada por la FMC, en el impacto de la remunicipalización sobre los derechos de los trabajadores afectados; o lo que es lo mismo, si cabe, y en qué condiciones, la subrogación del personal. De esta forma, y tal como se explica en lapresentación del presente Seminario, se trata de analizar "las dificultades interpretativas y de aplicación que supone la recién entrada en vigor Ley de contratos del sector público de 2017 en el ámbito de la subrogación del personal cuando la Administración decide prestar directamente un servicio que venía siendo prestado por un operador económico o bien cuando finalizan contratos de servicios suscritos por la Administración y cuáles son sus efectos sobre los trabajadores que prestaban estos servicios, en relación a la vez con las previsiones recogidas en la disposición adicional vigésimo sexta de la Ley de presupuestos generales del Estado para el 2017, que recoge importantes limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público".

Se trata, pues, de una ponencia que aborda cómo y de qué forma se aplica el art. 44 del Real Decreto 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, y que encontrará un excelente complemento, desde la perspectiva de práctica jurídica, en la ponencia presentada por el abogado Sr. Santiago Sáenz sobre la consolidación del empleo público en la LPGE y en el reciente acuerdo II Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condicionesde trabajo, suscrito el 9 de marzo, es decir (¿sólo una mera casualidad?) el mismo día de la entrada en vigor de la LCSP.

De dicho acuerdo, y en relación con la temática objeto del Seminario, me parece de especial importancia, la previsión de oferta de empleo público para este año, con tasas de reposición que deberían permitir mejorar la situación de las plantillas de personal, con especial afectación a las Administraciones Locales, y la regulación de los procesos de estabilización de empleo público, en plazas dotadas presupuestariamente y ocupadas de forma temporal e ininterrumpida en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2017, "de modo que la tasa de cobertura temporal de estas plazas se sitúe al final del período (2020) por debajo del 8 por ciento". Dicho acuerdo, en el bloque relativo a la regulación de la jornada de trabajo, ya ha sido incorporado al Proyecto de Ley de PGE para2018, cuyo debate de totalidad tendrá lugar justamente esta misma semana, los días 25 y 26, pudiendo pensarse que serán desestimadas las enmiendas a la totalidad si el grupo nacionalista vasco se abstiene, algo que parece factible si se repara en que no ha presentado enmienda a la totalidad del texto. Pero, no adelantemos acontecimientos y sigamos con nuestra exposición.

Sin duda alguna, también las personas asistentes al Seminario obtendrán una visión más global de los problemas que afectan al empleo en el ámbito público con la ponencia presentada por el profesor Ignasi Beltrán de Heredia, cuyo blog es siempre deobligada consulta para estar al día en esta materia, sobre los últimos pronunciamientos de los tribunales españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de extinción de contratos laborales y de funcionarios interinos.

Sobre esta temática también es de particular interés la ponencia presentada en las jornadas organizadas por CCOO y Juezas y Jueces para la Democracia el mes de noviembre del pasado año por el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia Carlos Alfonso Mellado, en la que abordó "Los abusos de la temporalidad en elempleo público: la viabilidad de las vías de consolidación del personalindefinido no fijo", destacando que las limitaciones presupuestaria al capítulo I han desviado durante mucho tiempo la contratación hacia falsos contratos de servicios, "que en no pocos casos encubrían o contrataciones laborales o cesiones ilícitas de personal", así como también que la externalización de servicios públicos ha respondido en algunas ocasiones realmente a situaciones de contrata "pero en otras encubría supuestos de cesión ilícita de trabajadores". Para el citado profesor cabe una actuación en tres direcciones: "oferta de empleo público intentando cubrir las necesidades permanentes con plazas permanentes; penalización disuasoria (en forma de indemnización o cualquier otra) de las irregularidades de la contratación temporal que la haga poco atractiva; sistemas de acceso flexible hasta donde constitucional y legalmente sea posible para las personas afectadas".

Justamente, el profesor Beltrán de Heredia presentó hace poco menos de un año una ponencia sobre la temática sobre la que gira mi exposición, que llevaba por título

"Lasconsecuencias laborales de la remunicipalización de servicios municipales" (22 de junio, III jornada anual sobre las relaciones laborales desde la práctica de la Administración), cuya texto se encuentra disponible en su blog, y cuya lectura recomiendo, y en la que abordó dos cuestiones que siguen siendo en la actualidad de capital importancia, cuales son, por una parte la aplicación de la normativa laboral española y comunitaria (art. 44 de la LET y Directiva2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad) a las remunicipalizaciones, y por otra el estatus jurídico de los trabajadores que se incorporan a la Administración.

También fue objeto de atención por mi parte, hace ya casi diez meses la temática que se aborda en la presente sesión. En concreto, me refiero a la ponencia presentada el 13 de julio de 2017 en el marco de la X edición del Aula Iuslaboralista de la Universidad Autónoma de Barcelona, con el título "Remunicipalización de servicios públicosy derechos de los trabajadores. Ley PGE 2017. Límites a la subrogaciónempresarial". La documentación puede consultarse en el blog del Aula, y lógicamente algunos de sus contenidos serán tomados en consideración por mi parte en la presente exposición.

2. Con relación a la normativa aplicable, además de los textos citados, deberemos tener presentes, siquiera sea de forma colateral a los efectos de nuestro estudio, la Ley 7/1985 de abril reguladora de las bases de régimen local (LBRL), la Ley27/2013 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de laAdministración Local (LRSAL), el RealDecreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril por el que se aprueba el TextoRefundido de Régimen Local (TRRL), y la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, deEstabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

Igualmente, y a la espera de conocer que ocurrirá en su tramitación parlamentaria, el Proyecto de Ley de PGE 2018, en la misma línea que la LPGE 2017 regula (disposición adicional cuadragésima) la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral, disponiendo que todos los contratos laborales deberán formalizarse respetando escrupulosamente la normativa constitucional sobre igualdad de acceso al empleo público y la normativa laboral sobre igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, siendo responsables los órganos competentes en materia de personal de las irregularidades que puedan cometerse, no pudiendo en ningún caso, además, "atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello derive de una resolución judicial", teniendo la norma vigencia indefinida y surtiendo efectos a partir de la entrada en vigor de la Ley.

II. Las aportaciones de la doctrina laboralista y administrativista.

Es importante destacar que tanto por lo que respecta a las disposiciones adicionales controvertidas de la LPGE 2017 como por lo que afecta a las de la nueva LCSP, sin olvidar análisis doctrinales y prácticos anteriores que son de perfecta aplicación al nuevo marco normativo, hay una buena batería de libros y artículos que permitirán a las

personas interesadas conseguir un excelente conocimiento y comprensión de las cuestiones suscitadas y de las distintas posibilidades existentes de cómo abordarlas.

Sin ningún ánimo, en absoluto, de exhaustividad, hago referencia a algunos textos a los que he prestado especial atención para preparar mi intervención, sin olvidar que buena parte de ella es continuación del estudio que he venido realizando en mi blog desde la presentación del Proyecto de Ley de PGE2017 y también del de la LCSP, hasta llegar a los textos definitivamente aprobados, y que también se sustenta en el estudio que realizo regularmente de la jurisprudencia del TJUE y, concretamente por lo que ahora nos interesa, de las resoluciones judiciales relativas a las transmisiones de empresas y los derechos de los trabajadores afectados.

1. El Catedrático emérito de DTSS de la Universidad de Valencia Tomás Sala Franco reflexiona sobre la temática ahora abordada en su artículo "Acerca de los derechos de los trabajadores en los casos de reversión en la gestión de los servicios públicos por las Administraciones Públicas" (Derecho de las Relaciones Laborales núm. 2/2028), manifestando, y haciendo propuestas posteriormente para dar respuestas a las preguntas o cuestiones previamente planteadas, que las reversiones administrativas plantean problemas laborales que son básicamente de dos clases: "si las reversiones constituyen en sí mismas transmisiones de empresas en el sentido de la Directiva 2001/23/CE", y en caso de serlo "el de cómo compatibilizar la protección de la estabilidad de los trabajadores adscritos a un contrata establecida en las anteriores normas comunitaria e internas con el principio de acceso a la función pública establecido en las normas internas, constitucionales (arts. 23.2 y 103.3 de la CE) y ordinarias (arts. 55 y ss del EBEP)", concluyendo con la necesidad a efectos de seguridad jurídica, de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unifique doctrina, al amparo del art. 219 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), y que también sería deseable la intervención del TJUE "interpretando la aplicación de la Directiva, siendo claramente deseable y oportuna esta última".

2. La catedrática de DTSS de la Universidad de Cantabria Lourdes López Cumbre aporta su conocimiento en la materia en el artículo "Limitaciones a la incorporación depersonal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público"(Revista Galeiga de Dereito Social, núm. 3/2017). Tal como se expone en el resumen del artículo, si bien la Ley PGE 2017 incluye una limitación que afecta a los trabajadores de contratas o concesiones que finalizan su vigencia o son rescindidas por la Administración , también admite "la aplicación de las garantías laborales derivadas de la sucesión de empresas", planteando la profesora López Cumbre "las claves para interpretar una norma aparentemente contradictoria, incluso con la posibilidad de que se cree una nueva figura, la del trabajador no empleado público".

Se trataría de una nueva categoría, "la del trabajador subrogado, que permanece en el ámbito público con un estatuto propio -el que laboralmente le garantiza el art. 44 LET- sin que le sean de aplicación los principios, reglas, procedimientos y normas del empleo público. Lógicamente, como en toda transmisión empresarial, las condiciones de trabajo tenderán a converger con la plantilla de la empresa entrante -aunque sea pública- y, como en aquélla, los contratos laborales objeto de subrogación podrán ser extinguidos -previsiblemente a través de despidos objetivos o, en su caso, colectivos, también de aplicación en el sector público, pero se hará en los términos generales que explicita la norma laboral…

3. El Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada José Antonio Fernández Avilés, publicó en febrero del pasado año un artículo de indudable interés, titulado "Remunicipalización de servicios públicos y suproblemática jurídico laboral". Cabe destacar que para el profesor Fernández el personal laboral asumido por la Administración Pública, "tanto por operatividad de las normas estatutarias sobre la transmisión de empresa como, más excepcionalmente, por la aplicación de una cláusula convencional aplicable, tendrían la consideración de indefinidos no fijos (si fueran trabajadores fijos de la empleadora anterior), con el correlativo retroceso, en términos de estabilidad en el empleo, en relación al status jurídico que los trabajadores con contrato indefinido tuvieran en la empresa concesionaria. Ello amplía la extensión aplicativa de una modalidad contractual laboral –propia de las Administraciones Públicas- que se ha mostrado harto problemática en la práctica".

4. Los aspectoslaborales de la remunicipalización de los servicios públicos, con arreglo a la normativa anteriormente vigente, fueron abordado en un amplio y riguroso artículo de la Catedrática de DTSS de la Universidad de León Susana Rodríguez Escanciano, justamente en una jornada de formación organizada el 16 de diciembre de 2015, disponiendo por ello todas las personas interesadas del texto de la ponencia en el apartado de formación de la página web de la FMC.

Para la autora, las líneas de actuación puestas en marcha por la LRSAL "van destinadas a poner freno a las denominadas "formas indirectas de acceso al empleo público", auspiciadas a través de vínculos laborales celebrados por empresas contratistas o concesionarias de servicios o por entidades instrumentales encargadas de la dispensa de actividades de interés general, realidades ambas que presentan, por lo que a este estudio importa, una nota común, pues la relación laboral, más allá de su tradicional carácter bilateral, adquiere una dimensión triangular, de modo que aun cuando el trabajador no desempeñe un puesto de trabajo propio de la organización administrativa matriz, sus retribuciones proceden, indirecta o directamente, de los presupuestos públicos".

5. Más recientemente hay que hacer referencia a las obras "Remunicipalización deservicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos", dirigida por el profesor de la Universidad de Valencia Adrián Todolí Signes y coordinada por el abogado David Martínez Saldaña, y "La sucesión de empresa", dirigido igualmente por David Martínez Saldaña, editado por Lex Nova.

En la jornada organizada por la Fundación para la investigación sobre el derecho y la empresa (FIDE) el 6 de noviembre para su presentación, y de la que puede encontrarse una buena síntesis en el diario jurídico Confilegal, fueron objeto de análisis cuestiones de indudable interés para la ponencia objeto de esta sesión, como "La situación de los empleados de las contratistas cuando tiene lugar la remunicipalización y su encaje como trabajadores indefinidos no fijos; la situación normativa y jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo (a la vista de las disposiciones adicionales 26 y 35 de la Ley de Presupuestos Generales de 2017); la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y particularmente su sentencia de 19 de octubre de 2017 —asunto Securitas—) y la incidencia de la doctrina que contiene, que deja ya pistas sobre el criterio del TJUE acerca de las cláusulas de los convenios colectivos que limitan los efectos de la sucesión de empresa".

6. Desde la perspectiva administrativista, pero sin olvidar en modo alguno la temática laboral, es obligado también acudir a la reciente monografía del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada Federico A. Castillo Blanco, titulada "La reinternalización de servicios público: aspectosadministrativos y laborales" (Cemical, Estudios de Relaciones Laborales, 2018).

De dicha obra cabe a mi parecer hacer expresa mención al capítulo 10, dedicado a las consecuencias para los trabajadores de los mecanismos de integración del sector público en el que subraya la complejidad de determinar, en los supuestos en que la Administración o alguna de sus personificaciones instrumentales sigue prestando el servicio, "en qué condiciones ingresa ese personal (de la empresa cedente) a la Administración", procediendo al estudio de las diversas posibilidades u opciones de su estatuto jurídico, tales como la condición de personal indefinido no fijo, personal ocupando puestos de trabajo "a extinguir", o "trabajador subrogado", figura esta última que considera "avalada" por la redacción de la controvertida DA 26ª de la LPGE 2017, precepto del que afirma que pretende que, fruto de los proceso de reinternalización de actividades, los trabajadores subrogados "no se integren en el empleo público estrictamente considerado". Aun cuando el profesor Castillo reconoce el esfuerzo llevado a cabo por los defensores del estatuto jurídico de "personal subrogado, no deja de reconocer, con una cuidada explicación, que ello coloca al trabajador "en una especia de burbuja o limbo (lo que) no dejará de traer cierta problemática en las relaciones laborales y en las propias condiciones laborales de este".

7. Seguimos con la doctrina administrativista, siendo ahora obligado acudir al número monográfico de la Revista "Cuadernos de Derecho Local" (núm. 43, febrero de 2017), dedicado a "La remunicipalización de los servicios públicos locales", en el que encontramos el artículo del profesor de Derecho Administrativo de la Universidadde Barcelona Joan Mauri, que trata sobre "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal".

El autor llama con carácter general a un cuidadoso estudio de las circunstancias en que pueda producirse una remunicipalización, a fin de evitar "la precipitación y el unilateralismo" en cualquier política de recuperación de la gestión directa de un servicio público. Tras un amplio estudio de todas las posibilidades existentes, concluye que las dificultades con las que puede encontrarse una Administración para la subrogación de los trabajadores afectados no puede llevar a desconocer el marco normativo regulador de la subrogación; es decir, la Administración sucesora "no puede desentenderse sin más de estos trabajadores o novar sus contratos, pero tampoco puede mantener esta relación laboral indefinidamente sin ajustarse a las reglas del empleo público o, lo que sería peor, permitir su conversión en un extraño tipo de empleo público sin tener en cuenta los principios que guían el proceso de acceso, promoción y carrera en las organizaciones del sector público".

8. Desde el conocimiento directo de la problemática administrativa y laboral de las Corporaciones Locales, podemos referirnos al artículo de Eduardo G. Pozo, Secretario del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, titulado "Las cláusulassociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de contratos de sectorpúblico, en el que dedica dos apartado de la segunda parte del texto a la subrogación del personal y a las

condiciones de trabajo, respectivamente, del personal adscrito a la ejecución del contrato.

A su parecer el art. 130, que regula la "Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo" amplia considerablemente las regulación respecto a lo dispuesto en el art. 120 de la norma anteriormente vigente y ahora derogada el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la LCSP, siendo considerada la norma como importante por su "incidencia y conflictividad", destacando, ya lo adelanto por su importancia, que la principal novedad es que "se sustituye la referencia a que la obligación se imponga por contrato por la referencia a una norma legal o convenio colectivo".

9. Desde el mismo conocimiento de la realidad, se ha destacado por el Servicio de AsesoramientoLocal de la Diputación de Valladolid que la subrogación solo podrá imponerse cuando este prevista en una norma (como la LET) o se prevea en convenio colectivo sectorial o territorial, o bien, como especificidad, cuando "la obligación o la opción de imponerla estuviera prevista en una norma legal o reglamentaria que regulara específicamente la actividad objeto del contrato", y que, cuando se produzca la subrogación de personal, estaremos ante un supuesto de incorporación de personal como indefinido no fijo, según la doctrina jurisprudencial que finalmente fue incorporada al EBEP, sin que, en cualquier caso, dicho personal deba permanecer indefinidamente en esa situación, ya que la Administración Pública "tiene el deber de garantizar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, o proceder a amortizar las plazas".

10. La nueva LCSP ha merecido especial atención por parte de las organizaciones sindicales. Sirva, a título de ejemplo, el estudio realizado por la UGT sobre los aspectosde la misma que deberán tenerse en cuenta en su acción sindical.

En la valoración general de la norma, destaca como un aspecto positivo las mayores garantías ofrecidas, con respecto a la legislación anterior, en materia de subrogación empresarial y sucesión de plantillas, concretamente en relación con la información a ofrecer a los contratistas, mientras entre los aspectos negativos sitúa, además de la existencia de "mayores obstáculos para la reversión de servicios públicos y la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, las "escasas garantías" que a su parecer ofrecía, lo destaco, "el Proyecto (de Ley) cuando la Administración Pública decide rescatar el servicio de la concesión". No sé si el sindicato mantendrá el mismo criterio con el texto definitivamente aprobado, en particular el apartado 3 del art. 130, en el que se dispone que "En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general".

También considera negativo el cambio operado respecto a la normativa anterior (que no hay que olvidar que suscitó controversias y pareceres diferentes entre los órganos jurisdiccionales sociales y contencioso-administrativo) que no se haya contemplado "la subrogación de plantillas derivadas directamente de los pliegos". Volviendo al análisis de la normativa sobre subrogación del personal afectado, y ahora sí haciendo expresa mención al nuevo art. 130.3, el sindicato concluye que la subrogación será obligatoria si

lo prevé un convenio o acuerdo general, siempre y cuando la AA PP haya sido parte y suscrito, y por consiguiente queda jurídicamente vinculada, y también cuando lo prevea una norma legal (como por ejemplo cuando se den los requisitos requeridos por el art. 44 de la LET y la Directiva 2001/23/CE), si bien el sindicato ugetista manifiesta su preocupación por temer que la Administración "será muy beligerante (contraria) a la hora de reconocer dicha posibilidad".

III. Normativa objeto de debate e interpretación.

Antes de abordar, con ordenación de textos ya publicado con anterioridad y que siguen siendo plenamente válidos para examinar la problemática objeto de atención en mi ponencia, hay que señalar que los artículos sobre cuya interpretación se debate son los siguientes:

1. En primer lugar, la DA 26ª de la LPGE2017, apartados uno y dos. "Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos").

2. En segundo término, la DA 34ª, en especial el apartado dos: "Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial".

3. En tercer lugar, la Disposición transitoria tercera: “Lo establecido en la Disposición adicional vigésima sexta. Uno. B) de esta Ley no será de aplicación al personal laboral fijo de las entidades del sector público que se integre en su administración pública de adscripción, como consecuencia de la aplicación de procesos de integración en su régimen laboral previstos en una norma con rango de Ley con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma y siempre que dicho personal haya sido seleccionado con la garantía de los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad y tenga la titulación académica requerida para el acceso a la categoría en la que se produzca la integración”.

4. Refiriéndonos a continuación a la LCSP, el art. 130 apartados 1 y 3 debe merecer especial atención: “1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo…. 3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”.

5. Igualmente, la atención debe concentrarse, siquiera sea de forma menos relevante que en el caso anterior, en el artículo 308, apartado 2, regulador del contenido y límites del contrato de servicios, que trata de evitar, tal como también lo hacía la normativa anterior, la entrada “por la puerta trasera” como personal laboral en la Administración. En efecto, el texto dispone que “En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores. A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”.

6. Por último, sería incompleta la referencia a la normativa vigente si no hiciéramos mención a la muy recientemente aprobada Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos delsector público de Navarra, publicada en el Diario Oficial autonómico del día 17 y que entrará en vigor a los veinte días de su publicación.

Por lo que respecta la temática objeto de mi ponencia, merece especial atención el art. 67, regulador de la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, disponiendo el apartado 1 que las condiciones de subrogación “serán las establecidas en el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato en el caso de que este exista y regule la subrogación”, y en el supuesto de que no exista, o aunque exista no regule la subrogación, “procederá la de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato”

mientras que el apartado 4, con una contundencia jurídica bastante superior a la del art. 130 de la Ley estatal, dispone que "En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta ahora venía siendo prestado por un operador económico, estará obligada a la subrogación del personal que lo prestaba, que se mantendrá en el puesto de trabajo hasta que las plazas sean objeto de cobertura mediante la normativa de función pública que resulte de aplicación".

IV. La afectación del principio constitucional de autonomía local.

1. En la disposición adicional vigésima del proyecto de ley de PGE 2017.

El 14 de mayo de2017 publiqué en mi blog una amplia entrada referida a esta cuestión. Recupero ahora aquellos contenidos que me parecen más relevantes y que siguen teniendo plena actualidad en el momento presente, una vez aprobada la LPGE 2017.

A) En el ámbito jurídico doctrinal, las cuestiones abordadas en la disposición adicional vigesimoséptima encuentran una detallada atención en todos los artículos publicados en el número 135/2016 de la revista "Temas laborales: Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social", dedicada monográficamente a "Las especialidades laborales de la participación de la iniciativa privada en la actuación pública", con artículos de los profesores Jesús Cruz, José Manuel Gómez, Cristóbal Molina, Miguel Rodríguez – Piñero, José Luis Monereo, Federico Navarro y Pedro Gómez, y las profesoras Sofia Olarte, Eva garrido, María Nieves Moreno, Carmen Sáez, María Fernanda Fernández y María José Rodríguez.

Guardan especial relación con la temática objeto de esta entrada, a mi parecer, los artículos del profesor Jesús Cruz Villalón "Claves laborales de la participación privada en la actuación pública", y del profesor José Luis Monereo Pérez "Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos".

Para el profesor Cruz Villalón, una variante de los procesos de externalización "se produciría en aquellos casos en los que la Administración Pública decidiese en un momento dado por volver a gestionar directamente un servicio o parcela del mismo que hasta el momento presente se encontraba asumido por una empresa privada. Nos encontraríamos ante una hipótesis más en la que se proyecta la posibilidad de aplicación de la subrogación laboral, a resultas de una transmisión de empresa o parte de la misma. Supuesto que, de principio, no presentaría diferencia cualitativa en la aplicación de la legislación laboral interna y de la Unión Europea en la materia. Prueba de ello es que, a estos efectos, cuando el asunto se ha presentado en sede judicial la discusión se ha centrado en términos idénticos al supuesto asimilable del retorno a la centralización del ciclo productivo entre dos empresas privadas; en concreto, en las más de las ocasiones las dudas se ciñen aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad a precisar en qué medida, una vez más, nos encontramos ante la transmisión de una entidad económica con identidad propia, que da lugar a la subrogación "ex lege" o, por el contrario, nos hallamos ante una mera asunción de actividad sin acompañamiento de los medios necesarios para tener la condición de unidad productiva autónoma y, por tanto, no es de

aplicación la normativa laboral al efecto. En los mismos términos, pocas especialidades concurren en estos casos respecto de la externalización de servicios genética inicial y de la sucesión de contratas administrativas".

Para el profesor Monereo, y cito el resumen de su artículo "Desde hace tiempo se vienen incrementando los procedimientos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En la coyuntura actual, a la intensa reestructuración de los entes y empresas que integran el sector público, se suma la proliferación de fenómenos de privatización y asimismo de recuperación de servicios públicos. Estos fenómenos –que presentan flujos y reflujos obedeciendo a diversas direcciones de política organizativa ideológicamente condicionadas- tienen una importante incidencia en el ámbito de las relaciones laborales afectadas y plantean, además, arduos problemas respecto a la aplicación de un marco normativo regulador (deficiente e insuficiente) en una palpable tensión entre las lógicas imperantes en los ordenamientos laboral y administrativo, que, sin embargo, han de conciliarse necesariamente bajo el obligado respeto a los principios y derechos consagrados en la Constitución".

B) Aun siendo clara la finalidad perseguida por la norma, no es menos cierto que la redacción del precepto no es un modelo, ni mucho menos, de seguridad jurídica, en concreto en el apartado Uno a), en cuanto que la imposibilidad que se prevé de considerar como empleados públicos ex art. 8 de la Ley del Estatuto básico del empleado público a trabajadores que, por ejemplo, prestaban sus servicios en empresas privadas que llevaban a cabo la prestación de servicios públicos que ahora la Administración decide recuperar (revertir), se acompaña en el mismo precepto de la referencia expresa a que a dicho personal "le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral", es decir el art. 44 de la Ley del Estatuto de los trabajadores y por derivación de la Directiva 2001/23/CE

Cabe pensar, y creo que esta debe ser la finalidad de la norma, que se pretende evitar que los trabajadores de las actividad privadas remunicipalizadas puedan acceder a la función pública por una vía que no pasaría el filtro del acceso a ésta previsto en el art. 23 de la Constitución y su normativa de desarrollo, pero si tal fuera la finalidad no casa bien con la mención a la imposibilidad de adquirir la condición de empleado público según que de la definición de los mismos se contiene en el art. 8 del EBEP, ya que dicho precepto no sólo se refiere a los "funcionarios de carrera", sino también al restante personal que presta sus servicios para la Administración, como son "funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y personal eventual".

¿Querrán referirse los redactores del precepto a la adquisición de la condición de indefinido no fijo en los procesos de reversión, y evitar que por la vía posterior de convocatoria de plazas en oferta de empleo público dicho personal adquiere la fijeza funcionarial o laboral en su empleo? Y siendo posibles, en el análisis hipotético de las intenciones del legislador que estoy efectuando, ambas hipótesis, ¿respetan el principio constitucional de autonomía local y las posibilidades que la normativa vigente otorga de organizar la prestación de los servicios públicos a los que está obligada la Administración de la mejor manera posible (rentabilidad económica y también social) en interés de toda la ciudadanía?

Repárese, por consiguiente, en los siguientes contenidos de la disposición:

a) La vigencia indefinida del texto presentado, algo que no es infrecuente encontrar en disposiciones adicionales de los textos presupuestarios, dado que no afectan a los presupuestos anuales a los que se refieren los preceptos del texto articulado, pero que ciertamente supondría, de ser aprobado, una alteración sustancial, una limitación fáctica, de las competencias municipales para la determinación de qué criterios tomar en consideración para la prestación de los servicios públicos. Los litigios existentes en diversos ayuntamientos respecto a la posible remunicipalización de algunos servicios dan debida cuenta de los conflictos que la norma querría corta de raíz en el debate existente sobre la limitación de la autonomía municipal.

b) En la misma línea que la tesis anterior, se encuentra la consideración del carácter básico del contenido adicional de la disposición, con impacto inmediato y directo, una vez que el proyecto fuera aprobado y entrara en vigor, en la actuación de todas las Administraciones, en cuanto que la norma se dicta al amparo de lo dispuesto en los art. 149.1, 13ª y 18ª, y 156.1 de la Constitución. Recordemos que los dos primeros se refieren a las competencias exclusivas del Estado en materia de "Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica", y "Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas", mientras que el segundo dispone que "Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles".

c) La imposibilidad de considerar como empleados públicos (y remito a las dudas expuestas con anterioridad) a determinados trabajadores, que presten servicios en el sector privado o en el sector público, cuando, como consecuencia de una decisión de la Administración Pública competente, pasen a prestar servicios para ella (¿y si no son empleados públicos, que régimen jurídico tendrán?). (Actualización a 22 de abril de 2018: me permito remitir a las tesis expuestas en la introducción de la ponencia, sobre la posibilidad de ser considerados no sólo trabajadores indefinidos no fijos, sino también la de personal que ocupa puestos de trabajo a extinguir, o la de trabajador subrogado al que se le aplica la normativa laboral y no es considerado empleado público).

Obsérvese la amplitud de la norma, ya que aunque me estoy refiriendo en mi exposición a la Administración local, la más directamente afectada sin duda por el texto propuesto, la disposición adicional hace referencia a las "Administraciones Públicas" del art. 2 del EBEP, es decir la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las entidades locales, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas. En los mismos términos, la disposición se refiere a los contratos adjudicados por las Administraciones previstas en el art. 2.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que incluye a "la Administración General del Estado, las Administraciones de las

Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2", siendo estos últimos "cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas".

Además, la norma no sólo nos dice que determinados trabajadores no podrán tener la consideración de empleados públicos, sino que tampoco (¿no es claramente redundante con lo anterior?) podrán ser incorporados en tal condición "en una Administración Pública o en una entidad de derecho público". Me vienen a la cabeza al leer la disposición adicional los conflictos acaecidos en Andalucía respecto a la incorporación (o, mejor dicho, no incorporación) de los trabajadores de los consorcios locales de empleo al Servicio Andaluz de Empleo y los numerosos litigios suscitados en sede judicial, en especial en materia de despidos colectivos y de los que he ido dejando debida constancia en mis análisis efectuados en el blog.

d) Si la Administración quiere "recuperar" prestación de servicios que anteriormente se prestaban en régimen de contrato público de prestación de servicios por entidades privadas (servicios de limpieza, agua y electricidad sería algunos de los más significativos) sepan que la norma se lo va a poner muy difícil, con independencia de cuál fuera la razón o motivo que justificará tal decisión (la mejora de la prestación del servicio y un menor coste para la ciudadanía, por ejemplo) ya que no podrá considerar como "empleados públicos" a los trabajadores de las empresas contratistas cuando los contratos se extingan "por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos". Igualmente, tampoco podrán tener la condición de empleados públicos aquellos trabajadores que prestan sus servicios con anterioridad ya en el ámbito público pero con regulación laboral (una prueba clara, a mi parecer, de que la norma pretende evitar la adquisición de fijeza en la Administración) y que están prestando servicios en sociedades mercantiles públicas, consorcios en personas jurídicas societarias o fundacionales (también me vienen a la cabeza conflictos suscitados por la extinción contractual de contratos laborales como consecuencia de la restructuración del sector público a consecuencia de los ajustes o recortes presupuestarios) cuando se haya adoptado la decisión política en la correspondiente sede competencial de integrarlos en una Administración Pública.

Recuerdo que a todos esos trabajadores que no serán, aunque presten servicios para ella, empleados públicos de una Administración, les son de aplicaciones los derechos regulados en el art. 44 de la LET en punto a garantizar su estatus jurídico y las obligaciones que deben asumir las empresas cedentes y cesionarias.

e) Pero ninguna ley puede evitar que se cumpla una sentencia judicial firme, y tampoco que en virtud de las competencias constitucionales y legales, personal como el referenciado con anterioridad pueda pasar a prestar servicios, tras superar las pruebas que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en sociedades mercantiles públicas (a título de ejemplo, vid art 111 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que dispone que se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal: a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles

estatales, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas. b) Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes”).

No se sorprenderán los lectores y lectoras del monumental enfado de la mayor parte de las Administraciones Locales ante esta propuesta normativa, que podría dejar limitada a la mínima expresión las previsiones de la tasa de reposición previstas no sólo en los PGE de 2017 sino en los venideros, unas Administraciones que han perdido cerca de 100.000 empleos desde 2012, siendo los últimos datos disponibles (Boletín de personal al servicios de las Administraciones Públicas, julio 2016) de 547.825 empleados públicos, el 21,71 % del total del personal que presta sus servicios para las AA PP, y con un dato especialmente significativo y con posible impacto sobre cualquier decisión que adopte la Administración, cual es que el número de trabajadores laborales (295.184) es superior al del personal funcionario (206.893).

C) ¿Cómo han reaccionado las fuerzas políticas presentes en el Parlamento español, más exactamente ahora en el Congreso de los Diputados, con respecto a esta propuesta normativa? Con la presentación de diversas enmiendas que paso inmediatamente a comentar.

Son siete las enmiendas presentadas, aunque tres de ellas, de Unidos Podemos – En Comú Podem- En Marea, pueden ser objeto de atención conjunta ya que se refieren a dos apartados de la disposición y a una redacción alternativa de la misma.

Por el orden numérico que aparecen en el listado de enmiendas publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 12 de mayo, son las siguientes:

a) Enmienda núm. 63, de Esquerra Republicana, en la que se pide la supresión de toda la disposición. Se pone de manifiesto como las Administraciones Locales han visto constreñida en los últimos años sus competencias en materia de personal, y sus dificultades económicas para llevar a cabo mediante gestión directa la prestación de determinados servicios públicos, y que cuando los gobiernos resultantes de las últimas elecciones municipales se han puesto manos a la obra en bastantes casos para recuperar, revertir, la prestación de tales servicios, se van a encontrar, si prospera la disposición, con una nueva limitación para desarrollar su actividad, y más si en algunos casos las nuevas incorporaciones no se computan en la tasa de reposición.

Tras destacar, acertadamente a mi parecer, las contradicciones existentes en el seno de la norma, a las que ya me he referido con anterioridad, la enmienda aboga por la supresión de la propuesta normativa “y trasladar su debate a un ámbito específico de regulación laboral y de función pública que permita aportar mayor seguridad jurídica”.

b) Enmiendas 2712, 2713 y 2714 de Unidos Podemos – En Comú Podem - En Marea, con propuesta de supresión de la disposición adicional en los términos en que ha sido presentada, y de sustitución por un nuevo texto presentado.

Las enmiendas abogan por la supresión de la mención a la "vigencia indefinida" de la norma, y también de todo el texto. Respecto a la concreta supresión mencionada, se afirma que es incoherente que se haga dicha mención en un texto que regula anualmente una determinada materia, como es la de los PGE.

En cuanto a la supresión de todo el texto, además de poner de manifiesto igualmente sus contradicciones, se destaca que invade competencias constitucionales autonómicas y municipales relativas al ámbito de potestad de su autoorganización, y las dificultades que podría implicar para la gestión eficiente a que está obligada la Administración Local por mor de lo dispuesto en la normativa que les aplicable. Coincido pues con la afirmación de que el apartado uno es contradictorio, "por cuanto que empieza estableciendo una imposibilidad de incorporación a las Administraciones Públicas o entidades de derecho público de determinado personal, para a continuación establecer que a ese personal, cuya integración se excluye, se le aplicarán las normas laborales sobre sucesión de empresas"; o lo que es lo mismo, "no pueden excluirse esas reglas laborales y las mismas conducen precisamente a lo que aparentemente se empieza impidiendo"

En la enmienda de supresión se propone ya una alternativa al texto, en cuanto que se acepta que la Administración Local pueda adoptar una decisión de remunicipalización de determinados servicios, y que ello implicará la incorporación de los trabajadores que desarrollan su actividad para las empresas anteriormente responsables de las mismas, que es la siguiente: considerar a los trabajadores como indefinidos no fijos en tanto en cuanto, en un plazo no superior a 3 años se procede a regularizar la oportuna OEP y proceso de selección. Este paso intermedio, imprescindible para garantizar la continuidad del servicio, los derechos de los trabajadores y el respeto a los principios constitucionales de acceso (igualdad, mérito y capacidad), es el que es capaz de conjugar toda la aplicación de esta normativa plural y de diferente naturaleza". Es obvio que la propuesta guarda relación con el art. 70 del EBEP, relativo a la oferta de empleo público, en el que se dispone que "… en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años".

Esta tesis es confirmada en la propuesta de texto alternativo que se presenta, en la que también se argumenta y propone que las plazas que deban ser ocupadas en virtud de resolución judicial o decisión de la Administración competente que afecta a sociedades mercantiles públicas, no computen a efectos de la tasa de reposición.

En suma, para el grupo enmendante la nueva regulación propuesta "es la única respetuosa tanto con el cumplimiento de las normas laborales, nacionales y comunitarias, sobre sucesión de empresa, como con los principios legales y constitucionales de acceso al empleo público. Y la más respetuosa también con la libre decisión de cada administración, en uso de sus competencias, sobre la más adecuada ordenación de sus servicios y sobre las formas de gestión de los mismos".

c) Enmienda núm. 4836, presentada por el grupo parlamentario mixto, en concreto por el Partit Demòcrata Europeu Català, y aboga igualmente por la supresión de la disposición, si bien no entra a cuestionar si puede limitarse o no las potestades de autoorganización de las Administraciones Públicas.

Simplemente, y no es poco ciertamente, pone de manifiesto que también se está tramitando en sede parlamentaria el proyecto de ley de CSP, para transponer al ordenamiento jurídico interno dos Directivas comunitarias de 2014 sobre la misma materia, considerando el grupo proponente que será en dicha norma cuando deberá determinarse "si debe regularse alguna limitación a la incorporación de personal laboral al sector público, en el caso de extinción de contratos de empresas concesionarias", ya que a su parecer, y obsérvese en cualquier caso la sintonía con otras enmiendas respecto a la incorporación de este texto en una norma de vocación jurídica anual, que "sería una mala práctica legislativa regularlo en el trámite de la ley de presupuestos".

d) Enmienda núm. 5846, presentada por el grupo parlamentario mixto, más concretamente por Compromís- Q, que plantea la modificación del texto presentado por el gobierno, para que se recoja que los trabajadores que hubieran accedido al empleo público por una vía que no garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, tendrán la consideración de "personal a extinguir", por la vía de la convocatoria de la plaza ocupada o de su amortización, previendo en cualquier caso que las vacantes que se produzcan "serán cubiertas cumpliendo los principios legales de acceso al empleo público", y sin que ese personal integrado por vías indirectas compute a efectos de la tasa de reposición.

e) Enmienda núm. 2.387, presentada por el grupo socialista, que propone la modificación del apartado dos de la disposición, a los efectos de que no se computen en la tasa de reposición de los efectivos de la Administración competente las incorporaciones producidas en virtud de decisión judicial o de incorporación a una sociedad mercantil pública, argumentando que si se actuara de esta forma, es decir si se contabilizan tales trabajadores en la tasa de reposición, "alteran o impiden cualquier planificación de recursos humanos mediante la Oferta de Empleo y más si esta Oferta es reducida, como viene siendo el caso en el sector público".

2. Texto comparado de las DA 27 y 35 del PL.

El 6 de junio de2017 publique el texto comparado de las DA 27ª y 35ª del PL, el informe de laponencia, el dictamen de la Comisión y el texto aprobado por el Pleno delCongreso de los Diputados, con la modificación relativa a la no toma en consideración a efectos de tasa de reposición del personal incorporado a las sociedades mercantiles públicas como consecuencia del cumplimiento de una sentencia judicial o previa tramitación de un proceso que garantizara los principios constitucionales de mérito, igualdad y capacidad. Esta es la comparación efectuada.

Proyecto de ley. http://bit.ly/2oSCwi3	Ponencia http://bit.ly/2qRPgsg	Comisión de Presupuestos http://bit.ly/2rQ5MtX	Pleno del Congreso. http://bit.ly/2qTWYzD
Disposición adicional vigésima séptima.	**Disposición adicional vigésima séptima.**	**Disposición adicional vigésima séptima.**	**Disposición adicional vigésima sexta.**

Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público. Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los	**Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.** Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público,	**Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.** Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público,	**Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público**. Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan

contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.	cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.	cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.	por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.
b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.	b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.	b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.	b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.
Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.	Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.	Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.	Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.
Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de	Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento	Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de	Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o

una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, **se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del** cómputo de la tasa de reposición de efectivos, **quedando sujeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.**	de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, **se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del** cómputo de la tasa de reposición de efectivos, **quedando sujeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.**	una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos, **quedando sujeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.**	previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, **no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.**
Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la Constitución.	Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la	Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la Constitución.	Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la Constitución.

	Constitución.		
Disposición adicional trigésima quinta.	**Disposición adicional trigésima quinta.**	**Disposición adicional trigésima quinta.**	**Disposición adicional trigésima cuarta.**
Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.	**Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.**	**Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.**	**Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.**
Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de	Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de	Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad,	Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al

igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.	igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.	publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.	empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.
Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.	Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.	Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.	Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.
Así mismo, los órganos de personal citados no	Así mismo, los órganos de personal citados no	Así mismo, los órganos de personal citados no podrán	Así mismo, los órganos de personal citados no podrán

podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.	podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.	atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.	atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.
Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.	Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.	Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.	Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.
Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los	Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación	Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos	Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con

distintos órganos con competencia en materia de personal. Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.	coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal. Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.	con competencia en materia de personal. Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.	competencia en materia de personal. Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones

3. Los cambios en el art. 130 del PL de CSP.

Más adelante, el13 de agosto, entré ya en el examen del Proyecto de LCSP, para destacar lasimportantes modificaciones de contenido social y laboral que se habían operadoen su tramitación parlamentaria en el Congreso, con especial atención al art. 130, regulador de la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo. Aquí está la parte más relevante de mi explicación.

Llamo la atención en especial sobre la nueva redacción del apartado 130 tras el informe de la ponencia, que es la siguiente: "En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general".

La nueva norma incorpora las enmiendas núms. 8778 (GPM. PDeCat), 252 (ERC) y 595 (Grupo socialista).

Obsérvese que la justificación de la enmienda es prácticamente idéntica en la redacción de la justificación de cada una de ellas, y que parece ponerse el acento no en os trabajadores sino en los operadores económicos que prestaban con anterioridad el servicio: "No es otra que la de aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en el caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las administraciones públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados" (núm. 877); "No es otra que la de aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en el caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las administraciones públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados" (núm. 252); "Aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en el caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las administraciones públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados" (núm. 595).

La pregunta que dejo en el aire, y para la que no tengo respuesta, es quién ha redactado la enmienda y cuál es el motivo de que haya sido acogida por los tres grupos parlamentarios citados. No hay explicación alguna en el breve debate parlamentario de comisión. Será interesante conocer el parecer de los responsables políticos de las Corporaciones Locales.

LCSP 2011	Proyecto de Ley (2-12-2016)	Informe Ponencia (26-7-2017)	Texto aprobado en comisión (competencia legislativa plena) 27-7-2017
Artículo 120. En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación	Artículo 130. Cuando una norma legal o el correspondiente Convenio Colectivo imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberá	Artículo 130. **1.** Cuando una norma legal **un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general,** imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios	Artículo 130. 1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios

complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.	facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.	dependientes del órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.	dependientes del órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.
A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.	A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.	A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. **Como parte de esta información en todo caso se**	A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los

		deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.	listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.
		2 (nuevo). Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando éstos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.	2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando éstos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

		Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.	Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.
		3 (nuevo). En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de	3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general

		eficacia general.	
	El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 190 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.	**4.** El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 190 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.	4. El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites establecidos en el artículo 192 para el supuesto de incumplimiento por el mismo de la obligación prevista en este artículo.
		5 (nuevo). En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.	5. En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista.
	Así mismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su	**6.** Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su	6. Asimismo, y sin perjuicio de la aplicación, en su

	caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, podrá proceder a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de estos.	caso, de lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares **siempre** contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, **así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas**, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, **sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último.** En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, **procederá** a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no	caso, de lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no

		devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.	devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos.

4. La prioridad de los convenios sectoriales a efectos de fijación de criterios de subrogación y de normativa aplicable sobre condiciones de trabajo.

Por último, merefiero a la entrada publicada el 22 de octubre, en la que puse de manifiestocomo la composición del Congreso en la nueva legislatura había provocado ladesestimación de las tres enmiendas introducidas por el grupo popular en el Senado,en las que se suprimía la referencia a la prioridad del convenio colectivo sectorial que sí había quedado recogida en el texto aprobado por la Cámara baja. Aquí está la parte más relevante de mi exposición:

A) El jueves19 de octubre fue definitivamente aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el "Proyecto de Ley de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014", que había iniciado su tramitación parlamentaria mediante la publicación en el Boletín Oficial del Congreso el 2 de diciembre de 2016. La norma, según estipula la disposición final decimosexta, entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el BOE.

En mi análisis de los cambios operados por el Senado en el texto aprobado por el Congreso expuse que "El texto ha sido remitido ya al Senado para su tramitación a partir del mes de septiembre, y es muy razonable pensar que no se producirán, si es que se produce alguno, cambios de importancia en el proyecto de ley, dada la mayoría absoluta del grupo popular en la cámara alta". Poco después, al dar mi parecer sobre las enmiendas incorporadas en el Senado, manifesté que "parece lógico pensar que el proyecto remitido por el Congreso será modificado en un aspecto laboral sustancialmente relevante y que había merecido una valoración positiva por el mundo sindical, para rechazar la aplicación automática del convenio colectivo sectorial cuando exista, por lo que seguirá siendo de aplicación la normativa de la LET y sus reglas sobre articulación de las unidades negociadoras y la prioridad aplicativa del convenio de empresa cuando exista y regule las materias a que se refiere el art. 84.2 de la LET".

Ya sea por el convulso mapa político actual, o bien porque la dinámica parlamentaria de los grupos políticos en el Congreso y el Senado (y me refiero ahora concretamente a la del grupo popular) no parecen precisamente bien coordinadas, (me inclino por la primera hipótesis) mis dotes de adivino o pitoniso político han quedado una vez más por los suelos, aunque les puedo asegurar que en esta ocasión no lamento en absoluto haberme equivocado, ya que es bien conocida mi valoración crítica de la reforma laboral operada en 2012 (primero por el Real Decreto-Ley 3/2012 y después por la Ley 3/2012 de 6 de julio, con varias modificaciones posteriores) por lo que respecta a la prioridad otorgada a los convenios colectivos de empresa y el consiguiente

debilitamiento de la negociación colectiva sectorial como eje vertebrador de las relaciones de trabajo en los distintos sectores de actividad.

En mi explicación de las enmiendas incorporadas en Senado expuse lo siguiente: "Ciertamente, me sorprendió comprobar que el texto aprobado por el Congreso incluía referencias expresas a la aplicación de los convenios colectivos sectoriales (es decir, una tesis defendida por las organizaciones sindicales y gran parte de los grupos políticos de la oposición), dada la regulación vigente en la Ley del Estatuto de los trabajadores y la prioridad aplicativa que esta norma concede en ámbitos muy relevantes (fue, recuérdenlo, una de las "estrellas" de la reforma laboral de 2012 más firmemente defendida por sus redactores) al convenio colectivo de empresa. En concreto, me refiero a las menciones contenidas en los arts. 122 (Pliegos de cláusulas administrativas particulares), 149 (Ofertas anormalmente bajas) y 202 (Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden).

La razón de la expresa mención a tales convenios sectoriales, y por tanto a su obligatorio respeto con independencia de la posible existencia de un convenio de empresa, pudo haberse debido a la búsqueda de acuerdos en el seno de la ponencia (obviamente necesarios dada la composición actual de la Cámara Baja), y quizás también (y no me parece descartable en modo alguno está hipótesis) a que el conocimiento de la normativa laboral por parte de los miembros de la ponencia y de la comisión del grupo parlamentario popular no tuviera, lógicamente, la misma entidad que el ámbito en el que se desarrolla habitualmente su actividad parlamentaria.

Pero, quien sí tiene sin duda conocimiento de la normativa son los parlamentarios populares de la comisión de empleo, y por supuesto los responsables del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. O, al menos, eso es lo que parece visto que las tres únicas, e importantes enmiendas, al proyecto de ley que el grupo popular ha presentado en el Senado, se dirigen precisamente a los tres artículos citados, y todas ellas tienen una finalidad común, cuál es la desaparición de la referencia expresa a la aplicación prioritaria de los convenios colectivos sectoriales, con la argumentación que sin duda habrán preparado laboralistas (del grupo parlamentario o del MEySS) de la libertad de fijación de los ámbitos de negociación, de la posibilidad de disponer de un convenio colectivo de empresa, y de la prioridad aplicativa que se concede al mismo en el art. 84 de la LET".

Las enmiendas incorporadas en el Senado fueron rechazadas por el Congreso por 171votos en contra, frente a los 164 votos favorables obtenidos, siendo sin duda relevante el voto negativo de los diputados del Partido Nacionalista Vasco. Recordemos que el texto remitido al Senado había sido aprobado por la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso, con competencia legislativa plena, con 20 votos a favor y 17 abstenciones.

¿Se inicia de esta forma la contrarreforma laboral de 2012, aunque sea por una vía indirecta no estrictamente laboral, como es una norma administrativa, o es pronto para lanzar, con fundamento de causa, esta afirmación? No me atrevo a seguir pronosticando, vistas ya mis inexistentes dotes de adivino político, pero sí afirmo, con fundamento de causa, que la dinámica parlamentaria actual, consecuencia de la convulsa situación política, unida a los resultados electorales de junio de 2016, pueden hacer posible unos cambios sustanciales en aquella reforma, siendo no menos relevantes los acuerdos que

se alcancen entre el gobierno y los agentes sociales en las distintas mesas abiertas de diálogo social.

B) Es importante recordar cuáles son los preceptos de la nueva Ley que incorporan referencias expresas a los convenios colectivos sectoriales. Es decir, nos hemos de fijar en aquellos preceptos que pretendieron ser modificados por tres enmiendas aprobadas en el Senado a propuesta del grupo popular.

a) Artículo 122. Pliego de cláusulas administrativas particulares (Texto definitivo).

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 212.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos".

La enmienda aprobada en el trámite parlamentario del Senado, así como su fundamentación, era la siguiente:

Se proponía la modificación del inciso "la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación", por el de "la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo que sea de aplicación".

Se justificaba porque "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva, "Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden". De acuerdo con lo anterior, pueden existir unidades de negociación y por ende convenios colectivos de ámbito funcional diverso, desde empresa o centro de trabajo hasta el nivel sectorial.

La redacción actual del artículo 122.2 desconoce la posibilidad de que en el convenio colectivo de empresa se establezcan condiciones de trabajo distintas de las que se prevén en el convenio colectivo sectorial, de acuerdo con lo que prevé el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, no puede establecerse en este artículo 122.2 que una empresa haya de cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio. Incluso podría producirse el caso de que las condiciones salariales del convenio sectorial fueran inferiores a las del convenio de empresa aplicable".

b) Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas (Texto definitivo).

…. En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 199".

La enmienda incorporada en el Senado, posteriormente rechazada por el Congreso, y su fundamentación, era la siguiente:

Se proponía modificar el inciso "incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes", por el de "incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos aplicables vigentes". Se justificaba porque "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva, "Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden". De acuerdo con lo anterior, pueden existir unidades de negociación y por ende convenios colectivos de ámbitos funcional diverso, desde empresa o centro de trabajo hasta el nivel sectorial.

La redacción actual del artículo 149.4 desconoce la posibilidad de que en el convenio colectivo de empresa se establezcan condiciones de trabajo distintas de las que se prevén en el convenio colectivo sectorial, de acuerdo con lo que prevé el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, no puede establecerse en este artículo 149.4 que una empresa haya de cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio".

c) Artículo 202. Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden.

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

… Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las

desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial".

La enmienda incorporada en el Senado, y rechazada por el Congreso, así como su fundamentación, era la siguiente:

Se proponía modificar el inciso "garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables", por el de "garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos aplicables". Se justificaba porque "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que recoge lo que es un principio esencial de la negociación colectiva, "Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden". De acuerdo con lo anterior, pueden existir unidades de negociación y por ende convenios colectivos de ámbito funcional diverso, desde empresa o centro de trabajo hasta el nivel sectorial.

La redacción actual del artículo 202.2 desconoce la posibilidad de que en el convenio colectivo de empresa se establezcan condiciones de trabajo distintas de las que se prevén en el convenio colectivo sectorial, de acuerdo con lo que prevé el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, no puede establecerse en este artículo 202.2 que una empresa haya de cumplir con lo establecido en el convenio sectorial si cuenta con un convenio colectivo propio".

V. Cuestiones a debate sobre la reversión de servicios públicos y los derechos de los trabajadores afectados.

Deseo exponer a continuación, y como complemento de las referencias realizadas con anterioridad a las aportaciones de las doctrinas laboralista y administrativista, así como también de las referencias realizadas a la normativa objeto de atención en esta ponencia, tanto en la fase de proyecto de ley como en el texto definitivo y las modificaciones (especialmente importantes en la LCSP, art. 130.3) operadas durante su tramitación parlamentaria, dos cuestiones, que someto a la consideración de todas las personas

asistentes. Lo hago también, obviamente, tomando en consideración la abundante jurisprudencia del TJUE y del TS.

1. A los efectos de aplicar la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 de la LET a las Administraciones Públicas en casos de reversión de servicios, podemos afirmar que el art. 1.1 de la Directiva, interpretado por la jurisprudencia del TJUE, permite su conceptuación como tal.

Respecto a cuándo podrá conceptuarse como transmisión de empresa una reversión, habrá que estar también a lo dispuesto en el art. 1.1 de la Directiva y a su interpretación por el TJUE, siendo los dos requisitos que deben concurrir el subjetivo, es decir, el cambio de titularidad empresarial, y el objetivo, o lo que es lo mismo la transmisión de medios organizados para poder llevar a cabo una actividad económica, si bien cuando se trate de una actividad que descanse fundamentalmente en la mano de obra se admite que la existencia de la transmisión puede producirse cuando el cesionario (en este caso la Administración o entidad dependiente) se haga cargo de una parte relevante del personal que prestaba sus servicios para la empresa anteriormente encargada de la actividad, y además por vía convencional podrá establecerse la subrogación obligatoria del personal. Mucho más dudoso es el supuesto de establecer dicha subrogación en los pliegos de condiciones de los contratos administrativos, siendo así además que la nueva LCSP ha aceptado, a diferencia de las dudas que suscitaba la normativa anterior, la tesis restrictiva.

2. Si aceptamos que la reversión puede calificarse de transmisión de empresa, y que, por ello, tanto en aplicación del primer párrafo del apartado 1 del art. 3 de la Directiva ("Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso", como del apartado 1 del art. 44 de la LET ("El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente") debe producirse la subrogación del personal afectado por el traspaso, cabe preguntarse, tal como hemos comprobado en el estudio de las diversas tesis doctrinales, en qué condición jurídica se incorporarán los trabajadores a la Administración.

A) Una primera tesis sería la de su incorporación como trabajadores indefinidos "ordinarios". En esta tesis parece apuntar una reciente sentencia del TS de 19 de septiembre de 2016 (Rec. Núm. 2629/2016). No obstante, las dudas surgen inmediatamente en cuanto que esta tesis implica consolidar personal por una vía no prevista en la normativa constitucional y legal aplicable para el acceso al empleo público; por otra parte, tal como subraya el profesor Tomas Sala Franco en el artículo antes citado, los problemas prácticos que esta tesis acarrearía si se ocuparan puestos de trabajo funcionariales o estatutarios, "no tanto en el caso de que los puestos fueran laborales", se darían por la coexistencia de "dos regímenes distintos para un mismo puesto de trabajo: difícil o imposible movilidad, y en general diferentes condiciones de trabajo y de regulación de las mismas".

B) Cabe pensar, en segundo término, y esta tesis encuentra acogida jurisprudencial y doctrinal abundante, en que los trabajadores afectados se incorporarán en condición de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, figura que ha sido ya expresamente recogida, tras su inicial aceptación por el TS, en la Ley del EBEP. La relación del trabajador con su nueva empresa se mantendrá hasta que se amortice la plaza o bien se convoque a concurso y aquel no lo supere. De aplicarse esta tesis, no estaremos en igualdad de derechos, por lo que respecta a los trabajadores afectados, que los que tenía (si se trataba, fundamentalmente, de contrato indefinido) en su relación contractual anterior, ya que la amortización de la plaza como causa de extinción no existía en la relación anterior.

C) En fin, las tesis que también se han propuesto como alternativas de las anteriores son las de trabajadores cuyos puestos de trabajo son a extinguir y la de trabajadores "subrogados" que no tendrían la consideración de empleados públicos por no estar regulada esta figura en el EBEP, que ha sido ampliamente desarrollada por el profesor Joan Mauri en el artículo antes citado y al que ahora me remito, con la única referencia, por su indudable relación con la primera tesis expuesta, y que como puede comprobarse tiene muchos puntos de conexión, que la subrogación no sería una innovación normativa, sino "simple aplicación objetiva de la regulación de sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general, más generalmente en el art. 44 LET, que resulta ser una transposición de la Directiva 2001/23/CE, una regulación claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, que no se considera alejada del principio de pleno empleo que incorpora el art. 40.1 CE como principio rector de la política social".

ANEXO I. Comentario de sentencias del TJUE sobre transmisión de empresa y derechos de los trabajadores, de especial importancia para las Administraciones Públicas o entidades dependientes.

1. Transmisión de empresas. Actividad que se basaesencialmente en equipamiento. Empresa titular de un servicio público. Nota ala sentencia del TJUE de 26 de noviembre (asunto C-509/14).

A) Es objeto de atención la sentencia hecha pública el 26 de noviembre, en el asunto C-509/14, que versa sobre la aplicación de la Directiva 2001/23/CE relativa a la transmisión de empresas y que, además, es de especial interés para el derecho laboral español en cuanto que la cuestión prejudicial fue presentada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante auto de 9 de septiembre de 2014.

Como digo, el litigio versa sobre un supuesto jurídico en el que se cuestiona si estamos en presencia o no de una transmisión de empresa, con lo que ello implica, en el supuesto de darse una respuesta afirmativa, de protección de los derechos de los trabajadores frente al nuevo titular. La duda que se le suscita al TSJ, y que le lleva a presentar la cuestión prejudicial es que, entre los diversos pronunciamientos del TJUE sobre el art. 1.1, "no creemos que exista uno que directamente resuelva si quedan comprendido en la noción de traspaso de una entidad económica que mantiene su identidad, contemplada en dicho precepto, los casos de reversión de una contrata a la empresa pública titular del servicio por haber decidido ésta no prorrogarla y realizarla con sus propios medios personales, no subrogándose en los que empleaba la última contratista, cuando para la prestación del servicio son relevantes los medios materiales (en este caso, las grúas con

que se manipulan las cargas) y éstos nunca los ha puesto la contratista sino el propio titular del servicio, que imponía su uso, de tal forma que con la reversión, el servicio se sigue realizando en las mismas condiciones y con los mismos medios materiales que antes, variando únicamente los personales".

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado 1 — Transmisiones de empresas — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Obligación del cesionario de hacerse cargo de los trabajadores — Empresa pública titular de un servicio público — Prestación del servicio por otra empresa en virtud de un contrato de gestión de servicios públicos — Decisión de no prorrogar ese contrato a su vencimiento — Mantenimiento de la identidad de la entidad económica — Actividad que se basa esencialmente en el equipamiento — Decisión de no hacerse cargo del personal".

En concreto, la petición de decisión prejudicial se pregunta sobre la interpretación del art. 1, apartado 1, de la citada Directiva, y el auto del TSJ del País Vasco que la plantea encuentra su razón de ser en el litigio suscitado en sede laboral entre ADIF por una parte, y por otra la empresa a la que ADIF externalizó durante un cierto tiempo su actividad en el puerto de Bilbao, un trabajador de la citada empresa que fue despedido en un despido colectivo tramitado como consecuencia de la pérdida de la contrata de ADIF, y el Fondo de Garantía Salarial.

B) Situemos en primer lugar los términos del litigio referenciado. ADIF presta el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal del Bilbao, externalizando tal servicio a partir del 1 de marzo de 2008 a la empresa Algesposa, que "prestaba sus servicios en las instalaciones de ADIF con grúas de esta última". La contrata se mantuvo, con prórroga, hasta el 30 de junio de 2013, fecha en que ADIF comunicó que prestaría ella misma, con su personal, dicho servicio, y también, y aquí está el núcleo duro del conflicto, que no se subrogaría en los derechos y obligaciones del personal de Algesposa que estaba llevando a cabo esa actividad, circunstancia que provocó la presentación de un procedimiento de despido colectivo por parte de la empresa anteriormente contratista, basado en causas productivas y que supuso, entre otros, el despido del trabajador después demandante, por estar adscrito a la ejecución de la contrata.

Disconforme con la decisión empresarial de proceder a una extinción de su contrato por causas objetivas, el trabajador interpuso demanda contra su empresa y también contra ADIF, por considerar que el supuesto litigioso era una transmisión de empresa regulada por el art. 44 de la LET y la nueva titular de la prestación del servicio (es decir ADIF) debía subrogarse como empleadora de los trabajadores de aquella que estaban adscritos a la contrata, por lo que el despido debía ser declarado nulo o improcedente, con la obligación de ADIF de readmitirle, es decir reincorporarlo, en su puesto de trabajo.

La tesis del demandante fue acogida en sentencia dictada el 17 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Bilbao. Según puede leerse en el antecedente de hecho tercero del Auto del TSJ, "3.- El Juzgado sustenta su decisión, en cuanto a la existencia de un despido por parte de ADIF, en su negativa a subrogarse en la relación laboral que hasta el 14 de julio de 2013 mantuvo el demandante con ALGEPOSA, a lo que estaba obligado conforme al art. 44 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su interpretación conforme a la normativa comunitaria (Directiva

2001/23/CE; en adelante, la DIRECTIVA), al estar ante un supuesto de reversión de contrata, existiendo un cliente fijo (RENFE OPERADORA) y unas infraestructuras afectas a la explotación de la misma (grúas), de uso obligado para el contratista, negándose a asumir al personal de ésta adscrito a la contrata por haber decidido efectuarlo con su propio personal".

C) El TJUE procede, como hace en todos los litigios, al estudio del marco jurídico europeo y estatal, y reproduce en la sentencia el texto de los arts. 1.1, 2, y 4.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, "sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad". Conviene recordar que la Directiva estipula que la transmisión no constituye un motivo de despido, ni para el cedente ni para el cesionario, con independencia de que puedan producirse despidos que se produzcan "por razones económicas, técnicas, organizativas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo".

Igualmente, se acerca al estudio del art. 44, apartado 1 y 2, de la LET, que reproduce en su integridad. Recordemos que el apartado 2 es una transcripción casi literal del art. 1.1 b) de la Directiva, considerándose transmisión (a efectos de la Directiva en un caso y del derecho español en otro) aquella que afecte "a una entidad económica que mantenga su actividad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar una actividad económica, esencial o accesoria".

A partir de aquí, el TJUE debe pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada, que se sustancia en la existencia o no de una transmisión cuando se recupera una actividad (reversión) por parte de una empresa del sector público que hasta entonces estaba externalizada, pero no se desea incorporar a la plantilla de la empresa afectada, con lo que el TJUE tendrás nuevamente oportunidad de pronunciarse sobre cómo debe entenderse e interpretarse el art. 1.1 de la Directiva, y más exactamente sobre qué debe entenderse por transmisión de empresa (o centros de actividad, o partes de empresa o de centros de actividad), definiéndose la misma en la letra b) del mismo precepto y que ha sido ya referenciado con anterioridad. En el bien entendido, que el TJUE puede reformular la cuestión que le ha planteado el órgano jurisdiccional social nacional, con el fin de proporcionarle "una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce", y hecha esta manifestación, para el TJUE la cuestión queda formulada en estos términos: si el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse "en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal".

D) ¿Cuál es el contenido más destacado de la fundamentación jurídica del TJUE?

En primer lugar, el obligatorio recordatorio de lo dispuesto en el art.1.1 c) de la Directiva, es decir su aplicación a las empresas públicas, como es el caso de ADIF, sin

que el hecho de ser titular de un servicio público la excluya del ámbito de aplicación de la Directiva, trayendo a colación en defensa de su tesis su jurisprudencia sentada, entre otras, en la sentencia de 20 de enero de 2011(asunto C-463/09), con cita de otras anteriores ("Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C 175/99, Rec. p. I 7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010, UGT FSP, C 151/09, Rec. p. I 0000, apartado 23). 27. Por consiguiente, el hecho de que, como sucede en el procedimiento principal, uno de los sujetos interesados sea un ayuntamiento no se opone, por sí solo, a la aplicación de la Directiva 2001/23").

En segundo lugar, y nuevamente con remisiones a su jurisprudencia sentada en anteriores sentencias, el TJUE recuerda que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca "todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales". Es decir, encaja aquí, queda incluido, el supuesto objeto de litigio ante el TSJ, que no es otro que el de una empresa (pública, titular de una determinada actividad económica) que decide poner fin a la contrata que tenía con otra empresa para llevar a cabo su actividad y con la finalidad de prestarlos ella misma, con su propio personal, desde el momento de extinción de la contrata.

En tercer lugar, y una vez delimitado que podemos encontrarnos ante un supuesto de transmisión de empresas, llega el momento de conocer si puede darse efectivamente ese supuesto, es decir si estamos ante una "entidad económica que mantenga su identidad", definida en el art. 1.1 b) de la Directiva, y en el marco normativo español en el art. 44.2 de la LET. Con obligada referencia nuevamente a su jurisprudencia el TJUE nos recuerda que han de tomarse en consideración "todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación", con especial atención al tipo de empresa o de actividad de que se trate, dado que en unas ocasiones serán verdaderamente relevante que se base esencialmente en la mano de obra, y en otras en el mantenimiento de un equipamiento importante como es el supuesto que no ocupa, ya que ADIF puso a disposición de la contratista "grúas y locales que se revelan elementos indispensables para llevar a cabo la actividad". Es desde este planteamiento cómo pueden valorarse otros elementos que pueden darse en cualquier supuesto en que se cuestione la existencia de una transmisión de empresa y que a título ejemplificativo son mencionados por el TJUE en el apartado 32 de su sentencia: "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades".

Puede cuestionarse si el hecho de que los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad eran originariamente, y siguen siéndolo después de la extinción de la contrata de ADIF, de la titular del servicio público, es un elemento que podría ir en sentido contrario a la tesis de la transmisión de empresa, pero esta hipótesis es inmediatamente descartada por el TJUE con apoyo en su sentencia de 20 denoviembre de 2003 (asunto

C-340/01) ("41. Sin embargo, de los propios términos del artículo 1 de la Directiva 77/187 se desprende que el ámbito de aplicación de esta última abarca a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa y que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (sentencias de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro, 287/86, Rec. p. 5465, apartado 12, y de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, C-209/91, Rec. p. I-5755, apartado 15). 42. Por consiguiente, la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueran puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187"). El TJUE hace suya la tesis de la Comisión Europea de la nula importancia del hecho de que los elementos materiales hayan pertenecido siempre al cesionario a los efectos de determinar si ha habido, o no, transmisión de empresa.

El núcleo duro del litigio se centra en la hipotética obligación de ADIF, si aceptamos que estamos en presencia de una transmisión de empresa, de subrogarse como empleadora en los derechos y obligaciones de los trabajadores de la empresa que llevó a cabo la actividad durante el período de su externalización. Es aquí donde cobra total importancia determinar si la actividad llevada a cabo, y sobre la que se discute, se basa esencialmente o no en el equipamiento, en cuyo caso afirmativo debería aplicarse la Directiva y quedar obligada la empresa pública a la subrogación del personal, ya que otra interpretación "iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aún en contra de la voluntad del cesionario".

Es en este punto donde el TJUE, una vez interpretado el art. 1.1 de la Directiva, devuelve el litigio al tribunal nacional español para que este adopte la decisión jurídica que considere adecuada, teniendo en consideración tanto la formulación jurídica efectuada por el TJUE como todas las circunstancia de hecho concretas del caso, en el bien entendido, a mi parecer, que el TJUE parece estar manifestando una clara preferencia hacia la existencia de tal transmisión al poner de manifiesto en su apartado 60 que el hecho de que ADIF no se hiciera cargo de los trabajadores de la empresa que prestó el servicio durante cinco años "no basta para excluir que la entidad económica de que se trata en el litigio principal haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva".

2. Sobre el concepto de transmisión de centro deactividad y los derechos de los trabajadores. Una nota a la sentencia del TJUEde 19 de octubre de 2017 (asunto C-200/16).

A) Es objeto de atención la sentencia dictada por la Sala décima del TJUE el 19 de octubre, en el asunto C-200/16, que versa sobre el concepto de transmisión de empresa y los excepciones que pueden establecerse por el legislador nacional. El interés de la sentencia radica a mi entender en la recapitulación y ordenación de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia, y no tanto propiamente sobre el caso concreto abordado.

El resumen oficial de la sentencia, que ha sido dictada sin conclusiones del abogado general, y que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo

de Portugal, es el siguiente: "«Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado 1 — Transmisiones de empresas o de centros de actividad — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores — Obligación del cesionario de hacerse cargo de los trabajadores — Prestación de servicios de vigilancia y seguridad realizada por una empresa — Licitación — Adjudicación del contrato a otra empresa — Decisión de no hacerse cargo del personal — Disposición nacional que excluye del "concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad" la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador".

B) El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda por diecisiete trabajadores de la empresa ICTS contra la misma y contra otra empresa, Securitas, con alegación de que la segunda había infringido la normativa laboral, al no reconocerles su condición de trabajadores de la misma tras que ICTS le traspasara el centro de actividad donde prestaban sus servicios.
La relación contractual mercantil existente era la que vinculada a Porto dos Açores e ICTS, al objeto de que el personal de esta última prestara funciones de vigilancia de las instalaciones de la primera, con utilización de dispositivos de videovigilancia con arreglo a las instrucciones facilitadas por su empresa, la cual también ponía a su disposición los uniformes y los equipos radiofónicos necesarios para el desarrollo de su actividad.

Con ocasión de una nueva licitación pública para la prestación de los servicios de vigilancia, el nuevo contrato fue adjudicado a la empresa Securitas, siendo informados los trabajadores de ICTC que a partir de la fecha en que aquella se hacía cargo de los servicios (17 de junio de 2013), pasarían a prestar su actividad para la misma.

No fue esta tesis aceptada por la nueva empresa adjudicataria, quien comunicó a dichos trabajadores que seguían formando parte de la plantilla de ICTS, razón por la que acudieron a los tribunales laborales con petición de condena a Securitas, y de forma subsidiaria a ICTS, del reconocimiento de su condición de trabajadores de la empresa y que la decisión de aquella debía ser calificada como despido improcedente.

La pretensión fue estimada por el tribunal de trabajo de Ponta Delgada por entender que se había producido un traspaso de centro de actividad y que implicaba la subrogación de los trabajadores de ICTS. La sentencia dictada en instancia fue recurrida por Securitas ante el Tribunal de Lisboa, siendo confirmada la primera. Finalmente, se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue, como ya he apuntado, quien interpuso la cuestión prejudicial en la que preguntaba sustancialmente si se había producido en el caso concreto enjuiciado una transmisión de empresa o centro de actividad en los términos definidos en el art. 1 de la Directiva 2001/23/CE.

Antes de referirme a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS portugués, conviene señalar que la normativa interna del país luso aplicable al litigio planteado, en concreto la cláusula núm. 13 del convenio colectivo celebrado en 2011 entre las organizaciones empresariales de seguridad privada y el sindicato de servicios de consejería, vigilancia, limpieza doméstica y servicios diversos, dispone lo siguiente: "1. En caso de transmisión por cualquier título de la propiedad de una empresa, centro de actividad o parte de una empresa o de un centro de actividad que constituya una unidad económica, el cesionario se subroga en los derechos y obligaciones del empresario en el contrato de trabajo de los trabajadores afectados. 2. No se incluye en el concepto de

transmisión de empresa o de centro de actividad la pérdida de un cliente por un operador debida a la adjudicación del servicio a otro operador".

C) Las cuestiones prejudiciales planteadas son las siguientes:

a) ¿Constituye la situación descrita en los autos una transmisión de empresa o de establecimiento, de tal modo que ha tenido lugar la transmisión de la empresa ICTS a [...] Securitas a raíz de la celebración de un concurso público en el que se adjudicó a Securitas [...] la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad en el puerto de Ponta Delgada, en la isla de San Miguel, en las Azores (Portugal), y conforma la transmisión de una unidad económica, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 de la [Directiva 2001/23]?

b) ¿Constituye la situación descrita en los autos una mera sucesión de empresas en competencia, a raíz de la adjudicación de la prestación de servicios a la empresa seleccionada en el concurso público que se refiere a dicho contrato, de tal modo que queda excluida del concepto de «[transmisión] de empresa [o] de centro de actividad» a efectos de dicha Directiva?

c) ¿Es contrario al Derecho de la Unión relativo a la definición de transmisión de empresa o de centro de actividad derivada de la [Directiva 2001/23], el apartado 2 de la cláusula 13 del convenio colectivo… en la medida en que dispone que "no se incluye en el concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador"?

D) EL TJUE repasa primeramente cuál es la normativa europea y nacional aplicable. Respecto a la primera, se remite a lo dispuesto en los considerandos 3 y 8 de la citada Directiva, así como también al art. 1.1, a) y b), y el art. 3.1. Recordemos que la norma europea se aplica a las transmisiones de empresa, centros de actividad, o partes de empresa o centros de actividad, y que se define como transmisión la de "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria".

Con relación a la segunda, además del texto convencional ya citado, hay que tomar en consideración el art. 285 del Código de Trabajo, de transposición de la normativa comunitaria y que define la entidad económica que se traspasa como "el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, principal o accesoria".

E) Como he indicado al inicio de mi explicación, creo que el interés de la sentencia es más de carácter doctrinal, en cuanto que sintetiza muy bien la jurisprudencia anterior sobre la materia objeto del litigio.

En primer lugar, que no es necesaria la relación directa, contractual, entre las dos empresas que asumen las tareas de seguridad para que la Directiva sea aplicable, ya que la norma se aplica "en todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que contrae las obligaciones de empresario respecto a los empleados de la empresa".

En segundo término, que para saber si nos encontramos ante una unidad económica que cumple los requisitos previstos por el art. 1 de la Directiva, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que se dan en la operación, con particular atención al tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, es decir a qué tipo de actividad se lleva a cabo y cuáles son los métodos de producción o de explotación utilizados, y de forma más general "el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades", añadiendo que tales elementos "deben apreciarse en el marco de una evaluación de conjunto de las circunstancias del caso y, por lo tanto, no pueden apreciarse aisladamente".

En tercer lugar, como complemento necesario de lo anteriormente expuesto, que la entidad económica no será tal a efectos de transmisión, no incardinable en el art. 1 de la Directiva, cuando la actividad desarrollada se basa esencialmente en la mano de obra y el (supuesto) cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla. De contrario, sí lo puede ser cuando aquello que importa fundamentalmente es el equipamiento, de tal manera que la incorporación del personal de la empresa cedente supondría una interpretación contraria a la finalidad perseguida por la Directiva, que no es otra que proteger los derechos de los trabajadores en supuestos de subrogación empresarial.

Por consiguiente, y ya dando respuesta concreta a las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJUE manifiesta que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la empresa cedente transmitió a la cesionaria el equipo necesario para el desarrollo de la actividad de vigilancia en las instalaciones portuarias; en el bien entendido, que esa transmisión puede ser de manera directa o indirecta, es decir en este último caso mediante la puesta a disposición por la empresa en donde se desarrolla la actividad de vigilancia, sin que el hecho de que los elementos necesarios para el desarrollo de la actividad no sean propiedad de la empresa cedente pudieran automáticamente excluir la aplicación de la norma comunitaria, siendo aquello que deberá tomarse en consideración "únicamente el equipamiento que se utilice en realidad para prestar los servicios de vigilancia, excluidas las instalaciones objeto de tales servicios …. para acreditar la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva…".

Por todo ello, concluye el TJUE, sí entraría en el ámbito de la Directiva un supuesto como el contemplado en el litigio, en el que el comitente ha resuelto un contrato de prestación de servicios y después lo ha formalizado con otra, siendo así que esta segunda se niega a integrar en su plantilla a los trabajadores de la primera "a pesar de (haber) recibido el equipo indispensable para realizar dicha prestación".

F) Tras haber dado respuesta a las dos primeras cuestiones prejudiciales, el TJUE aborda la conformidad a la normativa comunitaria de una cláusula tan tajante y contundente como la del convenio colectivo aplicable. Trayendo a colación su jurisprudencia anterior, acepta que la pérdida de una contrata, porque esta es adjudicada a otra empresa, "no revela por sí sola la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido de la Directiva…", si bien, y este es el argumento que

me interesa destacar de la sentencia, una cláusula totalmente excluyente, como es la recogida en el convenio, no se adecúa a las finalidades y objetivos perseguidos por la Directiva, en cuanto que no permite tomar en consideración, tal como ha reconocido la jurisprudencia del TJUE, "todas las circunstancias de hecho que caracterizan la situación de que se trata".

Más allá de las circunstancias del caso concreto, también aquí encontramos un contenido de claro interés doctrinal, en cuanto que queda claro que las normas convencionales pueden vulnerar la normativa comunitaria y ser objeto de atención por los tribunales nacionales para demandar al TJUE una interpretación del precepto acorde a la normativa comunitaria cuando ello sea posible, o bien como ocurre en el presente caso una declaración de oposición a aquella y que por tanto no puede ser de aplicación.

ANEXO II. Cuestión prejudicial planteada por el TSJ deGalicia (30 de diciembre de 2016) y conclusiones de la abogado general de 20 de diciembre de 2017.

¿Se aplica el art. 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE, cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada en la ejecución del servicio, cuando tal subrogación en los contratos laborales se haga por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo de trabajo del sector de seguridad?

En caso de respuesta afirmativa… si la legislación del Estado miembro dictada para incorporar la Directiva ha dispuesto en aplicación del art. 3.1… que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado art. 3.1…. una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de la mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión?

Federació de Municipis de Catalunya

Seminari Actualització de Funció Pública Local

Els darrers pronunciaments dels Tribunals espanyols i de la Unió Europea en matèria d'extincions de contractes laborals i de funcionaris interins

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Professor Agregat i Titular d'Universitat Acreditat

@ibdehere
Blog: www.ignasibeltran.com

Barcelona, 24 d'abril 2018

Una previa...

tasa temporalidad	**2006: 34,1%**
	2013: 23,4%
	2014: 24%
	2017: 26,71%

La Justicia europea reconoce que se equivocó en la sentencia sobre la indemnización de los interinos

XAVIER GIL PECHARROMÁN | 17/02/2017 - 14:27 | 0 Comentarios

Tweet | Compartir 733 | G+1 8 | Share 853

- *El presidente del Tribunal reconoce que no entendieron bien el problema*
- *La próxima vez se abrirá un amplio debate y se emitirá nueva doctrina*

Más noticias sobre: UNIÓN EUROPEA GALICIA INDEMNIZACIONES EMPLEO CANARIAS

Foto:Koen Lenaert, presidente del TJUE. EFE

CONFILEGAL

Lunes 03 de Abril de 2017

TRIBUNALES | ABOGADOS | MUNDO JUDICIAL | DIVULGACIÓN | FIRMAS

> Marketing > Abogados > Un trabajador de la Sanidad Pública encadena 578 contratos temporales en 17 años

Un trabajador de la Sanidad Pública encadena 578 contratos temporales en 17 años

Luis Javier Sanchez | 9 Enero, 2017

- funcionario interino (*"**non-established state employees**"*)

- personal estatutario eventual ("***temporary regulated staff")***,

- indefinidos no fijos (*"**workers who have non-permanent contracts of indefinite duration**"*)

D1999/70 & el trío "sísmico"

"de Diego Porras" (CL 4ª - No Disc)

Calificación de la relación laboral + indemnización por extinción de la relación (reincorporación liberada *ex* RDL 20/12)

Notas & Controversias "internas"

Sentencia Normativa interna: incompatible con Dº UE

(no Sala General/sin conclusiones AG): "extinción = condición de trabajo" + la formulación de la CP (desemina respuesta TJUE)

Comparabilidad situaciones controvertidas + existencia justificación objetiva

Indemnización

"Martínez Andrés" y "Castrejana López" (CL 5ª - no abuso)

Funcionario interino (arquitecto) y personal estatutario temporal eventual (auxiliar administrativo): relación de servicio extinguida

Primero. En la medida en que (…) no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Concluyendo 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".

Segundo. A la luz del **principio de efectividad** del Acuerdo Marco, el mismo

"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**",

"Pérez López" (CL 5ª - no abuso)

Personal estatutario temporal eventual (enfermera): relación de servicio vigente

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

"Reacciones internas"

"Aplicación interna"

Jurisdicción Social

Sector Privado | Sector Público

¿Aplicación doctrina "Pérez López"

Jurisdicción C-A

Si "Diego Porras" | No "Diego Porras"

Puntos de conflicto/casación

– STSJ MAD 05/10/16 (rec. 264/14) – resolución caso "de Diego Porras" (ATS 25/10/17 (r3970/2016), "Diego Porras 2").

– sobre el abono de los 20 días en extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinidos no fijos:

por un lado, las SSTSJ Gal 30 y 17/01/17, r4245/16 y 3864/16; y

¿Nueva CP?
interinos vacante

"de Diego Porras" (CL 4ª - No Disc)

Calificación de la relación laboral + indemnización por extinción de la relación (reincorporación liberada *ex* RDL 20/12)

Notas & Controversias "internas"

Interinos excluidos de art. 49.1.c ET y posibilidad de alcanzar fijeza (art. 15.3 y 5 ET) porque Legislador (L12/2001 y RDL 10/2010) estima que no cabe abuso con ellos (son causales "puros") - no precisan de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

TS ya había reconocido indemnización ex art. 49.1.c ET a indefinidos no fijos (a interinos por vacante obiter dicta) por cober. reglamentaria de plaza (+ amortización simple - art. 51/52.c ET - STS 24/06/14, r217/2013) + TJUE Huétor Vega - reconoce indemnización a indefinidos no fijos (porque son trabajadores temporales).

¿CT licito? Extinción ajustada a derecho?

STSJ MAD 5/10/15 (rec. 284/14): "la actora desempeñaba el puesto de secretaria de dirección de dichos subdirectores, mientras que la trabajadora presuntamente sustituida nunca desempeñó la función de secretaria de dirección, sino que es oficial de actividades técnicas y profesionales que son certificados expedidos por el propio Ministerio"

Sobre la cuestión prejudicial

«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 trasupuesto 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?»

"Dureza" VP STSJ PV 15/11/16 (rec. 1990/16): "poco afortunados que fueron los términos en que la cuestión prejudicial" (...) "evidente error"

Sentencia Normativa interna: incompatible con Dº UE

(no Sala General/sin conclusiones AG): "extinción = condición de trabajo" + la formulación de la CP (determina respuesta TJUE)

Ap 28: En relación con el **concepto de «condiciones de trabajo»** en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que **el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario** (SSTJUE 12/12/13, Carratú, C-361/12, apartado 35; y 13/03/14, Nierodzik, C-38/13, apartado 25).

- Trienios (SSTJUE 13/09/07, Del Cerro Alonso, C-307/05, ap 47: 22/12/10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, aps 50 a 58)

- Plazo de preaviso (STJUE 13/03/14, Nierodzik, C-38/13, aps 27 y 29); "Recuerda" que las "condiciones de trabajo" ex D2000/78 y 2006/54 incluyen "las de despido".

- 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 (STJUE 12/12/13, Carratú, C-361/12, ap 38)

«**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**» razonando que no lo es tal al abonarse las indemnizaciones «a situaciones sensiblemente diferente» ("la primera indemnización hace referencia a trabajadores cuyo contrato se hubiera celebrado de manera irregular, mientras que la segunda afecta a trabajadores despedidos").

El importe de la indemnización está refiriendo a las "condiciones de empleo" y no a las "condiciones de trabajo" (sobre las que sí debe exigirse la igualdad)- STS 22/07/13 (rec. 1380/12):

«…esta cláusula [la 4ª del Acuerdo marco] se refiere a las condiciones de trabajo, entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos.

»Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria».

(ap 33): "el tribunal remitente desea saber, en esencia, si 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 del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que **la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables**".

(Ap 36): "**a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido**, los trabajadores con contrato de interinidad **no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato**, con independencia de la duración de los servicios prestados"

Comparabilidad situaciones controvertidas + existencia justificación objetiva

Incidencia de la CP en el "juicio de comparabilidad"

(Ap 50): "ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas".

¿Es la voluntad del trabajador una razón objetiva? ¿Es coherente que el derecho de la UE que el TJUE no repare en la diferente extinción entre contrato temporal e indefinido ("ineficacia por cumplimiento del contrato/término" + "indemnización por aplicación cláusula 5ª D.1999/70" vs. "ineficacia sobrevenida inimputable/causal + responsabilidad objetiva")?

Sí	No.
1.- La Directiva 98/59 no se refiere a extinción causal (DºUE no repara en las causas)	1.- La Directiva 98/59 excluye a los contratos temporales del cómputo porque son "motivos inherentes" (ineficacia contractual pactada/no causal) - Casos "Rabal Cañas" & "Pujante Rivera"
2. Acuerdo Marco habla de "condiciones objetivas" (y no de "causas")	2.- Acuerdo Marco (Cl. 3) se refiere a supuestos de contratación temporal causal: " en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas **[causas] tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado**

Indemnización

el trabajador interino tiene derecho a una indemnización al finalizar el contrato (no señala el importe de aquélla...)

Notas & Controversias "internas"

Interinos excluidos de art. 49.1.c ET y posibilidad de alcanzar fijeza (art. 15.3 y 5 ET) porque Legislador (L12/2001 y RDL 10/2010) estima que no cabe abuso con ellos (son causales "puros") - no precisan de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

TS ya había reconocido indemnización ex art. 49.1.c ET a indefinidos no fijos (a interinos por vacante obiter dicta) por cober. reglamentaria de plaza (+ amortización simple - art. 51/52.c ET - STS 24/06/14, r217/2013) + TJUE Huétor Vega - reconoce indemnización a indefinidos no fijos (porque son trabajadores temporales).

¿CT lícito? Extinción ajustada a derecho?

STSJ MAD 5/10/16 (rec. 264/14): "la actora desempeñaba el puesto de secretaria de dirección de dichos subdirectores, mientras que la trabajadora presuntamente sustituida nunca desempeñó la función de secretaria de dirección, sino que es oficial de actividades técnicas y profesionales que son certificados expedidos por el propio Ministerio"

Sobre la cuestión prejudicial

«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?»

"Dureza" VP STSJ PV 15/11/16 (rec. 1990/16): "poco afortunados que fueron los términos en que la cuestión prejudicial" (...) "evidente error"

Sentencia Normativa interna: incompatible con Dº UE

(no Sala General/sin conclusiones AG): "extinción = condición de trabajo" + la formulación de la CP (determina respuesta TJUE)

Ap 28: En relación con el **concepto de «condiciones de trabajo»** en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que **el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario** (SSTJUE 12/12/13, Carratù, C-361/12, apartado 35; y 13/03/14, Nierodzik, C-38/13, apartado 25).

- **Trienios** (SSTJUE 13/09/07, Del Cerro Alonso, C-307/05, ap 47; 22/12/10, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, aps 50 a 58)
- **Plazo de preaviso** (STJUE 13/03/14, Nierodzik, C-38/13, aps 27 y 29); "Recuerda" que las "condiciones de trabajo" *ex* D2000/78 y 2006/54 incluyen "las de despido".
- **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 (STJUE 12/12/13, Carratù, C-361/12, ap 38)

«**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**» razonando que no lo es tal al abonarse las indemnizaciones «a situaciones sensiblemente diferente» ("la primera indemnización hace referencia a trabajadores cuyo contrato se hubiera celebrado de manera irregular, mientras que la segunda afecta a trabajadores despedidos").

(ap 33): "el tribunal remitente desea saber, en esencia, si 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 del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que **la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables**".

El importe de la indemnización está refiriendo a las "condiciones de empleo" y no a las "condiciones de trabajo" (sobre las que sí debe exigirse la igualdad)- STS 22/07/13 (rec. 1380/12):

«…esta cláusula [la 4ª del Acuerdo marco] se refiere a las condiciones de trabajo, entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos.

»Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria».

(Ap 36): "**a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido**, los trabajadores con contrato de interinidad **no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato**, con independencia de la duración de los servicios prestados"

Comparabilidad situaciones controvertidas + existencia justificación objetiva

Incidencia de la CP en el "juicio de comparabilidad"

(Ap 50): "ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas".

¿Es la voluntad del trabajador una razón objetiva? ¿Es coherente que el derecho de la UE que el TJUE no repare en la diferente extinción entre contrato temporal e indefinido ("ineficacia por cumplimiento del contrato/término" + "indemnización por aplicación cláusula 5ª D.1999/70" vs. "ineficacia sobrevenida inimputable/causal + responsabilidad objetiva")?

Si	**No.**
1.- La Directiva 98/59 no se refiere a extinción causal (DºUE no repara en las causas)	1.- La Directiva 98/59 excluye a los contratos temporales del cómputo porque son "motivos inherentes" (ineficacia contractual pactada/no causal) - Casos "Rabal Cañas" & "Pujante Rivera"
2. Acuerdo Marco habla de "condiciones objetivas" (y no de "causas")	2.- Acuerdo Marco (Cl. 3) se refiere a supuestos de contratación temporal causal: " en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas **[causas] tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado**

Indemnización

el trabajador interino tiene derecho a una indemnización al finalizar el contrato (no señala el importe de aquélla...)

“Martínez Andrés” y “Castrejana López” (CL 5ª - no abuso)

Funcionario interino (arquitecto) y personal estatutario temporal eventual (auxiliar administrativo): relación de servicio extinguida

Primero. En la medida en que (…) no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Concluyendo 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”.

Segundo. A la luz del **principio de efectividad** del Acuerdo Marco, el mismo

“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**”,

“Pérez López” (CL 5ª - no abuso)

Personal estatutario temporal eventual (enfermera): relación de servicio vigente

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

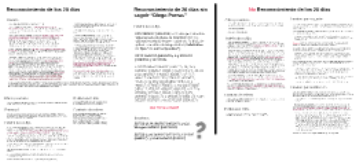
"Reacciones internas"

"Aplicación interna"

Jurisdicción Social

Sector Privado

Sector Público



¿Aplicación doctrina "Pérez López" a Personal Laboral Sector Público?

Profesor Asociado de Universidad

STS 1/6/17 (r2890/15): a la luz de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE, declara que una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación

STS 15/2/18 (r1089/16): Si profesor asociado mantiene actividad extraacadémica justifica la celebración y renovación de sus contratos (¿y abuso?)

Jurisdicción C-A

Si "Diego Porras"

SJC-A A Coruña/2 30/06/17 (n120/2017); Bilbao/5 24/10/17 (r107/17); y 8/11/17 (177/17):
comparan temporales entre sí!

SSJC-A Vigo/1 14/12/17 y /2 (2) 8/1/18:

SJC-A BCN/9 17/10/17 (núm. 202/17): compara con indefinidos

No "Diego Porras"

STSJ C-A Mad 26/06/17 (r516/16): personal eventual "no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales" (**SSTSJ C-A MAD 27/10/17 (r390/17); 22/09/17 (r137/17)**).

– STSJ C-A Mad 20/06/17 (r511/16): Cese de funcionaria interina. La doctrina "de Diego Porras" no es aplicable al caso porque "el término de comparación a que se hace referencia en esa sentencia serían los funcionarios de carrera"

– SJC-A BCN/4 25/05/17 (n100/2017). Cese de funcionaria interina. No reconoce la indemnización conforme a la doctrina "de Diego Porras" porque "la citada sentencia hace referencia a una situación distinta a la que ahora nos ocupa, a saber la de una contratación dentro del ámbito laboral y, por ello, del derecho del trabajo".

– SJC-A BCN/13 8/06/17 (n136/2017), cese de personal estatutario interino. Se rechaza porque la diferencia de trato se pretende entre trabajadores laborales y estatutarios (y no entre trabajadores indefinidos y temporales) y ello queda fuera de la Directiva ex doctrina "Pérez López".

– SJC-A Santiago Com/2 5/05/17 (n152/2017) cese de funcionario interino por incorporación de una titular de carrera al puesto que desempeñaba. No procede la aplicación de la doctrina Diego Porras y el consiguiente reconocimiento de una indemnización de 20 días. (Argumentación seguida por **SJC-A A Coruña/3 9/05/17, n91/2017**)

- SSJC-A Pamplona/2 26/1/18 (n19/18); Ourense/1 29/08/17 (r94/17); Ferrol/1 30/10/17 (n38/17); Lugo/2 7/11/17 (n260/17)

Si "Martínez Andrés/ Castrejana López"

STSJC-A Gal 7/06/17 (r71/17): reintegro de arquitecto municipal funcionario interino. En términos similares, **SSTSJC-A Gal (3) 14/06/17 (r72/17 y 80/17).**

SSTSJC-A Gal 26/04/16 (r524/15); y 21/03/17 (r395/16): las autoras ostentan la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo

No "Martínez Andrés/ Castrejana López"

STSJC-A Galicia 19/07/17 (r162/17): "no existe ni utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ni concatenación irregular de las contrataciones, ni, consiguientemente, fraude en los nombramientos". Tampoco "existe base alguna para considerar que los nombramientos fueron para cubrir necesidades permanentes de los

Sector Privado

Reconocimiento de los 20 días

"STS 23/10/13 (r804/13) + eficacia directa horizontal arts. 20 y 21.1 CDFUE (+ 14 CE)"

Interino por sustitución:

SSTSJ PV 15/11/16 (r1990/16); y Can\Las Palmas 23/01/17 (r1248/16); Mad 15/03/17 (r621/14); Cat 31/07/17 (r2190/17),

Interinidad para sustituir a trabajadores en período vacacional:

STSJ PV 22/11/16 (1991/16)

Obra y servicio:

SSTSJ PV 12 y 19/9/17 (r1509 y 1803/17); 18/10/16 (r1872/16); Gal 30/11/16 (r3277/16); STSJ And\Sevilla 05/07/17 (r2268/16); Ext 21/03/17 (r37/17); Asturias 20/6/17 (r1277/17);

Eventual: SSTSJ CyL\Vall 26/12/17 (r1985/17); y PV 22/11/16 (r2146/16); y 20/06/17 (r1221/17)

"la demanda, y ahora en la fase de recurso, al solicitarse una calificación de despido improcedente, se estaba solicitando, aunque sea alternativamente, una indemnización correspondiente a 33 días por año. Por ello, si la Sala otorga lo menos, no está siendo incongruente, ya que, en definitiva, atiende parcialmente a la petición del recurrente". Además, hace referencia al reconocimiento de oficio operado por, entre otras, STS 23/10/13 (rec. 804/13).

En relación a la aplicación de la Directiva 1999/70 afirma: "las sentencias comunitarias son directamente aplicables vinculando de forma efectiva. Pero, aunque no lo fuesen, su interpretación lo que nos está remitiendo es al derecho comunitario, y éste es de interpretación y aplicación directa por los órganos jurisdiccionales". No obstante, destaca que "**hubiese sido la aplicación de nuestro ordenamiento el que nos hubiese conducido a la misma conclusión, y la causa de ello proviene de la apreciación y aplicación del art. 14 CE y, traslativamente, del 17 ET en relación al 15 del mismo texto**".

Empresa de Trabajo Temporal: STSJ PV 06/06/17 (r909/17) - OJO! D2008/104.

No reconocimiento de los 20 días

Principio congruencia procesal

Obra y servicio:

- **STSJ CAT 20/02/17 (r7013/16)** - sigue la doctrina de la STSJ CAT (Pleno) 30/12/16 (r3593/16).

– **STS 28/02/17 (r1366/15).** No se aplica de oficio (ni se cita) la doctrina "Diego Porras".

- STSJ Mad 11/05/17 (r36/17)

- Caso Diego Porras no extensible a otros casos: STSJ CAT 27/11/17 (r5656/17);

Interino: STSJ Cantabria 06/03/17 (r113/17)

No efecto directo horizontal D1999/76

Obra y servicio: STSJ AND\Málaga 16/11/16 (r1539/16). La Directiva 1999/70 no tiene efecto directo horizontal entre particulares.

No comparable

Eventual: SJS/2 Terrassa 27/03/17 (núm. 97/17): "la declaración interpretativa del TJUE en el marco de nuestro ordenamiento jurídico deviene meramente programática, pues en nuestra legislación no hay situación comparable en que se dé un trato desigual entre indefinidos y temporales por ese motivo"

Prácticas: STSJ PV 14/03/17 (r458/17)

Deportistas profesionales

SSTSJ PV 16/5 y 5/12/17 (r827/17; r2208/17): no trabajador indefinido comparable

Sector Público

Reconocimiento de los 20 días

Interino

- **STSJ Mad 08/05/17 (r877/17)** (rechaza nueva CP + VP);

- **STSJ CyL\Vall 22/03/17 (r215/17)** - **ampliación de la demanda solicita procedencia + 20 días**: "en este caso no se cambia sustancialmente la pretensión, sino que en la posterior ampliación la trabajadora pide menos de lo que pedía en la demanda inicial";

- **STSJ AST 14/02/17 (rec. 2866/16)**: **art. 72 LRJS "permite introducir variaciones en la demanda en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad"** (...) "la asimilación resultante de la jurisprudencia del TJUE entre la extinción del contrato por causas objetivas del Art. 52 ET y el cumplimiento de la condición de interinidad conlleva la equiparación de la indemnización, debiendo, en consecuencia, ser indemnizado el trabajador a la expiración de su contrato a razón de 20 días de salario por año de servicio";

– **SJSI/4 Vall 27/03/17 (núm. 74/17). Reclamación de cantidad (sin discutir la causa de extinción)** de una interina por sustitución de una trabajadora con reserva de puesto de trabajo de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de CyL, cuyo **cese se produce el 31/12/15 y reclama el 22/11/16**.

– **STSJ GAL 17/02/17 (rec. 4819/16)**. Aplica doctrina "Diego Porras" (dado el efecto vertical de la Directiva), "manifestándose como única dificultad la congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que **quien pide lo más, pide lo menos**. De ahí la **jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente** (SSTS 14/10/13, rcud 68/13; 24/06/14, rcud 217/13; y 08/10/15, rcud 2502/14)". Seguida por **STSJ GAL 08/05/17 (rec. 981/2017)**, cese ajustado a derecho de trabajadora interina : "Aunque cierramente la cuestión que se plantea en el escurso de la Xunta no está exenta de cierta controversia, **singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos - la conocida como caso De Diego Porras, - no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema**".

SSTSJ CyL\Vall 27/09/17 (r1075/17); y 17/04/17 (r403/17); CyL\Burgos 30/06/17 (r417/17) y 20/09/17 (r514/17); Mad 20/07/17 (r715/17); 29/05/17 (r318/17); 03/07/17 (r462/17); 17/07/17 (r520/17); 11/09/17 (r564/17); Gal 30/06/17 (r773/17) y 8/05/17 (r361/17); Ast 29/06/17 (r1637/17), (3) 29/04/17 (r1288/17; 12/98/17; y 12/90/17); y (2) 11 y 27/07/17 (r1291/17; r1292/17; y r1293/17); AndMálaga 15/03/17 (r214/17);

Obra y Servicio

- **STSJ PV 18/10/16 (r1660/16)** – de oficio; **10** y (3) **24/10/17 (r1752/17); (r1881/17; r1871/17; r1932/17); y 7 y 28/11/17 (r1926/17; r2150/17)**.

Eventual

- **SSTSJ AndMálaga (3) 16/11/16 (r1515/16; 1411/16; y 1564/16); y 11/01/17 (r1627/16)** Ayuntamiento de Marbella – de oficio; y **14/11/16 (r1532/16)** Ciudad Autónoma de Melilla - de oficio; **STSJ CyL\Vall 4/12/17 (r1447/17)**

Indefinido no fijo

- **STSJ AST 21/03/17 (r498/17)**. Aplica STS 06/10/15 (rec. 2582/14), que ola el caso Huétor Vega del TJUE, y adoptándolo a la doctrina "de Diego Porras", se reconoce de oficio la indemnización de 20 días. **El TSJ no estima que está incurriendo en incongruencia (porque así se desprende de la doctrina de la STS 18/04/16, r1921/2014:** "se trata de un procedimiento de despido en el que lo que se discute es únicamente, como se ha dicho, su calificación, siendo la indemnización una mera consecuencia o añadido al pronunciamiento que se insta del órgano judicial. Siguiendo esta doctrina, la indemnización que corresponde por la calificación del cese reglamentario de la trabajadora puede ser fijada por este Tribunal, a partir de la petición indemnizatoria superior que se plantea en la demanda").

– **SSTSJ GAL 17/03/17 (r3864/16); y 30/01/17 (r4245/16)** – extinción por cob. reglament plaza (en octubre de 2015) – de oficio (sigue STSJ GAL 26/10/16, r2059/16).

- **SSTSJ AST 08/11/16 (r2142/16)** – extinción cob. reglament. plaza – de oficio; y **21/03/17 (r493/17)**.

– **STSJ GAL 26/10/16 (r2059/16)** – extinción cob. reglament. plaza – de oficio (sta STS 21/03/15, rec. 2156/14).

- **STSJ PV 28/03/17 (r472/17); STSJ Gal 10 y 17/05/17 (r717/17; y r528/16).**

– **SJS/8 Bilbao 15/03/17 (núm. 98/17)**. Aplica doctrina SSTSJ PV 18/10/16 (rec. 1890/16); y MAD 5/10/16 (rec. 264/14); y SJS/1 Vitoria 07/03/17 (núm. 51/17).

– **STSJ Mad 05/10/16 (r264/14)** – resolución caso "de Diego Porras".

– **STSJ Ast 07/11/16 (r1904/16)**: "aunque ciertamente el legislador nacional distingue entre la extinción del contrato por cumplimiento del término y por resolución causal", en este supuesto, la similitud con el caso "de Diego Porras" lleva a aplicar "también las mismas condiciones de trabajo que a esta".

– **SJS/2 Salamanca 29/12/16 (n317/16). Trabajador interino cesado el 17-6-16, presentando demanda de reclamación de cantidad el 2-11-16**. No impugna el cese sino que reclama la indemnización establecida legalmente en el art. 53.1 ET: "teniendo en cuenta que no se cuestiona la finalización del contrato y que estamos ante un supuesto de extinción del contrato por concurrir causa válida no es necesario, al igual que no se exige ni para reclamar la indemnización por despido objetivo procedente a los trabajadores fijos ni en la indemnización por fin de otros contratos temporales **se entiende adecuado el procedimiento de reclamación de cantidad instado por la parte actora, proceso que no está sujeto al plazo de caducidad de 20 días desde el cese** y por ello procede rechazar la excepción invocada".

No reconoce indemnización por falta de preaviso porque la "equiparación se ha efectuado exclusivamente a efectos de la indemnización por fin de contrato no para el resto de requisitos formales que exige el art. 53 ET para los despidos por causas objetivas".

Profesores Univ.

STSJ CyL\Vall 18/09/17 (r521/17): ayudante doctor
STSJ Cataluña 13/11/17 (r5724/17): interina

Contrato de relevo

SSTSJ CyL\Vall 26/06/17 (r590/17); 23 y 28/10/17 (1477/17; r1402/17); 6 y 27/11/17 (1763/17; 1771/17); y 4/12/17 (r1405/17); AndMálaga 12/07/17 (r969/17); PV 13/06/17 (r1198/17); 13/09/17 (r1623/17); 24/10/17 (r1865/17); 7, 14 y 21/11/17(r1964/17; r2058/17; r2103/17); 5, 12 y (2) 19/12/17 (r2274/17; r2235/17; r2263/17; r2327/17).

Reconocimiento de 20 días sin seguir "Diego Porras"

Indefinido no fijo

STS 28/03/17 (r1664/15): extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización de 20 días, sin aplicar la doctrina de Diego Porras (**indefinidos no fijos "no son temporales"**).

SSTS 19/07/17 (r4041/15); 9 y 12/05/17 (r1806/15 y r1717/15).

+ SSTSJ Mad 24/04/17 (r109/17); 14, 16 y 19/06/17 (r452/17; r350/17; r420/17); y 7, 10, 19 y (2) 20/07/17 (r401/17; r525/17; r344/17; r486/17; r563/17); 15 y 22/09/17 (r519/17, r553/17); 9, 20 y (2) 23/10/17 (r694/16; y r661/17; r770/17; r758/17); 3, 6 y (2) 17/11/17 (r819/17; r236/17; r836/17; r831/17); y 7, 22 y 28/12/17 (r876/17; r926/17; r355/17); PV 20/06/17 (r1221/17); y 24/10/17 (r1853/17); Cant 5/12/17 (r817/17); y Ast 27/12/17 (r2549/17).

Ojo Vernaza Ayovi!

Interinos

SSTSJ CLM 12/07/17 (r623/17); y CyL \Burgos 31/05/17 (r327/2017)

SSTSJ Cant 29/11/17 (r772/17); 12/12/17 (r893/17); y Mad 16/10/17 (r541/17)

?

No Reconocimiento de los 20 días

Obra y Servicio

– **STS 23/11/16 (r690/15)**: No se cuestiona si la doctrina Diego Porras es aplicable al caso o no. Se abona al trabajador la indemnización por extinción del contrato temporal.

- **STS 08/06/17 (r1365/15)**

- **STSJ NAV 6/10/17 (r325/17)**

Indefinido no fijo

- **STSJ Cat 20/02/17 (r6599/16)**: extinción de trabajadora indefinida no fija de un Ayuntamiento por cobertura reglamentaria de la plaza producida en diciembre de 2015. No se aplica "Diego Porras" en virtud del **principio de congruencia procesal** – sigue la doctrina de la STSJ Cat (Pleno) 901/2016 (r5599/16).

– **STSJ CyL\Vall 26/01/17 (r1777/16)**: "ni en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso el actor, ahora recurrente, solicitó más indemnización que la resultante de la aplicación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. De este modo, la decisión en esta resolución acerca de la indemnización basada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, **implicaría la introducción de oficio de una cuestión nueva**. De ser estimada la indemnización por la Sala se produciría una vulneración del principio general, aplicable en el recurso extraordinario de suplicación, de prohibición de introducción, como objeto del mismo, de cuestiones nuevas, fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, o de peticiones no planteadas en la instancia y, por consiguiente, no resueltas en la sentencia, no solo con fundamento en la imposibilidad de alterar en vía de recurso el objeto del proceso, sino también por exigencias derivadas de los principios de preclusión, igualdad de las partes y del derecho de defensa de la otra parte artículo 24 de la Constitución Española) que se vería privada de los medios normales de oposición frente a una alegación extemporánea".

– **STS 07/11/16 (r755/15)** – extinción de interino calificado como indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. **Quien interpone el recurso es la empleadora (Administración) y no se cuestiona la cuantía de la indemnización (- STSJ AndSevilla 28/06/17 (r2325/17).**

– **STSJ CLM 14/12/16 (r1288/16)**. Extinción de indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. **Se abona la indemnización del art. 49.1.c ET en base a la doctrina TJUE Huetor Vega** y la STS 7/11/2016 (rec. 755/2016) + **SSTSJ Mad 05/12/16 (rec. 820/16)**; y **Ext 11/04/17 (r58/17)**

Contrato de relevo

STSJ CyL\Burgos 13/6/17 (r253/2017): el caso "de Diego Porras" "se está refiriendo a un contrato de interinidad, no de relevo

Profesores Univ.

STSJ CyL\Valladolid 11/1/17 (r499/2017): Profesor Asociado docente investigador de Universidad no existe trabajador indefinido comparable

Interino por vacante

- **STSJ MAD 26/10/17**: "la decisión del TJUE no debería desvincularse del concreto contexto del asunto que se sometió a su consideración" **(STSJ MAD 30/10/17 (r424/17); y (2) 6/11/17 (r547/17; r462/17)**;

- **SSTSJ MAD 19/5/17 (r223/17); y 5/6/17 (r344/17)**: no procede indemnización si se produce continuidad con un nuevo contrato:

SSTSJ MAD 12 y 17/06/17 (r374/17; y r551/17); 25/09/17 (r639/17); 5, 23 y 26/10/17 (r426/16; r1008/17; r689/17); (3) 6, (2) 15 y 24/11/17 (r647/17; r768/17; r772/17; r881/17; r874/17; y r929/17);

En contra, SSTSJ PV 18/07/17 (r1474/17); y 19/12/17 (r2306/17); MAD (2) 20/10/17 (r679/17; y r665/17); y 1, 7 y 22/12/17 (r927/17; r874/17; r933/17).

- **STSJ MAD 78/17 (r449/17)**: reconocimiento en instancia de 12 días. Se rechaza los 20 días porque recurso lo planteo la Administración (sentencia firme para trabajador):

SSTSJ MAD (3) 6 y 12/7/17 (r499/17, r555/17, r573/17 y r617/17); (3) 13 y 26/9/17 (r293/17; r407/17; r738/17; y r421/17); (3) 4, 18 y 30/10/17 (r471/17; r486/17; r487/17; r525/17; y r564/17); 15 y 22/11/17 (r613/17; r613/17); 13/12/17 (r690/17); 10/01/18 (r038/17).

– **SJS/20 BCN 07/12/16 (núm. 223/16)**: extinción por cobertura reglamentaria de vacante de profesora universitaria interina por vacante. Reconoce el importe indemnizatorio ex art. 49.1.c ET (y no los 20 días) porque:

– la doctrina "de Diego Porras" parte de una situación imputable al derecho interno que no se da ("denega 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").

– la jurisprudencia interna sí reconoce una indemnización en estos casos (SSTS 21/01/14 ; 07/11/16) siguiendo, precisamente, la propia doctrina del TJUE (Huétor Vega)

– la naturaleza jurídica de la causa extintiva del art. 52 y del art. 49.1.c ET es distinta.

Interino por sustitución

STSJ MAD 29/6/17 (r411/17): "la extinción del contrato de interinidad es procedente, no podemos anudara esa declaración ningún efecto indemnizatorio por cuanto que el contrato de interinidad no está bajo la cobertura de aquel precepto [art. 49.1.c ET]"

SSTSJ MAD 29 y (2) 30/6/17 (r485/17; r277/17; y r311/17); 10/07/17 (r322/17); 16/11/17 (r608/17).

– **STSJ Cat 30/12/16 (r2593/16)**. trabajadora del Hospital Clínic de Barcelona (acumula 273 contratos desde diciembre 2007 hasta enero 2016). La sentencia centra la cuestión en el **principio de congruencia procesal para rechazar la aplicación de la doctrina Diego Porras** (por tanto, no entra a valorar la naturaleza pública o privada del empleador):

"lo parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porras, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiere corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiere tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto Diego Porras contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado".

La sentencia cuenta con un voto particular firmado por 10 magistrados

Reconocimiento de los 20 días

Interino

- STSJ Mad 08/05/17 (r87/17) (rechaza nueva CP + VP);

- **STSJ CyL\Vall 22/03/17 (r215/17)** - **ampliación de la demanda solicita procedencia + 20 días**: “en este caso no se cambia sustancialmente la pretensión, sino que en la posterior ampliación la trabajadora pide menos de lo que pedía en la demanda inicial”;

- **STSJ AST 14/02/17 (rec. 2966/16)**: **art. 72 LRJS “permite introducir variaciones en la demanda en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad**" (...) "la asimilación resultante de la jurisprudencia del TJUE entre la extinción del contrato por causas objetivas del Art. 52 ET y el cumplimiento de la condición de interinidad conlleva la equiparación de la indemnización, debiendo, en consecuencia, ser indemnizado el trabajador a la expiración de su contrato a razón de 20 días de salario por año de servicio”.

– **SJS/4 Vall 27/03/17 (núm. 74/17)**. **Reclamación de cantidad (sin discutir la causa de extinción)** de una interina por sustitución de una trabajadora con reserva de puesto de trabajo de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de CyL, cuyo **cese se produce el 3/12/15 y reclama el 22/11/16**.

– **STSJ GAL 17/02/17 (rec. 4819/16)**. Aplica doctrina "Diego Porras" (dado el efecto vertical de la Directiva), “manifestándose como única dificultad la congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que **quien pide lo más, pide lo menos**. De ahí la **jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente** (SSTS 14/10/13, rcud 68/13; 24/06/14, rcud 217/13; y 06/10/15, rcud 2592/14)”. Seguida por **STSJ GAL 08/05/17 (rec. 981/2017)**, cese ajustado a derecho de trabajadora interina : "Aunque ciertamente la cuestión que se plantea en el recurso de la Xunta no está exenta de cierta controversia, **singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos - la conocida como caso De Diego Porras,- 'no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema**'".

– **SJS/8 Bilbao 15/03/17 (núm. 98/17).** Aplica doctrina SSTSJ PV 18/10/16 (rec. 1690/16); y MAD 5/10/16 (rec. 264/14); y SJS/1 Vitoria 07/03/17 (núm. 51/17).

– **STSJ Mad 05/10/16 (r264/14)** – resolución caso “de Diego Porras”.

– **STSJ Ast 02/11/16 (r1904/16)**: “aunque ciertamente el legislador nacional distingue entre la extinción del contrato por cumplimiento del término y por resolución causal”, en este supuesto, la similitud con el caso “de Diego Porras” lleva a aplicar “también las mismas condiciones de trabajo que a ésta”.

– **SJS/2 Salamanca 29/12/16 (n317/16). Trabajador interino cesado el 17-5-16, presentando demanda de reclamación de cantidad el 2-11-16**. No impugna el cese sino que reclama la indemnización establecida legalmente en el art. 53.1 ET: “teniendo en cuenta que no se cuestiona la finalización del contrato y que estamos ante un supuesto de extinción del contrato por concurrir causa válida no es necesario, al igual que no se exige ni para reclamar la indemnización por despido objetivo procedente a los trabajadores fijos ni en la indemnización por fin de otros contratos temporales **se entiende adecuado el procedimiento de reclamación de cantidad instado por la parte actora, proceso que no está sujeto al plazo de caducidad de 20 días desde el cese** y por ello procede rechazar la excepción invocada”.

No reconoce indemnización por falta de preaviso porque la “equiparación se ha efectuado exclusivamente a efectos de la indemnización por fin de contrato no para el resto de requisitos formales que exige el art. 53 ET para los despidos por causas objetivas”.

SSTSJ CyL\Vall 27/09/17 (r1075/17); y 17/04/17 (r403/17); CyL\Burgos 30/06/17 (r417/17) y 20/09/17 (r514/17); Mad 20/07/17 (r715/17); 29/05/17 (r318/17); 03/07/17 (r462/17); 17/07/17 (r520/17); 11/09/17 (r564/17); Gal 30/06/17 (r773/17) y 8/05/17 (r981/17); Ast 29/06/17 (r1617/17); (3) 29/06/17 (r1288/17; 1298/17; y 1290/17); y (2) 11 y 27/07/17 (r1291/17; r1292/17; y r1293/17); And\Málaga 15/03/17 (r214/17);

Obra y Servicio

- **STSJ PV 18/10/16 (n1690/16)** – de oficio; **10** y (3) **24/10/17 (r1752/17); (r1881/17; r1871/17; r1938/17); y 7 y 28/11/17 (r1926/17; r2180/17)**.

Eventual

- **SSTSJ And\Málaga (3) 16/11/16 (r1515/16; 1411/16; y 1564/16); y 11/01/17 (r1827/16)** Ayuntamiento de Marbella – de oficio; y **16/11/16 (r1532/16)** Ciudad Autónoma de Melilla - de oficio; **STSJ CyL\Vall 4/12/17 (r1447/17)**

Indefinido no fijo

- STSJ AST 21/03/17 (r493/17). Aplica STS 06/10/15 (rec. 2592/14), que cita el caso Huétor Vega del TJUE, y adaptándola a la doctrina "de Diego Porras", se reconoce de oficio la indemnización de 20 días. **El TSJ no estima que esté incurriendo en incongruencia (porque así se desprende de la doctrina de la STS 18/04/16, r1921/2014:** "se trata de un procedimiento de despido en el que lo que se discute es únicamente, como se ha dicho, su calificación, siendo la indemnización una mera consecuencia o añadido al pronunciamiento que se insta del órgano judicial. Siguiendo esta doctrina, la indemnización que corresponde por la calificación del cese reglamentario de la trabajadora puede ser fijada por este Tribunal, a partir de la petición indemnizatoria superior que se plantea en la demanda").

– **SSTSJ GAL 17/01/17 (r3864/16); y 30/01/17 (r4245/16)** – extinción por cob. reglament plaza (en octubre de 2015) – de oficio (sigue STSJ GAL 26/10/16, r2059/16).

– **SSTSJ AST 08/11/16 (r2142/16)** – extinción cob. reglament. plaza – de oficio; y **21/03/17 (r493/17).**

– **STSJ GAL 26/10/16 (r2059/16)** – extinción cob. reglament. plaza – de oficio (cita STS 31/03/15, rec. 2156/14).

- **STSJ PV 28/03/17 (r473/17)**; **STSJ Gal 10 y 17/05/17 (r717/17; y r5320/16).**

Profesores Univ.

STSJ CyL\Vall 18/09/17 (r521/17): ayudante doctor
STSJ Cataluña 13/11/17 (r5724/17): interina

Contrato de relevo

SSTSJ CyL\Vall 26/06/17 (r590/17); 23 y 26/10/17 (1477/17; r1402/17); 6 y 27/11/17 (1763/17; 1771/17); y 4/12/17 (r1405/17); And\Málaga 12/7/17 (r993/17); PV 13/06/17 (r1108/17); 13/9/17 (r1623/17); 24/10/17 (r1865/17); 7, 14 y 21/11/17(r1964/17; r2059/17; r2103/17); 5, 12 y (2) 19/12/17 (r2274/17; r2325/17; r2283/17; r2327/17).

Reconocimiento de los 20 días

Interino

- **STSJ Mad 08/05/17 (r87/17)** (rechaza nueva CP + VP);

- **STSJ CyL\Vall 22/03/17 (r215/17)** - **ampliación de la demanda solicita procedencia + 20 días**: "en este caso no se cambia sustancialmente la pretensión, sino que en la posterior ampliación la trabajadora pide menos de lo que pedía en la demanda inicial";

- **STSJ AST 14/02/17 (rec. 2966/16)**: **art. 72 LRJS "permite introducir variaciones en la demanda en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad"** (...) "la asimilación resultante de la jurisprudencia del TJUE entre la extinción del contrato por causas objetivas del Art. 52 ET y el cumplimiento de la condición de interinidad conlleva la equiparación de la indemnización, debiendo, en consecuencia, ser indemnizado el trabajador a la expiración de su contrato a razón de 20 días de salario por año de servicio".

– **SJS/4 Vall 27/03/17 (núm. 74/17). Reclamación de cantidad (sin discutir la causa de extinción)** de una interina por sustitución de una trabajadora con reserva de puesto de trabajo de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de CyL, cuyo **cese se produce el 3/12/15 y reclama el 22/11/16**.

– **STSJ GAL 17/02/17 (rec. 4819/16)**. Aplica doctrina "Diego Porras" (dado el efecto vertical de la Directiva), "manifestándose como única dificultad la congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que **quien pide lo más, pide lo menos**. De ahí la **jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente** (SSTS 14/10/13, rcud 68/13; 24/06/14, rcud 217/13; y 06/10/15, rcud 2592/14)". Seguida por **STSJ GAL 08/05/17 (rec. 981/2017)**, cese ajustado a derecho de trabajadora interina : "Aunque ciertamente la cuestión que se plantea en el recurso de la Xunta no está exenta de cierta controversia, **singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos - la conocida como caso De Diego Porras,- 'no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema'**".

– **SJS/8 Bilbao 15/03/17 (núm. 98/17).** Aplica doctrina SSTSJ PV 18/10/16 (rec. 1690/16); y MAD 5/10/16 (rec. 264/14); y SJS/1 Vitoria 07/03/17 (núm. 51/17).

– **STSJ Mad 05/10/16 (r264/14)** – resolución caso "de Diego Porras".

– **STSJ Ast 02/11/16 (r1904/16)**: "aunque ciertamente el legislador nacional distingue entre la extinción del contrato por cumplimiento del término y por resolución causal", en este supuesto, la similitud con el caso "de Diego Porras" lleva a aplicar "también las mismas condiciones de trabajo que a ésta".

– **SJS/2 Salamanca 29/12/16 (n317/16). Trabajador interino cesado el 17-5-16, presentando demanda de reclamación de cantidad el 2-11-16**. No impugna el cese sino que reclama la indemnización establecida legalmente en el art. 53.1 ET: "teniendo en cuenta que no se cuestiona la finalización del contrato y que estamos ante un supuesto de extinción del contrato por concurrir causa válida no es necesario, al igual que no se exige ni para reclamar la indemnización por despido objetivo procedente a los trabajadores fijos ni en la indemnización por fin de otros contratos temporales **se entiende adecuado el procedimiento de reclamación de cantidad instado por la parte actora, proceso que no está sujeto al plazo de caducidad de 20 días desde el cese** y por ello procede rechazar la excepción invocada".

No reconoce indemnización por falta de preaviso porque la "equiparación se ha efectuado exclusivamente a efectos de la indemnización por fin de contrato no para el resto de requisitos formales que exige el art. 53 ET para los despidos por causas objetivas".

SSTSJ CyL\Vall 27/09/17 (r1075/17); y 17/04/17 (r403/17); CyL\Burgos 30/06/17 (r417/17) y 20/09/17 (r514/17); Mad 20/07/17 (r715/17); 29/05/17 (r318/17); 03/07/17 (r462/17); 17/07/17 (r520/17); 11/09/17 (r564/17); Gal 30/06/17 (r773/17) y 8/05/17 (r981/17); Ast 29/06/17 (r1617/17); (3) 29/06/17 (r1288/17; 1298/17; y 1290/17); y (2) 11 y 27/07/17 (r1291/17; r1292/17; y r1293/17); And\Málaga 15/03/17 (r214/17);

Obra y Servicio

- **STSJ PV 18/10/16 (n1690/16)** – de oficio: **10** y (3) **24/10/17 (r1752/17); (r1881/17; r1871/17; r1938/17); y 7 y 28/11/17 (r1926/17; r2180/17)**.

Eventual

- **SSTSJ And\Málaga (3) 16/11/16 (r1515/16; 1411/16; y 1564/16); y 11/01/17 (r1827/16)** Ayuntamiento de Marbella – de oficio; y **16/11/16 (r1532/16)** Ciudad Autónoma de Melilla - de oficio; **STSJ CyL\Vall 4/12/17 (r1447/17)**

Indefinido no fijo

- **STSJ AST 21/03/17 (r493/17).** Aplica STS 06/10/15 (rec. 2592/14), que cita el caso Huétor Vega del TJUE, y adaptándola a la doctrina "de Diego Porras", se reconoce de oficio la indemnización de 20 días. **El TSJ no estima que esté incurriendo en incongruencia (porque así se desprende de la doctrina de la STS 18/04/16, r1921/2014:** "se trata de un procedimiento de despido en el que lo que se discute es únicamente, como se ha dicho, su calificación, siendo la indemnización una mera consecuencia o añadido al pronunciamiento que se insta del órgano judicial. Siguiendo esta doctrina, la indemnización que corresponde por la calificación del cese reglamentario de la trabajadora puede ser fijada por este Tribunal, a partir de la petición indemnizatoria superior que se plantea en la demanda").

– **SSTSJ GAL 17/01/17 (r3864/16); y 30/01/17 (r4245/16)** – extinción por cob. reglament plaza (en octubre de 2015) – de oficio (sigue STSJ GAL 26/10/16, r2059/16).

– **SSTSJ AST 08/11/16 (r2142/16)** – extinción cob. reglament. plaza – de oficio; y **21/03/17 (r493/17).**

– **STSJ GAL 26/10/16 (r2059/16)** – extinción cob. reglament. plaza – de oficio (cita STS 31/03/15, rec. 2156/14).

- **STSJ PV 28/03/17 (r473/17); STSJ Gal 10 y 17/05/17 (r717/17; y r5320/16).**

Profesores Univ.

STSJ CyL\Vall 18/09/17 (r521/17): ayudante doctor
STSJ Cataluña 13/11/17 (r5724/17): interina

Contrato de relevo

SSTSJ CyL\Vall 26/06/17 (r590/17); 23 y 26/10/17 (1477/17; r1402/17); 6 y 27/11/17 (1763/17; 1771/17); y 4/12/17 (r1405/17); And\Málaga 12/7/17 (r993/17); PV 13/06/17 (r1108/17); 13/9/17 (r1623/17); 24/10/17 (r1865/17); 7, 14 y 21/11/17(r1964/17; r2059/17; r2103/17); 5, 12 y (2) 19/12/17 (r2274/17; r2325/17; r2283/17; r2327/17).

Reconocimiento de 20 días sin seguir "Diego Porras"

Indefinido no fijo

STS 28/03/17 (r1664/15): extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización de 20 días, sin aplicar la doctrina de Diego Porras (**indefinidos no fijos "no son temporales"**).

SSTS 19/07/17 (r4041/15); 9 y 12/05/17 (r1806/15 y r1717/15).

+ SSTSJ Mad 24/04/17 (r109/17); 14, 16 y 19/06/17 (r452/17; r350/17; r420/17); y 7, 10, 19 y (2) 20/07/17 (r401/17; r525/17; r344/17; r486/17; r563/17); 15 y 22/09/17 (r519/17, r553/17); 9, 20 y (2) 23/10/17 (r694/16; y r661/17; r770/17; r758/17); 3, 6 y (2) 17/11/17 (r819/17; r236/17; r836/17; r831/17); y 7, 22 y 28/12/17 (r876/17; r926/17; r355/17); PV 20/06/17 (r1221/17); y 24/10/17 (r1853/17); Cant 5/12/17 (r817/17); y Ast 27/12/17 (r2549/17).

Ojo Vernaza Ayovi!

Interinos

SSTSJ CLM 12/07/17 (r623/17); y CyL \Burgos 31/05/17 (r327/2017)

SSTSJ Cant 29/11/17 (r772/17); 12/12/17 (r893/17); y Mad 16/10/17 (r541/17)

?

No Reconocimiento de los 20 días

Obra y Servicio

– **STS 23/11/16 (r690/15):** No se cuestiona si la doctrina Diego Porras es aplicable al caso o no. Se abona al trabajador la indemnización por extinción del contrato temporal.

- **STS 08/06/17 (r1365/15)**

- **STSJ NAV 6/10/17 (r325/17)**

Indefinido no fijo

- **STSJ Cat 23/02/17 (r6599/16):** extinción de trabajadora indefinida no fija de un Ayuntamiento por cobertura reglamentaria de la plaza producida en diciembre de 2015. No se aplica "Diego Porras" en virtud del **principio de congruencia procesal** – sigue la doctrina de la STSJ Cat (Pleno) 30/12/16 (r3593/16).

– **STSJ CyL\Vall 26/01/17 (r1777/16):** "ni en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso el actor, ahora recurrente, solicitó más indemnización que la resultante de la aplicación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. De este modo, la decisión en esta resolución acerca de la indemnización basada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, **implicaría la introducción de oficio de una cuestión nueva**. De ser estimada la indemnización por la Sala se produciría una vulneración del principio general, aplicable en el recurso extraordinario de suplicación, de prohibición de introducción, como objeto del mismo, de cuestiones nuevas, fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, o de peticiones no planteadas en la instancia y, por consiguiente, no resueltas en la sentencia, no solo con fundamento en la imposibilidad de alterar en vía de recurso el objeto del proceso, sino también por exigencias derivadas de los principios de preclusión, igualdad de las partes y del derecho de defensa de la otra parte artículo 24 de la Constitución Española) que se vería privada de los medios normales de oposición frente a una alegación extemporánea".

– **STS 07/11/16 (r755/15)** – extinción de interino calificado como indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. **Quien interpone el recurso es la empleadora (Administración) y no se cuestiona la cuantía de la indemnización** (+ **STSJ And\Sevilla 29/06/17 (r2325/17)**.

– **STSJ CLM 14/12/16 (r1388/16).** Extinción de indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. **Se abona la indemnización del art. 49.1.c ET en base a la doctrina TJUE Huetor Vega** y la STS 7/11/2016 (rec. 755/2016) + **SSTSJ Mad 05/12/16 (rec. 820/16);** y **Ext 11/04/17 (r53/17)**

Contrato de relevo

STSJ CyL\Burgos 13/6/17 (r353/2017): el caso "de Diego Porras" "se está refiriendo a un contrato de interinidad, no de relevo

Profesores Univ.

STSJ CyL\Valladolid 11/5/17 (r466/2017): Profesor Asociado docente investigador de Universidad no existe trabajador indefinido comparable

Interino por vacante

- **STSJ MAD 26/10/17:** "la decisión del TJUE no debería desvincularse del concreto contexto del asunto que se sometió a su consideración" (**STSJ MAD 30/10/17 (r424/17); y (2) 6/11/17 (r547/17; r462/17)**;

- **SSTSJ MAD 19/5/17 (r223/17); y 5/6/17 (r344/17):** no procede indemnización si se produce continuidad con un nuevo contrato:

SSTSJ MAD 12 y 17/06/17 (r374/17; y r551/17); 25/09/17 (r639/17); 5, 23 y 26/10/17 (r426/16; r1008/17; r389/17); (3) 6, (2) 15 y 24/11/17 (r547/17; r769/17; r772/17; r881/17; r874/17; y r829/17);

En contra, SSTSJ PV 18/07/17 (r1474/17); y 19/12/17 (r2306/17); MAD (2) 20/10/17 (r679/17; y r665/17); y 1, 7 y 22/12/17 (r827/17; r874/17; r933/17).

- **STSJ MAD 7/6/17 (r449/17):** reconocimiento en instancia de 12 días. Se rechaza los 20 días porque recurso lo plantea la Administración (sentencia firme para trabajador):

SSTSJ MAD (3) 5 y 12/7/17 (r499/17, r555/17, r573/17 y r617/17); (3) 13 y 20/09/17 (r392/17; r407/17; r738/17; y r421/17); (3) 4, 18 y 30/10/17 (r471/17; r486/17; r467/17; r825/17; y r564/17); 15 y 22/11/17 (r583/17; r613/17); 13/12/17 (r690/17); 10/01/18 (r698/17).

– **SJS/20 BCN 07/12/16 (núm. 223/16):** extinción por cobertura reglamentaria de vacante de profesora universitaria interina por vacante. Reconoce el importe indemnizatorio ex art. 49.1.c ET (y no los 20 días) porque:

– la doctrina "de Diego Porras" parte de una situación imputable al derecho interno que no se da ("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"),

– la jurisprudencia interna sí reconoce una indemnización en estos casos (SSTS 21/01/14 ; 07/11/16) siguiendo, precisamente, la propia doctrina del TJUE (Huétor Vega)

– la naturaleza jurídica de la causa extintiva del art. 52 y del art. 49.1.c ET es distinta.

Interino por sustitución

STSJ MAD 29/6/17 (r411/17): "la extinción del contrato de interinidad es procedente, no podemos anudara esa declaración ningún efecto indemnizatorio por cuanto que el contrato de interinidad no está bajo la cobertura de aquel precepto [art. 49.1.c ET]"

SSTSJ MAD 29 y (2) 30/6/17 (r485/17; r277/17; y r311/17); 10/07/17 (r322/17); 16/11/17 (r608/17).

– **STSJ Cat 30/12/16 (r3593/16),** trabajadora del Hospital Clínic de Barcelona (acumula 273 contratos desde diciembre 2007 hasta enero 2016). La sentencia centra la atención en el **principio de congruencia procesal para rechazar la aplicación de la doctrina Diego Porras** (por tanto, no entra a valorar la naturaleza pública o privada del empleador):

"la parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porras, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiere corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad

– la naturaleza jurídica de la causa extintiva del art. 52 y del art. 49.1.c ET es distinta.

Interino por sustitución

STSJ MAD 29/6/17 (r411/17): “la extinción del contrato de interinidad es procedente, no podemos anudara esa declaración ningún efecto indemnizatorio por cuanto que el contrato de interinidad no está bajo la cobertura de aquel precepto [art. 49.1.c ET]"

SSTSJ MAD 29 y (2) 30/6/17 (r485/17; r277/17; y r311/17); 10/07/17 (r322/17); 16/11/17 (r608/17).

– **STSJ Cat 30/12/16 (r3593/16),** trabajadora del Hospital Clínic de Barcelona (acumula 273 contratos desde diciembre 2007 hasta enero 2016). La sentencia centra la atención en el **principio de congruencia procesal para rechazar la aplicación de la doctrina Diego Porras** (por tanto, no entra a valorar la naturaleza pública o privada del empleador):

> “la parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porras, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiere corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiere tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto Diego Porras contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado”.

La sentencia cuenta con un voto particular firmado por 10 magistrados

conducido a la misma conclusión, y la causa de ello proviene de la apreciación y aplicación del art. 14 CE y, traslativamente, del 17 ET en relación al 15 del mismo texto".

Empresa de Trabajo Temporal: STSJ PV 06/06/17 (r909/17) - OJO! D2008/104.

Prácticas: STSJ PV 14/03/17 (r458/17)

Deportistas profesionales

SSTSJ PV 16/5 y 5/12/17 (r827/17; r2208/17): no trabajador indefinido comparable

¿Aplicación doctrina "Pérez López" a Personal Laboral Sector Público?

Profesor Asociado de Universidad

STS 1/6/17 (r2890/15): a la luz de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE, declara que una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y **por atender a necesidades permanentes de la Universidad**

Doctrina seguida por STSJ CAT 28/7/17 (r3140/17). Ver también, STS 22/6/17 (r3047/15) – aunque siguiendo el planteamiento de la STJUE 13/3/14, C-190/13, Márquez Samohano.

STS 15/2/18 (r1089/16): Si profesor asociado mantiene actividad extraacadémica justifica la celebración y renovación de sus contratos (**¿y abuso?**)

Interinos

STSJ CAT 5/5/17 (r7411/16), aplicación de la doctrina Pérez López a una trabajadora laboral interina del Hospital Clínic que ha formalizado 268 contratos lícitos (263 de ellos de interinidad), declarándose el carácter indefinido no fijo de la relación porque se estima que se ha producido un abuso de derecho.

Jurisdicción C-A

Si "Diego Porras"

SJC-A A Coruña/2 30/06/17 (n120/2017); Bilbao/5 24/10/17 (r107/17); y 8/11/17 (177/17):
comparan temporales entre sí!

SSJC-A Vigo/1 14/12/17 y /2 (2) 8/1/18:

SJC-A BCN/9 17/10/17 (núm. 202/17): compara con indefinidos

No "Diego Porras"

STSJ C-A Mad 26/06/17 (r516/16): personal eventual "no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales" (**SSTSJ C-A MAD 27/10/17 (r390/17); 22/09/17 (r137/17)**.

– STSJ C-A Mad 20/06/17 (r511/16): Cese de funcionaria interina. La doctrina "de Diego Porras" no es aplicable al caso porque "el término de comparación a que se hace referencia en esa sentencia serían los funcionarios de carrera"

– SJC-A BCN/4 25/05/17 (n100/2017). Cese de funcionaria interina. No reconoce la indemnización conforme a la doctrina "de Diego Porras" porque "la citada sentencia hace referencia a una situación distinta a la que ahora nos ocupa, a saber la de una contratación dentro del ámbito laboral y, por ello, del derecho del trabajo".

– SJC-A BCN/13 8/06/17 (n136/2017), cese de personal estatutario interino. Se rechaza porque la diferencia de trato se pretende entre trabajadores laborales y estatutarios (y no entre trabajadores indefinidos y temporales) y ello queda fuera de la Directiva ex doctrina "Pérez López".

– SJC-A Santiago Com/2 5/05/17 (n152/2017) cese de funcionario interino por incorporación de una titular de carrera al puesto que desempeñaba. No procede la aplicación de la doctrina Diego Porras y el consiguiente reconocimiento de una indemnización de 20 días. [Argumentación seguida por **SJC-A A Coruña/3 9/05/17, n91/2017)**

- SSJC-A Pamplona/2 26/1/18 (n19/18); Ourense/1 29/09/17 (r94/17); Ferrol/1 30/10/17 (n38/17); Lugo/2 7/11/17 (n260/17)

Si "Martínez Andrés/ Castreiana López"

No "Martínez Andrés/ Castreiana López"

Si “Martínez Andrés/ Castrejana López”

STSJ\C-A Gal 7/06/17 (r71/17): reintegro de arquitecto municipal funcionario interino. En términos similares, **SSTSJ\C-A Gal (2) 14/06/17 (r72/17 y 92/17).**

SSTSJ\C-A PV (2) 12/12/16, Asunto Castrejana López (r735/13); y Asunto Martínez Andrés (r635/13)

STSJ\C-A CyL\Vall 22/12/17 (r485/17); SJC-A Pontevedra/1 20/11/17 (n22/17): existencia de abuso + indemnización 20 días

SSTSJ\C-A Gal 20/04/16 (r528/15); y 21/03/17 (r395/16): las actoras ostentan la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo

STSJ\C-A Galicia 1/02/17 (r320/16): reponer a la trabajadora “en el puesto que venía desempeñando y mantenerla en él mientras no se proceda a su cobertura en propiedad o se amortice”.

SJC-A A Coruña/2 30/12/16 (r139/16): declara nulo el cese (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza (**revocada por STJC-A Galicia 31/10/17 (r19217)**

No “Martínez Andrés/ Castrejana López”

STSJ\C-A Galicia 19/07/17 (r162/17): “no existe ni utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ni concatenación irregular de las contrataciones, ni, consiguientemente, fraude en los nombramientos”. Tampoco “existe base alguna para considerar que los nombramientos fueron para cubrir necesidades permanentes de los respectivos órganos de la Administración de Justicia, sino transitorias y coyunturales de cada uno de ellos”

STSJ\C-A Galicia 1/02/17 (r337/16): no se aprecian los abusos en la contratación que trata de afrontar dicha sentencia comunitaria

STSJ\C-A MAD 27/10/17 (r390/17): entiende que la Ley 55/03 prevé instrumentos adecuados para evitar el abuso del personal eventual estatutario

SAN\C-A 6/4/17 (r7/2017) sucesivos nombramientos de los médicos forenses interinos no es suficiente para determinar que su contratación ha sido irregular por abusiva en el marco de la D1999/70.

Si “Pérez López”

STSJ C-A And\Sevilla 30/09/16 (r250/15)

SJC-A Vigo 23/01/18 (r282/17): Extinción por cobertura reglamentaria de plaza de funcionaria interina, pero indemnización de 20 días por concatenación fraudulenta de vinculaciones temporales. Aplica "sanción" ex "Pérez López"

No “Pérez López”

STSJ C-A Mad 7/11/16 (r82/16), refiriéndose a esta doctrina comunitaria como “recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea”,

"Aplicación interna"

Jurisdicción Social

Sector Privado

Sector Público

¿Aplicación doctrina "Pérez López" a Personal Laboral Sector Público?

Profesor Asociado de Universidad

STS 1/6/17 (r2890/15): a la luz de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE, declara que una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y **por atender a necesidades permanentes de la Universidad**

Doctrina seguida por STSJ CAT 28/7/17 (r3140/17). Ver también, STS 22/6/17 (r3047/15) – aunque siguiendo el planteamiento de la STJUE 13/3/14, C-190/13, Márquez Samohano.

STS 15/2/18 (r1089/16): Si profesor asociado mantiene actividad extraacadémica justifica la celebración y renovación de sus contratos (¿y abuso?)

Interinos

STSJ CAT 5/5/17 (r7411/16), aplicación de la doctrina Pérez López a una trabajadora laboral interina del Hospital Clínic que ha formalizado 268 contratos lícitos (263 de ellos de interinidad), declarándose el carácter indefinido no fijo de la relación porque se estima que se ha producido un abuso de derecho.

Jurisdicción C-A

Si "Diego Porras"

SJC-A A Coruña/2 30/06/17 (n120/2017); Bilbao/5 24/10/17 (r107/17); y 8/11/17 (177/17):
comparan temporales entre sí!

SSJC-A Vigo/1 14/12/17 y /2 (2) 8/1/18:

SJC-A BCN/9 17/10/17 (núm. 202/17): compara con indefinidos

No "Diego Porras"

STSJ C-A Mad 26/06/17 (r516/16): personal eventual "no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con las empleadas laborales" (**SSTSJ C-A MAD 27/10/17 (r280/17); 22/09/17 (r137/17)**).

– STSJ C-A Mad 20/06/17 (r511/16): Cese de funcionaria interina. La doctrina "de Diego Porras" no es aplicable al caso porque "el término de comparación a que se hace referencia en esa sentencia serían los funcionarios de carrera"

– SJC-A BCN/4 25/05/17 (n100/2017). Cese de funcionaria interina. No reconoce la indemnización conforme a la doctrina "de Diego Porras" porque "la citada sentencia hace referencia a una situación distinta a la que ahora nos ocupa, a saber la de una contratación dentro del ámbito laboral y, por ello, del derecho del trabajo".

– SJC-A BCN/13 8/06/17 (n136/2017). cese de personal estatutario interino. Se rechaza porque la diferencia de trato se pretende entre trabajadores laborales y estatutarios (y no entre trabajadores indefinidos y temporales) y ello queda fuera de la Directiva en doctrina "Pérez López".

– SJC-A Santiago Com/2 5/05/17 (n152/2017) cese de funcionario interino por incorporación de una titular de carrera al puesto que desempeñaba. No procede la aplicación de la doctrina Diego Porras y el consiguiente reconocimiento de una indemnización de 20 días. [Argumentación seguida por **SJC-A A Coruña/3 9/05/17, n81/2017**]

- SSJC-A Pamplona/2 26/1/18 (n59/18); Ourense/1 28/04/17 (n94/17); Ferrol/1 30/10/17 (n38/17); Lugo/2 7/11/17 (n269/17)

Si "Martínez Andrés/ Castrejana López"

STSJC-A Gal 7/06/17 (r7/17): reinserto de temporalidad en un puesto funcionario interino. En términos similares, **SSTSJC-A Gal (2) 14/06/17 (r2037 y 2037).**

SSTSJC-A PV (2) 12/12/16, Asunto Castrejana López (r735/13); y Asunto Martínez Andrés (r635/13)

STSJC-A Cyl.Val 22/12/17 (r465/17); SJC-A Pontevedra/1 20/11/17 (n22/17): evidencia de abuso + indemnización 20 días

SSTSJC-A Gal 20/04/16 (r528/15); y 21/03/17 (r195/16): las sucesivas nuevas la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, o efectos de cobertura del puesto de trabajo

STSJC-A Galicia 1/03/17 (r120/16): reponer a la trabajadora "en el puesto que venía desempeñando y mantenerla en el interinato no se procede a su cobertura en propiedad o se amortice".

SJC-A A Coruña/2 30/12/16 (r120/16): declara nulo el cese (con la consiguiente reposición) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza (**revocada por STJC-A Galicia 31/10/17 (r192/17)**)

No "Martínez Andrés/ Castrejana López"

STSJC-A Galicia 18/07/17 (r16/17): "no existe ni utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ni concatenación irregular de los contrataciones, ni, consiguientemente, fraude en los nombramientos". Tampoco "existe base alguna para considerar que los nombramientos fueron guía subir responsables permanentes de los respectivos órganos de la Administración de Justicia, sino transitorios y coyunturales de cada uno de ellos"

STSJC-A Galicia 1/02/17 (r147/14): no se constatan los abusos en la contratación que trata de eliminar dicha cadena de contratos

STSJC-A MAD 27/10/17 (r280/17): entiende que la Ley 15/99 prevé indistintamente adecuadas para evitar el abuso del personal eventual estatutario

SAN/C-A 6/4/17 (r7/2017) sucesivos nombramientos de los eventuales temporales interinos no es suficiente para determinar que su contratación ha sido irregular por abusiva en el marco de la 01999/70.

Si "Pérez López"

STSJ C-A And\Sevilla 30/09/16 (r250/15)

SJC-A Vigo 23/01/18 (r282/17): Extinción por cobertura reglamentaria de plaza de funcionaria interina, pero indemnización de 20 días por concatenación fraudulenta de vinculaciones temporales. Aplica "sanción" ex "Pérez López"

No "Pérez López"

STSJ C-A Mad 7/11/16 (r82/16), refiriéndose a esta doctrina comunitaria como "recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea",

¿Contratación administrativa irregular y Vis Atractiva jurisdicción social? STSJ Nav 15/2/18 (r47/18):

Informe Expertos + MEySS

Cuestiones prejudiciales (pendientes)

Informe Expertos + MEySS

Cuestiones prejudiciales (pendientes)

AATSJ GAL 05/04/17 (r4812/16); y 02/11/16 (r2279/16): contrato relevo

AJS/33 MAD 21/12/16: contrato de interinidad por vacante

ATS 25/10/17 (r3970/2016), "Diego Porras 2"

AATSJ Galicia (2) 27/12/17 (r3245/17; y r3105/17); y 29/12/17 (r2970/2017): fin obra y servicio vinculado a contrata + despido objetivo indefinidos

AJS/2 Terrassa 26/01/17: despido disciplinario indefinida no fija + art. 96.2 EBEP (Vernaza Ayovi)

AAJC-A MAD/8 y 14 de 30/1/18 (p193/17); y 16/2/18 (p205/17): 9 CP + sugiere 45 días para fin de nombramientos sucesivos abusivos

Conclusiones AG (Grupo Norte Facility [relevo] & Montero Mateos [interinidad])

Indemnización es "condición de empleo" + pero juicio de comparación no permite equiparar indemnizaciones

– En el contrato de duración determinada

"**la pérdida de su puesto de trabajo** (...) **es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa.** El propio trabajador **ha participado en el acuerdo contractual** que, más tarde o más temprano, hace irremediablemente que su relación laboral finalice, aun cuando él quizá albergue la esperanza, en vista de la larga duración de su empleo temporal, de que su relación laboral se consolide como la de un trabajador empleado con carácter indefinido".

– En cambio,

"**la extinción (anticipada) de una relación laboral —de duración determinada o de duración indefinida**— como consecuencia de una decisión del empresario por una causa objetiva (por ejemplo, por dificultades económicas del empresario que hacen ineludible una reducción de plantilla) **no es, por regla general, un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente**".

Además, en este caso, **la indemnización está pensada para compensar las expectativas frustradas sobre la continuidad de la relación laboral** (lo que no acontece en el contrato temporal, en los que la confianza en la continuidad "es mucho menos digna de protección").

Conclusiones AG (Vernaza Ayovi): CINF son temporales (!) + Derecho opción es condición de empleo (ojo a Prioridad Permanencia Fijos ex ap 3º DA 16ª)

¿Es posible una corrección doctrinal del TJUE?

es (pendientes)

Conclusiones AG (Grupo Norte Facility [relevo] & Montero Mateos [interinidad])

Indemnización es "condición de empleo" + pero juicio de comparación no permite equiparar indemnizaciones

– En el contrato de duración determinada

"**la pérdida de su puesto de trabajo** (...) **es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa.** El propio trabajador **ha participado en el acuerdo contractual** que, más tarde o más temprano, hace irremediablemente que su relación laboral finalice, aun cuando él quizá albergue la esperanza, en vista de la larga duración de su empleo temporal, de que su relación laboral se consolide como la de un trabajador empleado con carácter indefinido".

– En cambio,

"**la extinción (anticipada) de una relación laboral —de duración determinada o de duración indefinida—** como consecuencia de una decisión del empresario por una causa objetiva (por ejemplo, por dificultades económicas del empresario que hacen ineludible una reducción de plantilla) **no es, por regla general, un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente**".

Además, en este caso, **la indemnización está pensada para compensar las expectativas frustradas sobre la continuidad de la relación laboral** (lo que no acontece en el contrato temporal, en los que la confianza en la continuidad "es mucho menos digna de protección").

Conclusiones AG (Varnaza Ayavi): SINE

Puntos de conflicto/casación

– STSJ MAD 05/10/16 (rec. 264/14) – resolución caso “de Diego Porras” (ATS 25/10/17 (r3970/2016), "Diego Porras 2").

– sobre el abono de los 20 días en extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinidos no fijos:

por un lado, las SSTSJ Gal 30 y 17/01/17, r4245/16 y 3864/16; y 26/10/16, r2059/16; y Ast 08/11/16, r2142/16;

por otro lado, las SSTSJ CLM 14/12/16 (r1388/16); y MAD 05/12/16, (r820/16).

STS 28/03/17 (r1664/15)

¿Nueva CP? interinos vacante (temporal - 12 días) vs indefinidos no fijos (no temporal) - 20 días

Ojo Vernaza Ayovi

– sobre el abono de los 20 días en extinción ajustada a derecho de contratos temporales en empresas "no públicas"

por un lado, la STSJ AND\Málaga 16/11/16, r1539/16; y,

por otro lado, las SSTSJ PV 18/10/16 (r1872/16); y GAL 30/11/16 (r3277/16).

Interprivatus: ¿interpretación conforme + relectura normativa nacional ex D1999/70 (art. 49.1.c vs. 53 ET)? ¿Primacía Normativa interna + responsabilidad patrimonial Estado? ¿Arts. 20 y 21 CDFUE?

– sobre los requisitos formales a cumplimentar en estos supuestos extintivos

STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16): "efectos de no discriminación únicamente a la indemnización

- 20 días
Ojo Vernaza Ayovi

– sobre el abono de los 20 días en extinción ajustada a derecho de contratos temporales en empresas "no públicas"

por un lado, la STSJ AND\Málaga 16/11/16, r1539/16; y,

por otro lado, las SSTSJ PV 18/10/16 (r1872/16); y GAL 30/11/16 (r3277/16).

Interprivatus: ¿interpretación conforme + relectura normativa nacional ex D1999/70 (art. 49.1.c vs. 53 ET)? ¿Primacía Normativa interna + responsabilidad patrimonial Estado? ¿Arts. 20 y 21 CDFUE?

– sobre los requisitos formales a cumplimentar en estos supuestos extintivos

por un lado, STSJ Mad 05/10/16 (r264/14);

por otro, STSJ PV 18/10/16 (r1690/16).

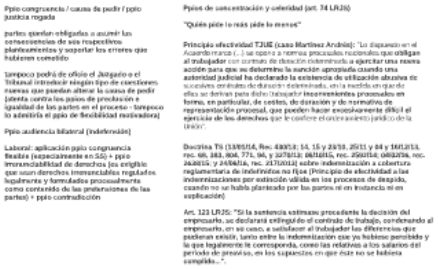
STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16): "efectos de no discriminación únicamente a la indemnización contemplada en el art 53.b) TRLET o si lo hace también al resto de previsiones formales allí establecidas; por tanto, al preaviso de la letra c) -aunque el plazo allí establecido es idéntico al del art. 49.1 c), siempre que el contrato haya tenido una duración superior al año-, a la necesidad o no de comunicación escrita con expresión de causa (letra a) y, en especial, a la simultaneidad entre la comunicación extintiva y la puesta a disposición de la indemnización pertinente.

– sobre los límites del principio de congruencia procesal

por un lado, STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16);

por otro lado – entre otras -, STSJ PV 15/11/16 (r1990/16).

¿Primacia derecho UE
vs.
Principios Procesales?



Ppio congruencia / causa de pedir / ppio justicia rogada

partes quedan obligadas a asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos y soportar los errores que hubieren cometido

tampoco podrá de oficio el Juzgador o el Tribunal introducir ningún tipo de cuestiones nuevas que puedan alterar la causa de pedir (abreta contra los ppios de preclusión e igualdad de las partes en el proceso - tampoco lo admitiría el ppio de flexibilidad motivadora)

Ppio audiencia bilateral (indefensión)

Laboral: aplicación ppio congruencia flexibra (apaciamente en SSJ) + ppio irrenunciabilidad de derechos (es evigible que sean derechos irrenunciables regulados legalmente y formulados procesalmente como contenido de las pretensiones de las partes) + ppio contradicción

Ppios de concentración y celeridad (art. 74 LRJS)

"Quién pide lo más pide lo menos"

Principio efectividad TJUE (caso Martínez Andrés): "La disparidad en el Acuerdo marco (...) se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración indeterminada 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 orden jurídico de la Unión"

Doctrina TS (13/05/14, Rec. 430/13; 14, 15 y 20/10, 25/11 y 04 y 16/12/13, rec. 66, 183, 304, 771, 96, y 2278/13; 06/10/15, rec. 250/14; 08/02/16, rec. 2638/15; y 24/06/16, rec. 2170/14) sobre indemnización a cobertura reglamentaria de indefinidos no fijos (Principio de efectividad a las indemnizaciones por extinción válida en los procesos de despido, cuando no se había planteado por las partes ni en instancia ni en suplicación)

Art. 123 LRJS: "Si la sentencia estimare 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 correspondía, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido..."

- sobre derecho a indemnización en fin contrato e inicio de nueva relación

por un lado SSTSJ Madrid 5,12 y 17/06/17, r344/17; r374/17; y r551/17);

¿Primacia derecho UE vs. Principios Procesales?

Ppio congruencia / causa de pedir / ppio justicia rogada

partes quedan obligadas a asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos y soportar los errores que hubieren cometido

tampoco podrá de oficio el Juzgado o el Tribunal introducir ningún tipo de cuestiones nuevas que puedan alterar la causa de pedir (atenta contra los ppios de preclusión e igualdad de las partes en el proceso - tampoco lo admitiría el ppio de flexibilidad motivadora)

Ppio audiencia bilateral (indefensión)

Laboral: aplicación ppio congruencia flexible (especialmente en SS) + ppio irrenunciabilidad de derechos (es exigible que sean derechos irrenunciables regulados legalmente y formulados procesalmente como contenido de las pretensiones de las partes) + ppio contradicción

Ppios de concentración y celeridad (art. 74 LRJS)

"Quién pide lo más pide lo menos"

Principio efectividad TJUE (caso Martínez Andrés): "Lo dispuesto en el Acuerdo marco (...) 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".

Doctrina TS (13/01/14, Rec 430/13; 14, 15 y 23/10, 25/11 y 04 y 16/12/13, rec. 68, 383, 804, 771, 94, y 3270/13; 06/10/15, rec. 2592/14; 04/02/16, rec. 2638/15; y 24/06/16, rec. 217/2013) sobre indemnización a cobertura reglamentaria de indefinidos no fijos (Principio de efectividad a las indemnizaciones por extinción válida en los procesos de despido, cuando no se había planteado por las partes ni en instancia ni en suplicación)

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...".

por otro, STSJ PV 18/10/16 (r1090/16).

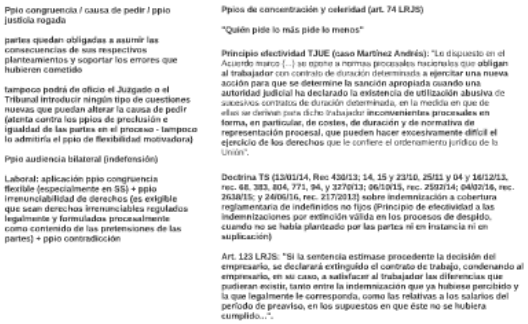
el contrato haya tenido una duración s
la necesidad o no de comunicación es
expresión de causa (letra a) y, en espe
simultaneidad entre la comunicación e
puesta a disposición de la indemnizac

– sobre los límites del principio de congruencia procesal

por un lado, STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16);

por otro lado – entre otras -, STSJ PV 15/11/16 (r1990/16).

¿Primacia derecho UE
vs.
Principios Procesales?



Ppio congruencia / causa de pedir / ppio justicia rogada

partes quedan obligadas a asumir las consecuencias de sus respectivos planteamientos y soportar los errores que hubieren cometido

tampoco podrá de oficio el Juzgado o el Tribunal introducir ningún tipo de cuestiones nuevas que puedan alterar la causa de pedir (atenta contra los ppios de preclusión e igualdad de las partes en el proceso - tampoco lo admitiría el ppio de flexibilidad motivadora)

Ppio audiencia bilateral (indefensión)

Laboral: aplicación ppio congruencia flexible (especialmente en SS) + ppio irrenunciabilidad de derechos (es exigible que sean derechos irrenunciables reguladas legalmente y formulados procesalmente como contenido de las pretensiones de las partes) + ppio contradicción

Ppios de concentración y celeridad (art. 74 LRJS)

"Quién pide lo más pide lo menos"

Principio efectividad TJUE (caso Martínez Andrés): "Lo dispuesto en el Acuerdo marco [...] 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".

Doctrina TS (13/01/14, Rec 430/13; 14, 15 y 23/10, 25/11 y 04 y 16/12/13, rec. 68, 383, 804, 771, 94, y 377/13; 06/10/15, rec. 259/14; 04/03/16, rec. 263/15; y 24/06/16, rec. 217/2013) sobre indemnización a cobertura reglamentaria de indefinidos no fijos (Principio de efectividad a las indemnizaciones por extinción válida en los procesos de despido, cuando no se haba planteado por las partes ni en instancia ni en suplicación)

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...".

- sobre derecho a indemnización en fin contrato e inicio de nueva relación

por un lado SSTSJ Madrid 5,12 y 17/06/17, r344/17; r374/17; y r551/17);

por otro, STSJ PV 18/07/17 (r1474/17).

- Asunto Martínez Andrés: se ha admitido a trámite un recurso de casación, **ATS\C-A 30/05/17 (r785/17)**: ¿naturaleza jurídica del personal reintegrado?

- Diego Porras: ATS\C-A 5/3/2018 (rec. 5801/2017): admisión a trámite RC para determinar si cese de un funcionario interino tiene o no derecho a indemnización

"Otras" controversias

¿Juicio de igualdad requiere siempre la separación de un

Modalidad procesal

ATS\C-A 30/05/17 (r785/17): ¿naturaleza jurídica del personal reintegrado?

- Diego Porras: ATS\C-A 5/3/2018 (rec. 5801/2017): admisión a trámite RC para determinar si cese de un funcionario interino tiene o no derecho a indemnización

"Otras" controversias

¿Juicio de igualdad requiere siempre la concreción de un trabajador fijo equiparable?

¿Qué indemnización?

VP STSJ PV 15/11/16 (r1990/16): el TJUE no especificara el importe de la indemnización. Los importes posibles hubieran podido ser: “La indemnización legal puede ser la de 20 días por año de servicio (Art. 53.1 b ET); o la de 33 días por año de servicio (Art. 56.1 ET); o la de un mes de salario (Art. 49.1 g ET)”.

STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16): "prevista para una extinción del artículo 53 TRLET -veinte días por año de antigüedad- o por el contrario el término de comparación, como se ha mantenido por algunos sectores, es del art. 49.1 c) TELET -doce días"

Modalidad procesal

STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16): "modalidad procesal que debe seguirse en estos casos, al ser posible articular la acción como una demanda por despido (máxime si se llega a la conclusión de la plena aplicación del art. 53 TRLET (...), como una reclamación de cantidad -lo que conlleva el debate anexo de la posible acumulación entre ésta acción y la anterior- o de tutela de derechos fundamentales -al operar una desigualdad en el contenido de la ley-, a lo que cabrá añadir la cuestión relativa al 'dies a quo' del plazo de prescripción"

¿Audiencia Previa?

STSJ CAT 30/12/16 (r3593/16): "parece aconsejable el trámite de audiencia en aquellos supuestos en los que se introduzcan por el tribunal 'ad quem' aspectos ajenos al recurso y a la impugnación, al afectarse en caso contrario al principio de confianza legítima, con posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (sigue STC 53/2005).

Valoración final

Disparidad Interpretativa/ Inseguridad jurídica

El problema de fondo ... (y una "posible solución" ...)

Costes extinción contratación temporal vs indefinida

Omisión (Legislador) costes de gestión/litigación + comportamiento estratégico destinatario de la norma (no paramétrico)

Diferencial entre despido objetivo/improcedente/ contrato temporal

Nueva distribución costes despido objetivo / mantener indemnización a 20 días a temporales (Diego Porras como oportunidad)

Federació de Municipis de Catalunya

Seminari Actualització de Funció Pública Local

Els darrers pronunciaments dels Tribunals espanyols i de la Unió Europea en matèria d'extincions de contractes laborals i de funcionaris interins

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Professor Agregat i Titular d'Universitat Acreditat

@ibdeheredia

Blog: www.ignasibeltran.com

Barcelona, 24 d'abril 2018

D1999/70 & el trío "sísmico"

"de Diego Porras" (CL 4ª - No Disc)

Calificación de la relación laboral + indemnización por extinción de la relación (reincorporación liberada ex RDL 20/12)

"Martínez Andrés" y "Castrejana López" (CL 5ª - no abuso)

Funcionario interino (arquitecto) y personal estatutario temporal eventual (auxiliar administrativo): relación de servicio extinguida

"Pérez López" (CL 5ª - no abuso)

Personal estatutario temporal eventual (enfermera): relación de servicio vigente

"Reacciones internas"

"Aplicación interna"

Jurisdicción Social

Jurisdicción C-A

Informe Expertos + MEySS

Cuestiones prejudiciales (pendientes)

¿Es posible una corrección doctrinal del TJUE?

Puntos de conflicto/casación

"Otras" controversias

Moltes gràcies!

Valoración final

Disparidad Interpretativa/ Inseguridad jurídica

El problema de fondo ... (y una "posible solución" ...)

Costes extinción contratación temporal vs indefinida

Omisión (Legislador) costes de gestión/litigación + comportamiento estratégico destinatario de la norma (no paramétrico)

Diferencial entre despido objetivo/improcedente/ contrato temporal

Nueva distribución costes despido objetivo / mantener indemnización a 20 días a temporales (Diego Porras como oportunidad)

Contratación temporal a la luz de la doctrina del TJUE contra el abuso y la discriminación: compendio de artículos

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado y TU acreditado. Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Dibujos: Teo & Bernat

Recopilación cronológica de los artículos publicados en el blog www.ignasibeltran.com de septiembre 2016 a abril 2018 sobre las tres sentencias de septiembre de 2016 del TJUE y su recepción interna.

Índice

- **Universidad y profesores asociados: ¿temporalidad indefinida?** 8
  A. Detalles del caso y fundamentación 8
  B. Valoración crítica 9

- **Extinción por fin de contrata y posible discriminación entre temporales e indefinidos ex Directiva 1999/70: 3 nuevas cuestiones prejudiciales** 12
  A. Detalles del caso y justificación 13
  B. Valoración crítica 14

- **Extinción injustificada y readmisión y derecho de opción del personal laboral del sector público (esperando la resolución del caso Vernaza Ayovi sobre el art. 96.2 EBEP)** 16
  A. Fundamentación 17
  B. Valoración crítica 17

- **Novedades Diego Porras: nueva cuestión prejudicial, no aplicación a deportistas profesionales y otras controversias** 20

- **Conclusiones de la AG en el Caso Vernaza Ayovi: los indefinidos no fijos son temporales y el derecho de opción del art. 96.2 EBEP discriminatorio** 22
  1. Síntesis de las principales conclusiones 22
  2. Valoración crítica 24

- **Últimas novedades en el caso "de Diego Porras" & Co.: volatilidad interpretativa 'in crescendo'** 26

A. Reconocimiento de indemnización *ex* Diego Porras 27

B. Reconocimiento de indemnización *sin seguir* Diego Porras 27

C. No reconocimiento de indemnización *ex* Diego Porras 27

D. Aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López" 29

E. No aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López" 29

F. (Brevísima) Valoración final 30

- **Nombramientos sucesivos de Médicos interinos y Médicos forenses interinos: ¿abuso a la luz de la Directiva 1999/70?** 31

1. SAN\C-A 6 de abril 2017 (rec. 7/2017) 31

A. Sucesión de nombramientos no describe un uso abusivo de la contratación temporal 32

B. El derecho a la carrera profesional no es una condición de trabajo comparable 33

2. STSJ\C-A CyL\Valladolid 22 de diciembre 2017 (rec. 485/2017) 34

3. Valoración crítica 35

- **¿El principio del fin de la doctrina "de Diego Porras"? (Conclusiones AG en Casos TJUE Grupo Norte Facility y Montero Mateos)** 37

A. Síntesis de los argumentos para negar la existencia de discriminación 37

B. Valoración crítica: 39

- **Nueva contratación tras fin de contrato temporal: ¿debe abonarse indemnización según Diego Porras?** 41

- **¿El principio de igualdad de trato ex art. 20 CDFUE justifica una indemnización de 20 días a contratos temporales según "Diego Porras"?** 44

1. Detalles del caso 45

2. Fundamentación 45

3. Valoración crítica 46

- **La contratación temporal y la jurisprudencia europea y aplicación por los tribunales internos (Ponencia)** 48

- **Crítica a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el caso Diego Porras: luces y sombras** 50

1. Reflexiones sobre las cuestiones 50
2. Algunas sombras siguen sobrevolando 52

- **Impacto del asunto "de Diego Porras" en la jurisdicción contencioso-administrativa**.....54

- **Contratos temporales, indemnización y caso "Diego Porras": controversias susceptibles de casación** 55
A. Conflictos interpretativos susceptibles de casación 55
B. ¿Indemnización 'ex' Diego Porras en sucesión de contratos temporales? 57
C. Valoración final 58

- **Doctrina "de Diego Porras": efectos colaterales (en readmisión 'ex' art. 96.2 EBEP y en jubilación anticipada)**.....59
A. La readmisión del art. 96.2 EBEP 60
B. Extinción contrato temporal eventual y acceso a la jubilación anticipada 60
3. Valoración crítica 61

- **Cese de funcionario y personal estatutario interinos e indemnización: discrepancias interpretativas (y alguna omisión relevante)**.....63
1. Los casos precedentes 63
2. La SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 65
3. Valoración crítica: y ¿el recurso a la cláusula 5ª? 66

- **Contratación temporal en la universidad: ¿un modelo en la encrucijada?**.....68
A. Fundamentación 69
B. Valoración crítica 71

- **Indemnización de 20 días a extinción de trabajador en misión de una ETT**.....73
1. Fundamentación 73
2. Valoración crítica 74

- **La contratación temporal y la extinción de los contratos a la luz de la situación creada por el asunto "de Diego Porras" (Ponencia)** 76

- **"Diego Porras": tensiones doctrinales a la luz de la STSJ Madrid 8 de mayo 2017 y de su Voto Particular** 78
1. Detalles del caso 78

2. Fundamentación 79
3. Valoración crítica: adhesión al Voto Particular 80

- **Contratación sucesiva y lícita de interina en hospital público y declaración de indefinida no fija por abuso de derecho** 83
1. Detalles del caso 83
2. Fundamentación 84
3. Valoración crítica 85

- **Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no? (STS 28/3/17 vs STS 30/3/17)** 87
1. ¿Los contratos indefinidos no fijos "vuelven" a ser temporales? 88
2. Valoración crítica: ¿es razonable pensar que pueda plantearse una nueva cuestión prejudicial? 89

- **¿Qué es un indefinido no fijo? (a propósito de la STS 28/3/17)** 90
Primera fase: vaivén doctrinal y posterior consolidación 91
Segunda fase: el cambio de naturaleza a partir de junio de 2014 93
Tercera fase: no son temporales (y, en tal caso, ¿en qué categoría de ineficacia contractual puede subsumirse la cobertura reglamentaria de la plaza?) 94
Reflexión final: ¿una nueva desigualdad a la luz del Acuerdo Marco? 95

- **TS: Indemnización de 20 días a cobertura reglamentaria de indefinido no fijo (sin aplicar Diego Porras)** 97

- **Impacto en la función pública y en la jurisdicción contenciosa administrativa de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 sobre contratación temporal (Ponencia)** 100

- **Contratos temporales: esperando el dictamen del TJUE (Tribuna)** 102

- **Contratos temporales, Tribunales e incertidumbres (Tribuna Expansión)** 104

- **Funcionarios interinos, doctrina TJUE "Castrejana López" y derecho a readmisión obligatoria previa a declaración de indefinidos no fijos (y ¿es extensible al ámbito laboral?)** 106
1. Detalles del caso y fundamentación 108
2. Valoración crítica: en caso de extinción, la calificación de indefinido no fijo no implica un derecho previo a la readmisión forzosa (o ¿a partir de ahora si?) 108

3. Conclusión final 111

- **Una alternativa al contrato único (Tribuna: Agenda Pública)** 112

- **Indefinidos no fijos, cobertura de vacante e indemnización según "de Diego Porras"** ... 114

Primero: indefinidos no fijos deben recibir la misma protección que los interinos por vacante 115

Segundo: el efecto útil de la Directiva 1999/70 induce a pensar que la compensación debe ser de 20 días. 117

Tercero: la STS 7 de noviembre 2016 corroboraría esta tesis. 118

Conclusión 118

- **Diego Porras: STSJ País Vasco reconoce 20 días a interino por sustitución de empresa privada (y un importante voto particular)** 119

1. Fundamentación de la sentencia: 119

2. El voto particular: crítica contundente al TJUE y a la cuestión prejudicial del TSJ Madrid 120

3. Valoración crítica: un nuevo episodio de la saga. 122

- **Diego Porras: El carácter privado de la empleadora impide indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio (STSJ Andalucía 16/11, rec. 1539/16)** 124

Detalles del caso 125

Fundamentación del fallo 125

Valoración crítica: un fallo ajustado (y la casación está servida). 126

- **Un nuevo episodio "de Diego Porras": Extinción de contrato eventual e indemnización de 20 días según el TSJ Andalucía (y controversias pendientes)** 128

1. Detalles del caso 129

2. Fundamentación de la sentencia 129

3. Valoración crítica 131

4. Valoración final: controversias pendientes (ETT, período de prueba, apoyo emprendedores, condición, contratos formativos, primer empleo joven, relevo y contratos temporales con discapacitados, indefinidos no fijos y requisitos formales) 133

- **El TS no reconoce la indemnización de 20 días a la extinción de un interino** 137

1. Detalles del caso 137

2. Fundamentación de la sentencia 138

3. Valoración crítica: ¿prevalecerán los aspectos procesales en los casos 'sub iudice' para no aplicar "de Diego Porras"?.....139

- **Extinción (injustificada) de un indefinido no fijo: límites de la doctrina TJUE "de Diego Porras"** 141

1. Los detalles del caso 142

2. Fundamentación de la sentencia.....142

3. Valoración crítica: ¿porqué se recurre en este caso a la doctrina "de Diego Porras"?.143

- **Indemnización de 20 días por extinción de contrato de obra y servicio en sector público y privado: análisis crítico a SSTSJ País Vasco (2) 18/10/16** 145

La Sentencia "1962/16" ("sector público").....146

1. Detalles del caso: 146

2. Fundamentación del fallo 146

La Sentencia "1872/2016" ("sector privado") 148

1. Detalles del caso: 148

2. Fundamentación de la sentencia.....149

3. Valoración crítica a las sentencias "1962/16" y "1872/16".....150

A. En el plano procesal.....150

B. En el plano sustantivo.....150

4. Conclusión.....152

- **Extensión de indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio: objeciones a la STSJ País Vasco 18/10/16**.....153

- **Doctrina TJUE "de Diego Porras": Primeras reacciones judiciales (STSJ Madrid 5/10/16)** 157

Conclusión principal:.....157

Valoración sobre la licitud del contrato temporal:.....158

Valoración sobre la justificación de la equiparación del importe indemnizatorio de los interinos y los indefinidos por causas objetivas 158

Conclusión (provisional).....159

- **Más valoraciones críticas sobre el caso del TJUE "de Diego Porras"** 161

- **Sobre la indemnización de los interinos y su posible extensión al resto de contratos temporales (Caso TJUE "de Diego Porras")** 163

- **Tribuna: La extinción de un contrato de trabajo y sus costes** 169

- **Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE "de Diego Porras")** 171

1. Las cuestiones prejudiciales 172
2. Las respuestas a las cuestiones prejudiciales 173

Sobre la primera cuestión: 173

Sobre la segunda y tercera cuestión 173

3. Valoración crítica 174

- **Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina "de Diego Porras" (ABR'18)** 177

A. Sentencias TJUE 178

B. "Diego Porras": sentencias sector "privado" 179

C. "Diego Porras": sentencias Personal Laboral sector "público" 183

D. Efectos colaterales Diego Porras 198

E. ¿Aplicación doctrina "Pérez López" a Personal Laboral Sector Público? 199

E. Sentencias Funcionarios y Personal Estatutario 201

G. Cuestiones prejudiciales al TJUE 209

H. Informe expertos 215

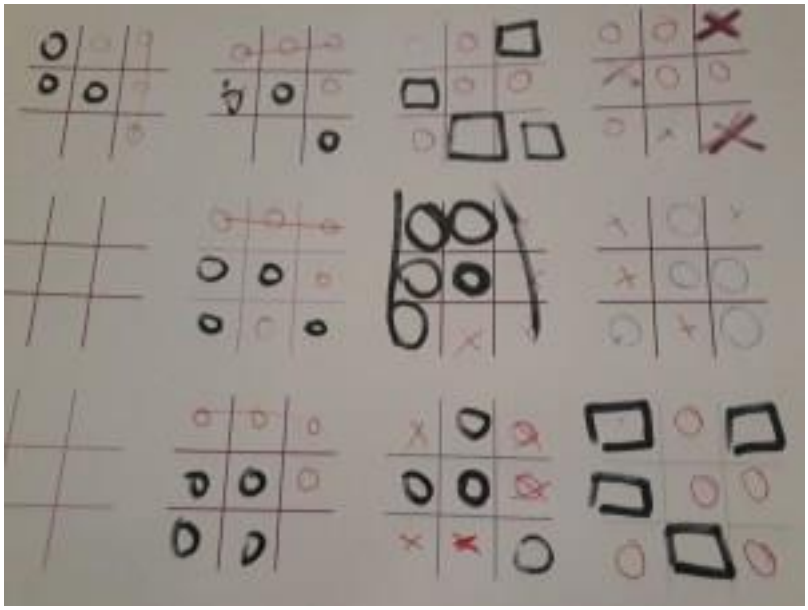
I. Comentarios Críticos 215

Universidad y profesores asociados: ¿temporalidad indefinida?

15 marzo, 2018 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

http://ignasibeltran.com/2018/03/15/universidad-y-profesores-asociados-temporalidad-indefinida/



El modelo de relaciones laborales universitario sufrió una importante "sacudida" a propósito de las SSTS 1 y 22 de junio de 2017 (rec. 2890/2015 y rec. 3047/2015). En ellas, el Alto Tribunal calificaba las contrataciones de sendos profesores asociados en fraude de ley. Aspectos que fueron objeto de análisis en esta entrada del blog y, más en profundidad, en este artículopublicado en la Revista Eunomía.

La cuestión es que el TS acaba de dictar una nueva sentencia (fechada el 15 de febrero 2018, rec. 1089/2016) en la que, sosteniendo que se alinea con la doctrina de estos dos precedentes, ha dictaminado que la sucesión de contratos temporales durante un período de 30 años en la Universidad es ajustada a derecho porque, en esencia, ha quedado acreditado que el profesor ejercía una actividad extraacadémica.

El texto ya ha merecido un pormenorizado (y crítico) análisis por parte del Profesor Rojo (que comparto), lo que me permite centrarme en los aspectos que estimo más relevantes (de hecho, espero que al profesor Rojo no le importe que el título de esta entrada se "aproxime" al "espíritu" del suyo) .

A. Detalles del caso y fundamentación

En el presente caso, el actor vino prestando servicios durante más de 30 años para la Universidad, mediante "contratos administrativos de colaboración temporal", que luego pasaron a ser "contratos de profesorado" y, finalmente, mediante "contrato laboral de personal docente e investigador".

La STSJ País Vasco 12 de enero 2016 (rec. 2267/2015) entiende que tal historial revela que la actividad no era coyuntural, sino permanente y duradera, de modo que no puede cubrirse con contratos temporales porque no se ajusta a lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, en la interpretación que ha dado la STJUE de 13 de marzo de 2014.

Disconforme, la Universidad del País Vasco interpone recurso de casación, aportando como sentencia de contraste la STSJ Cataluña 5 de enero 2015 (rec. 6114/2014). En este caso, se resuelve un supuesto de despido de una profesora asociada que había suscrito contratos de duración determinada a tiempo parcial con la Universitat Rovira i Virgili desde el 12 de septiembre de 2008 a septiembre de 2013, para impartir docencia en la asignatura de Proyectos y Urbanismo del grado de titulación de Arquitectura. El TSJ de Cataluña rechaza que exista fraude de ley en la contratación porque debe distinguirse entre actividades de carácter provisional y la actividad ordinaria, considerando que el caso de la demanda responde a la primera.

En sede casacional, superado el juicio de contradicción y entrando en el fondo, la sentencia advierte que

"en este caso no se está cuestionando que la parte actora no reúne el requisito esencial de la relación de trabajo como es el de ejercicio de una actividad profesional ajena al ámbito universitario, como tampoco se cuestiona que la actividad profesional y la docente del demandante se refieren a la misma materia".

A partir de aquí y, tras hacer una pormenorizada exposición del marco normativo aplicable a los docentes universitarios, concluye

"en marco de la docencia universitaria, las modalidades de contratación laboral tienen un sistema y régimen jurídico propio, que deberá ser respetado y que, precisamente, por ello, será su incumplimiento el que permita declarar en tales casos la existencia de utilización fraudulenta de cada una de las modalidades en cuestión".

Y, tomando como referencua este régimen – siguiendo con la argumentación de la sentencia -,

"se advierte que, salvo el Profesor Asociado, el resto del personal contratado tiene como actividad principal la docencia, en distintos ámbitos. Y de todo ese personal al Profesor Asociado, al igual que al Profesor Visitante, se le contrata para que aporte en la docencia una experiencia profesional externa.

Precisamente es éste el elemento que configura la contratación del Profesor Asociado y le dota de la naturaleza temporal que le ha sido asignada, ofreciendo con ello una razón objetiva que identifica el contrato".

Aspecto esencial, pues, para el TS, se convierte en la razón objetiva que justifica esta modalidad contractual y, por ende, su incumplimiento permite declarar la existencia de su utilización fraudulenta.

Y, llegados a este extremo y tras sintetizar la doctrina del TJUE en el caso Márquez Samohano (C-190/13), el Alto Tribunal, asumiendo que los profesores asociados "siempre va a cubrir una enseñanza necesaria y permanente del centro docente" (y destacando las diferencias con respecto a sus resoluciones de junio de 2017), entiende que concurren las motivos que objetivamente justifican esta modalidad de contratación porque, en esencia

"El actor mantiene una actividad extraacadémica, que justificaría la celebración y renovación de sus contratos como profesor asociado, sin que se den otros elementos".

B. Valoración crítica

Alineándome con el posicionamiento crítico del Profesor Rojo, no comparto el fallo de la Tribunal Supremo. Especialmente, porque concurren dos dimensiones claramente diferenciadas (y que, en mi modesta opinión, se presentan como indistintas en la fundamentación de la sentencia):

– **Primera**: porque, a mi entender, la "experiencia profesional externa" (y la consiguiente actividad extraacadémica que la sustenta) no puede ser calificada como una "causa" de temporalidad (el TS

entiende que es “el elemento esencial del contrato al vincular el objeto de docencia a la actividad profesional”).

En todo caso, a mi entender, es un elemento “objetivo” que describe un contrato temporal “acausal”, sometido únicamente a un término (si se me permite) “puro” (de un modo similar a como se prevé en el contrato temporal “primer empleo joven”). Y, por ende, como se apuntará en el punto que sigue, susceptible de padecer por esta circunstancia un mayor uso abusivo.

Y, como apunta la propia sentencia (y comparto plenamente) es claro que el incumplimiento de este requisito (objetivo) automáticamente provoca que el contrato deba ser calificado en fraude de ley.

– **Segunda**: compartiendo el criterio del Profesor Rojo, el “formalismo” del TS en la sentencia de febrero de 2018 (excesivo en mi opinión) da a entender que el mero mantenimiento de la actividad extraacadémica disipa toda evaluación sobre una eventual existencia de un abuso en la sucesiva contratación temporal.

En contra de esta afirmación, el hecho de que concurra este elemento “objetivo” que posibilita la celebración de un contrato a término, com he avanzado, no empece que pueda declararse la existencia de un abuso en la sucesión de contratos temporales que se formalicen cumpliendo con este requisito (el art. 15.5 ET es una clara muestra de este lógica). Y, a mayor abudamiento en estos casos, pues, no hay propiamente “causa de temporalidad” y sí meramente “término”.

De hecho, el TJUE en el caso Márquez Samohano parece querer dejar claro esta distinción cuando, una vez admitida esta modalidad de contratación temporal, y a propósito de su renovación, afirma (ap. 55 y 56):

“la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, no está justificada a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco (…).

En efecto, esa utilización de los contratos o de las relaciones laborales de duración determinada se opondría directamente a la premisa en la que se basa el Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de la relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades”.

De hecho, si bien es cierto que en la sentencia de 15 de febrero 2018 (rec. 1089/2016) el TS se refiere con cierto detalle a la doctrina Márquez Samohano, creo que es interesante recuperar la síntesis que de la misma doctrina hace la sentencia 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015), porque explícitamente parece querer resaltar esta segunda dimensión también:

“c) Incumbe al órgano judicial interno comprobar en cada caso que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada en cuestión trata realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la reguladora de la contratación de profesores asociados no sea utilizada, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas ordinarias en materia de contratación de personal docente. Y ello porque la renovación de tales contratos temporales debe corresponderse a una necesidad real de lograr el objetivo pretendido por los mismos e inherente a su propia configuración contractual.

d) La renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, cuando no están conectadas con la finalidad de la modalidad contractual elegida, no está justificada a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo Marco puesto que no pueden utilizarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente y alejadas de la configuración finalista del propio contrato utilizado”.

De hecho, creo que no es casualidad que en esta sentencia de 1 de junio de 2017 el TS también citara la doctrina del TJUE en el caso Pérez López (que gravita sobre la cláusula 5ª del Acuerdo Marco) afirmando:

“la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y que una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal”.

Repárese también que este es el planteamiento que han seguido recientemente la SJS/5 Donostia 27 de noviembre 2017 (núm. 382/17) y la SJS/3 Ourense 2 de febrero 2018 (núm. 58/2018). Sendos casos se refieren a profesores asociados, a los que, estando sus relaciones contractuales vigentes, se les ha declarado (siguiendo esta doctrina del TS de junio de 2017) la relación indefinida dado el carácter abusivo de sus sucesivas contrataciones (la primera sentencia es firme y la segunda ha sido recurrida). En este sentido, quiero agradecer a los compañeros David Pena Díaz, Antón Lois Fernández y al Sindicato de Apoyo Mutuo (SiAM) la deferencia al hacerme llegar las sentencias.

A mayor abundamiento, el TJUE en el caso Márquez Samohano parece condicionar la licitud del modelo de contratación al carácter temporal o, si me permiten, “transitorio” de la situación del profesor asociado. Así parece desprenderse cuando afirma (ap. 57) 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**…”. [la negrita es mía].

Pues bien, teniendo en cuenta esta doctrina y volviendo al caso concreto de la sentencia del TS de febrero de 2018, creo que es díficil sostener que la relación es “temporal” (o “transitoria”), si el profesor ha permanecido en esta situación durante 30 años (!).

Controversia que, a mi entender, se acrecienta si el marco legal no lleva aparejado ninguna medida explícita dirigida a evitar el uso abusivo. En este sentido, creo que es muy discutible que una disposición que establece que “No existirá límite de contratos sucesivos” (*ex* art. 23.3 Ley 3/2004 del Sistema Universitario Vasco) se ajuste al clausulado de la Directiva 1999/70, especialmente si se trata de una modalidad que no está sujeta a una causa de temporalidad y sí a un mero término.

Así pues, concluyendo, no comparto el razonamiento del TS. Y, si me permiten una opinión personal, la elevada tasa de temporalidad del mercado de trabajo español (en clara expansión) no precisa, ciertamente, de criterios hermenéuticos que la estimulen.

Lamentablemente, estos casos no son aislados en el mundo universitario, de modo que, a la luz de este nuevo criterio jurisprudencial (que ratifica un modelo que fomenta el abuso y, con él, la precariedad), no es descartable que algún Juzgado o Tribunal opte por plantear una nueva cuestión prejudicial al TJUE.

Por cierto, si no las han contado, en relación al (manifiesto des)ajuste de nuestro derecho interno a la Directiva 1999/70, el TJUE tiene 10 cuestiones prejudiciales pendientes de resolución. Casi nada…

Extinción por fin de contrata y posible discriminación entre temporales e indefinidos ex Directiva 1999/70: 3 nuevas cuestiones prejudiciales

26 febrero, 2018 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

http://ignasibeltran.com/2018/02/26/extincion-por-fin-de-contrata-y-posible-discriminacion-entre-temporales-e-indefinidos-ex-directiva-1999-70-3-nuevas-cuestiones-prejudiciales/

En una entrada reciente he abordado el análisis crítico de la STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017) que, en esencia, aplica el art. 20 CDFUE (esto es, el principio de igualdad de trato) para reconocer una indemnización de 20 días en la extinción del contrato de un trabajador interino (bombero) de AENA por cobertura de plaza.

Entonces, sostenía que la argumentación de este pronunciamiento es particularmente sugerente; y, en especial, para los casos asociados al fin de una contrata (que no era el supuesto del caso enjuiciado). En efecto, el fin de una contrata puede implicar una extinción de un contrato de obra y servicio y, a su vez, justificar una resolución por "causa de empresa", evidenciándose un trato desigual en los importes indemnizatorios.

No obstante, como he apuntado en otras ocasiones, aunque se entienda que la CDFUE es aplicable (mediante el art. 20 o el art. 21) o, incluso, el art. 14 CE, para que la equiparación compensatoria sea exigible, es necesario (o, mejor dicho, absolutamente imprescindible) recurrir a una "interpretación extensiva" del concepto "condición de trabajo" que integre a las indemnizaciones.

Y, para ello, es necesario (si o si) recurrir a la Directiva (y a la interpretación de la misma por parte del TJUE); y, por consiguiente, debe ser aplicable al supuesto enjuiciado (y en las relaciones entre privados esto no es fácil de sostener), especialmente, porque (hasta donde mi conocimiento alcanza) esta conceptuación "extensiva" es inexistente en nuestro ordenamiento jurídico interno.

De otro modo, aunque se recurra a los arts. 20 y 21 de la CDFUE o al art. 14 CE, es muy difícil impedir que la lógica jurídica interna se despliegue de forma ordinaria y, por ende, el "término" describa un supuesto

de ineficacia contractual distinto a la “resolución” y, por consiguiente, la disparidad de tratamiento en uno y otro caso quede justificada.

Pues bien, esta extensa síntesis sirve de introducción para exponer el contenido de las (3) cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia a propósito de las diferencias indemnizatorias derivadas de la extinción de una contrata para los contratos de obra y servicio cuya duración esté vinculada a la misma y de la prevista para los contratos indefinidos en las resoluciones por “causas de empresa” (Autos [2] 27 de diciembre 2017, rec. 3245/2017; y rec. 3105/2017; y 29 de diciembre 2017, rec. 2970/2017). Asuntos que, si no estoy equivocado, *podrían*corresponderse con la siguiente numeración: C-44/18, C-30/18 y C-29/18 (aunque no puedo confirmarlo todavía).

Veamos los detalles del caso y la justificación del TSJ de Galicia para plantear las 3 cuestiones prejudiciales (idénticas):

A. Detalles del caso y justificación

El origen de la controversia se halla en la decisión de Unión Fenosa de poner fin a la contrata consistente en la lectura de los contadores de suministro a sus clientes y órdenes de servicios domiciliarios llevada a cabo por Cobra Servicios auxiliares y la consiguiente extinción de ésta de los contratos de obra y servicios vinculados a la duración de la misma y que no han superado los 3 años (con el paralelo inicio de los trámites para el despido de 72 trabajadores indefinidos que también prestaban estos servicios).

El TSJ de Galicia, después de reproducir la normativa y la doctrina jurisprudencial aplicable, justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial en los motivos siguientes:

Partiendo de la base de que el contrato de obra o servicios vinculado a la duración de una contrata es un contrato temporal, la distinta indemnización prevista con respecto a los trabajadores indefinidos que ven extinguido el contrato en virtud de un despido colectivo describe una diferencia de trato en relación a una “condición de trabajo” (*ex* “de Diego Porras”).

No obstante, en tanto que esta distinción en la normativa deriva de la distinta causa extintiva (un término y una “situación sobrevenida, ajena a la duración del vínculo, pero que justifica empresarialmente en este caso la resolución del mismo”), el TSJ entiende que “cabe la duda de la existencia de razones objetivas por falta de equivalencia en las condiciones de la extinción del contrato, que justificarían la diferencia de trato”.

Dudas, a partir de las cuales, surge la primera cuestión:

1/ ¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa Nacional que en virtud de un mismo supuesto de hecho (la terminación de la contrata entre la empleadora y una tercera empresa por voluntad de esta última), prevé una indemnización menor para la extinción de un contrato de duración determinada por obra o servicio consistente en la duración de dicha contrata, que para la extinción de los contratos indefinidos de trabajadores comparables, por despido colectivo justificado por causas empresariales productivas derivadas de la terminación de la citada contrata?

Para el caso de que se dé respuesta afirmativa a esta primera pregunta, el TSJ prosigue su argumentación constatando que se trata de una relación ‘inter privatus’ y concluyendo que la literalidad del art. 49.1.C ET impide acudir a la interpretación conforme.

Lo que lleva a cuestionarse si, siguiendo la doctrina “Mangold”, “Kükükdeveci”, “Prigge” y “Dansk Industri”, puede dejar de aplicar el derecho interno contrario al principio de no discriminación.

A sabiendas que la contratación temporal no aparece expresamente contemplada en el art. 21 CDFUE, como supuesto de discriminación “en particular”, entiende que a la luz de los casos “Gavieiro y Torres” y “de Diego Porras”,

“parece entenderse que la prohibición de diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales dimana de los Principios de Igualdad y no discriminación de la Unión, contemplados en los arts. 20 y 21 de la Carta y aplicables por imperativo del art. 6 TUE, por lo que en tal caso, la Sala como órgano jurisdiccional comunitario, estaría obligada a inaplicar el art. 49.1.c) ET, en cuanto a la indemnización allí prevista, para cumplir con el objetivo que marca la Directiva 1999/70”.

Reflexión a partir de la cual surge la segunda cuestión a plantear:

2/ De ser la respuesta positiva: ¿Ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual justificada por idéntica circunstancia fáctica aun con amparo en causa legal, entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores indefinidos comparables, constituye una discriminación de las prohibidas en el Art. 21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación de los Arts. 20 y 21 de la Carta, que forman parte de los Principios Generales del Derecho de la Unión?

B. Valoración crítica

Sigo pensando, como he expuesto al inicio de esta entrada, que, si se trata de una relación *inter privatus* y no puede acudirse a la interpretación conforme, la premisa de partida de la cuestión prejudicial (existencia de una diferencia de trato entre temporales e indefinidos) carece de fundamento. En concreto, porque, si no se puede aplicar la Directiva, no puede acudirse a ninguna doctrina que la interprete (y, en concreto, la del caso “de Diego Porras”) y, en consecuencia, tampoco puede afirmarse que la indemnización por la extinción del contrato es una “condición de trabajo”. Luego (siempre salvo mejor doctrina), si se acepta la validez de esta secuencia, no puede afirmarse que se da una trato diferenciado que permita acudir a la CDFUE. Por este motivo, parace que sólo cabría exigir responsabilidad al Estado.

En paralelo, también creo que es discutible la interpretación “extensiva” de los supuestos de discriminación listados en el art. 21 CDFUE que sugiere el TSJ de Galicia. En este sentido, creo que la vía utilizada por la STSJ CyL\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017) – acudiendo al art. 20 CDFUE – es menos controvertida (en términos similares, también se han pronunciado, que tenga constancia, las SSTSJ CyL\Valladolid 4 y 26 de diciembre 2017, rec. 1447/2017; y rec. 1985/2017).

Por otra parte, estas cuestiones también son relevantes porque, al plantear la posible aplicación de la CDFUE a estos casos, complementaría la respuesta que el TJUE acabará dando a los casos “Grupo Norte Facility”, “Montero Mateos” y “de Diego Porras 2”. Especialmente, si el TJUE acaba confirmando el criterio de la AG mantenido en los dos primeros casos (ver aquí) y, a pesar de ello, algunos Tribunales internos siguen reclamando la equiparación indemnizatoria a través de la CDFUE.

No obstante, a estas alturas, es difícil predecir lo pueda acabar dictaminando el TJUE al respecto (y, dicho sea de paso, no sé si no hubiera sido mejor que el TSJ de Galicia hubiera planteado una única cuestión, suspendiendo el resto de actuaciones por auto).

En todo caso, para el supuesto que el TJUE entienda que, efectivamente, existe una diferencia de trato injustificada, será difícil mantener la vigencia de la (controvertida) doctrina del TS que permite vincular la duración del contrato de obra o servicio a la duración de la contrata. Lo que, si así sucede, tendría un indudable impacto en el mercado de trabajo interno.

También creo que puede ser útil recordar la reciente cuestión prejudicial planteada por el JC-A núm. 14 de Madrid 9 de enero 2018 (proc. 205/2017), en relación con el derecho a la indemnización por finalización de servicios, del personal funcionario y estatutario de carácter interino o temporal.

A la luz de lo expuesto, está claro que la “saga” continua (le queda cuerda para rato…). Habrá que esperar a los sucesivos desenlaces de las tramas, sin descartar nuevos golpes de guión …

Extinción injustificada y readmisión y derecho de opción del personal laboral del sector público (esperando la resolución del caso Vernaza Ayovi sobre el art. 96.2 EBEP)

19 febrero, 2018 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

http://ignasibeltran.com/2018/02/19/extincion-injustificada-y-readmision-y-derecho-de-opcion-del-personal-laboral-del-sector-publico-esperando-la-resolucion-del-caso-vernaza-ayovi-sobre-el-art-96-2-ebep/

La readmisión en caso de despido disciplinario improcedente recogido en el art. 96.2 EBEP, como se sabe, está pendiente de que el TJUE resuelva una cuestión prejudicial (caso Vernaza Ayovi, C-96/17), en aras a determinar si debe ser extensible también a los trabajadores temporales y a los indefinidos no fijos en virtud del principio de no discriminación (ver al respecto en estas entradas).

Esta doctrina podría tener un impacto notable, pues, a partir del controvertido concepto expansivo de "condición de trabajo" que defiende el TJUE, probablemente, también podría acabar comprometiendo la validez de la prioridad de permanencia de los trabajadores fijos prevista en el apartado 3º de la DA 16ª del ET en caso de despido colectivo.

A nivel interno, mientras el TJUE no se pronuncie, se ha suscitado una controversia (aunque tiene ya cierto recorrido como se analizará) alrededor de si el derecho de opción reconocido convencionalmente debe extenderse también a los casos de despido improcedente derivado de una extinción de un contrato temporal fraudulento, con el consiguiente reconocimiento previo de la condición de indefinido no fijo (y por tanto no de un "despido disciplinario"). La STS 22 de noviembre 2017 (rec. 750/2016) ha abordado esta cuestión, desestimando esta posibilidad (rectificando el criterio de la STSJ Andalucía\Sevilla de 18 de noviembre de 2015, rec. 2585/2014).

Veamos, a continuación, los detalles de la fundamentación y, posteriormente, permítanme que comparta algunas reflexiones sobre el eventual impacto que podrían tener las citadas conclusiones de la AG sobre esta cuestión si, finalmente, el TJUE confirmara su criterio.

A. Fundamentación

El conflicto se plantea a raíz de la extinción de un contrato temporal de un arquitecto técnico de un Ayuntamiento (cuya relación contractual se ha mantenido durante sucesivos contratos temporales eventuales y por obra y servicio desde el año 2006 al 2012). Formulada demanda por el actor en reclamación por despido, la sentencia de instancia desestima la demanda, apreciando la excepción de falta de acción, al haber sido el actor contratado de nuevo por el ente local demandado.

Sin embargo, la STSJ Andalucía\Sevilla de 18 de noviembre de 2015 (rec. 2585/2014), estima los recursos de suplicación del trabajador y del Ayuntamiento, y con revocación de la de instancia, estima la demanda y declara el despido improcedente, con opción al actor, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión o la indemnización. Sostiene que la relación que le vinculaba con la Corporación era de trabajador indefinido no fijo, dada la contratación temporal fraudulenta, resultando que la cuestión del fraude no ha sido objeto de controversia en suplicación. Califica el cese de despido improcedente por falta de causa, concediendo al actor ejercicio de la opción correspondiente, al considerar que le incumbe esta facultad, según el Convenio Colectivo de aplicación.

En concreto, el citado Convenio establece, bajo la rúbrica de "despido disciplinario", lo siguiente:

"Artículo 14. Despidos. El personal laboral fijo cuando el despido sea declarado improcedente por resolución judicial, la opción entre la indemnización o la readmisión le corresponderá siempre al trabajador.

En los demás casos estará dispuesto en la Legislación vigente".

Disconforme, el Ayuntamiento formula un recurso de casación, aportando como sentencia de contraste la STS 25 de septiembre de 2012 (rec. 3298/2011) que examina el supuesto de un trabajador formalmente contratado como temporal por el Ayuntamiento de Camas, y que es declarado indefinido no fijo. El cese se declara improcedente, otorgando el derecho de opción al ente local.

La Sala IV considera que en el convenio se atribuye al trabajador la facultad de acción solamente cuando se trata de despidos disciplinarios luego declarados improcedentes, lo que no es el caso puesto que aquí no se alega causa disciplinaria alguna sino que la improcedencia deriva de la consideración que hace la sentencia de que los contratos de la actora dejaron de ser temporales transformándose en contratos por tiempo indefinido, aunque no fijos de plantilla, por haberse infringido los límites establecidos en el art. 15 del ET, de modo que el cese acordado por supuesta terminación del contrato supone un despido sin causa y por tanto improcedente.

La STS 22 de noviembre 2017 (rec. 750/2016) mantendrá el mismo criterio, sobre la base de que "En el supuesto examinado, el demandante no es 'personal laboral fijo', ni ha sido objeto de un 'despido' disciplinario, por lo que no procede atribuirle la opción prevista en la norma convencional".

B. Valoración crítica

La cuestión que se suscita es si el derecho de opción convencionalmente reconocido debe circunscribirse únicamente a los casos que graviten sobre un expediente disciplinario, o bien, puede extenderse a otras extinciones injustificadas (sin entrar a valorar si, al reconocer un "derecho de opción", estas disposiciones convencionales suponen una *reformatio in peius*respecto de la "readmisión" que proclama el art. 96.2 EBEP en los despidos disciplinarios).

De hecho, como se ha avanzado, debe recordarse que la jurisprudencia, en un primer momento, entendió que efectivamente debía extenderse a cualquier supuesto extintivo y, especialmente, en caso de fraude de ley en la contratación temporal (entre otras, STS 16 de diciembre 2009, rec. 1691/2009). Doctrina que, posteriormente, fue rectificada (por todas, SSTS 11 de julio 2012, rec. 4157/2011; 25 de septiembre 2012, rec. 3298/2011; y 22 de marzo 2013, rec. 841/2012).

Y, respecto de la literalidad del EBEP, explícitamente, la STS 4 de noviembre 2011 (rec. 88/2010) establece que

"Para que proceda la aplicación de este precepto han de darse los siguientes requisitos:

a) Que se trate de personal laboral fijo. El artículo 8 del EBEP establece la clasificación de los empleados públicos, señalando en el apartado c): 'Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal'. Por su parte el artículo 11 señala que 'Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal'.

b) Que el despido sea declarado improcedente. El artículo 96.1 b) del EBEP prevé como sanción: 'Despido disciplinario del personal laboral, que solo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las desempeñadas'.

c) Que se haya acordado el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave. El artículo 98 del EBEP regula el procedimiento disciplinario, disponiendo en el apartado 1 que 'No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido'. Por su parte el apartado 2 dispone que 'El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos'".

De hecho, la doctrina judicial ha negado la aplicación del art. 96.2 EBEP en caso de extinción por cumplimiento del término de contrato temporal ilícito (entre otras, STSJ Galicia 26 de julio 2016, rec. 1197/2016).

Y, el criterio descrito en la STS 4 de noviembre 2011 (rec. 88/2010) parece que también impediría la readmisión en caso de despido tácito de personal fijo (aunque la doctrina judicial no es pacífica: negando esta extensión a estos supuestos, STSJ País Vasco 28 de junio 2016, rec. 1231/2016; y admitiéndolo, con mejor criterio a mi entender, pues, de otro modo, sería una clara invitación al fraude, STSJ Andalucía\Sevilla 11 de julio 2008, rec. 3556/2007).

Llegados a este estadio, si el TJUE acaba confirmando el criterio de la AG en el caso Vernaza Ayovi, ¿podrá extenderse la readmisión *ex* art. 96.2 EBEP a otros casos, como por ejemplo, la extinción por "cumplimiento del término" de un contrato temporal fraudulento?

Se trata, sin duda, de una cuestión controvertida y no exenta de dificultad. No obstante, como les he avanzado, permítanme que me aventure a compartir algunas reflexiones (con todas las cautelas) a partir de dichas conclusiones:

Como expone la AG en el caso Vernaza Ayovi, el TJUE ha entendido 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".

Por consiguiente (siguiendo con la argumentación de la AG), teniendo en cuenta que una diferencia de trato entre trabajadores temporales y fijos no puede justificarse por el hecho de que esté prevista en una norma jurídica nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (sentencias del TJUE en los casos Del Cerro Alonso; Gavieiro y Torres; de Diego Porras), la clave está en saber si la extinción por cumplimiento del término de un contrato temporal fraudulento es equiparable a la de un despido disciplinario injustificado tramitado de acuerdo con lo previsto en el art. 96.2 EBEP.

Y, creo que desde el punto de vista de la dogmática jurídica, hay elementos para entender que así es, pues, todos ellos se fundamentan en una extinción sin causa. Y, de hecho, salvo mejor doctrina, creo que es razonable afirmar que la "amortización simple" de un indefinido no fijo y de un interino por vacante

también participa de idéntica naturaleza extintiva (y, a su vez, también debería ser extensible a los despidos tácitos del personal temporal – especialmente, para evitar el fraude).

En cambio, es claro que el despido objetivo declarado judicialmente improcedente no debería verse afectado (porque el tratamiento entre temporales e indefinidos es homogéneo – salvo en lo relativo a la prioridad de permanencia *ex* ap. 3º de la DT 16ª ET que, como se ha apuntado al inicio de esta entrada, podría quedar seriamente comprometida).

Si se acepta que aquéllas extinciones son "equiparables", creo que es exportable a estos casos la argumentación de la AG respecto de la inexistencia de razones objetivas que justifiquen este trato diferenciado entre temporales e indefinidos (ver al respecto en esta entrada).

De hecho, en su argumentación, nunca se refiere al despido como "disciplinario" (sino como extinción/despido "ilegal") y afirma que debe reconocerse el derecho a ser readmitidos con "carácter general":

"supone una discriminación de los trabajadores temporales del sector público, prohibida con arreglo a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, el hecho de que no se les confiera **con carácter general** un derecho legal a ser readmitidos después de que el empleador haya puesto **fin de manera ilegal a su relación laboral**, mientras que los empleados públicos fijos sí tienen tal derecho" [las negritas son mías].

Repárese que, si no fuera así, sería muy sencillo eludir el efecto útil de la Directiva 1999/70 (sin olvidar que, a su vez, contribuiría a disipar las dudas de constitucionalidad que, sin perjuicio del ATC 178/2011, han acompañado al art. 96.2 EBEP – ver también al respecto en este artículo).

En todo caso, reitero que lo expuesto en esta entrada lo afirmo con todas las cautelas, pues, es obvio que debe esperarse a lo que definitivamente acabe dictaminando el TJUE (y, quizás, pecando de ingenuidad, espero que sea "mínimamente preciso" – el tema, sin duda, requiere mucha "sintonía fina" – y que no acabe precipitando un nuevo efecto "sísmico").

Novedades Diego Porras: nueva cuestión prejudicial, no aplicación a deportistas profesionales y otras controversias

13 febrero, 2018 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

http://ignasibeltran.com/2018/02/13/novedades-diego-porras-nueva-cuestion-prejudicial-no-aplicacion-a-deportistas-profesionales-y-otras-controversias/

Hace un mes aproximadamente publiqué una entrada con las novedades más destacadas sobre el caso Diego Porras y, de los muchos pronunciamientos que se han publicado desde entonces (más de 40 – ya recogidos en la "**Guía**"), me gustaría destacar (telegráficamente) los siguientes aspectos:

Primero: formulación de una nueva cuestión prejudicial por el JC-A núm. 14 Madrid, en relación con el derecho a la indemnización por finalización de servicios, del personal funcionario y estatutario de carácter interino o temporal [ver aquí].

Aunque no he podido acceder a la fundamentación (si no estoy equivocado, aún no se ha publicado el auto), se trata, sin duda, de una "iniciativa" de especial relevancia, que podría tener un gran impacto en el sector público (sin olvidar que aún debe resolverse el recurso de casación por parte de la Sala C-A del TS – Auto 30 de mayo 2017, rec. 785/2017).

Segundo: El TSJ del País Vasco ha negado la aplicación de la doctrina "de Diego Porras" a la relación laboral especial de deportistas profesionales [ver aquí].

Tercero: El JC-A núm. 2 de Pamplona ha estimado que no debe aplicarse la doctrina "de Diego Porras" a contrato de régimen administrativo para sustituir a una persona, titular, que se encontraba en situación de servicios especiales, *ex* art. 4 del Decreto Foral 68/2009 [ver aquí].

Cuarto: El TSJ Cataluña ha reconocido la indemnización *ex* Diego Porras a profesora interina de la Universidad de Barcelona por cobertura reglamentaria de la plaza [ver aquí].

Quinto: aplicación de la doctrina "de Diego Porras" al contrato de relevo formalizado por la Administración (TSJ CyL y País Vasco) [ver aquí].

A la luz de lo expuesto (y teniendo en cuenta todo el largo historial acumulado), puede afirmarse que el conflicto está (literalmente) fuera de control (alambicándose a cada paso).

Espero, en todo caso, no estar aburriendo a los lectores con este tema (no dudo que haya motivos para ello).

Conclusiones de la AG en el Caso Vernaza Ayovi: los indefinidos no fijos son temporales y el derecho de opción del art. 96.2 EBEP discriminatorio

25 enero, 2018 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en

http://ignasibeltran.com/2018/01/25/conclusiones-de-la-ag-en-el-caso-vernaza-ayovi-los-indefinidos-no-fijos-son-temporales-y-el-derecho-de-opcion-del-art-96-2-ebep-discriminatorio/

En el caso Vernaza Ayovi el TJUE debe resolver si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos *ex* art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4ª con respecto a los indefinidos no fijos y temporales.

La cuestión prejudicial, planteada por el JS núm. 2 de Terrassa (auto 26 de enero 2017 – en DOUE 15/5/17), se plantea en un supuesto de despido disciplinario improcedente de un indefinido no fijo (ver al respecto en esta entrada).

La AG del TJUE acaba de dar a conocer sus conclusiones (C-96/17) y creo que conviene exponerlas y analizarlas con detalle, pues, si finalmente son asumidas por el TJUE, tendrían un impacto de indudable trascendencia interna.

1. Síntesis de las principales conclusiones

En esencia, las ideas esenciales serían las siguientes:

Primero: los trabajadores indefinidos no fijos son temporales (y, por ende, quedan dentro del ámbito de aplicación de la Directiva).

En concreto, afirma:

Puede que "la clasificación de una trabajadora con arreglo al Derecho nacional como «trabajadora indefinida no fija» provoque cierta confusión terminológica por el hecho de emplearse el adjetivo «indefinido» y que, a primera vista, parezca incluso hacer alusión a una relación laboral de carácter permanente".

"No obstante, lo decisivo es que un contrato de trabajo de interinidad termina siempre automáticamente cuando se produce un hecho o acontecimiento determinado, o bien cuando regresa un trabajador con derecho a la reserva de su puesto de trabajo, o bien cuando concluye el proceso selectivo para cubrir con un trabajador fijo una plaza libre. Así pues, como indica la propia utilización de las palabras «no fijo», no se trata precisamente de una relación laboral de carácter permanente, sino, por el contrario, de una relación de trabajo celebrada a término, el momento de cuya finalización resulta simplemente incierto, en la medida en que no se conoce la fecha precisa en que ello ocurrirá".

Segundo: el derecho de opción es una "condición de trabajo" *ex* Directiva,

En concreto,

"Lo decisivo para entender el concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco es únicamente, según la jurisprudencia, el criterio del empleo, es decir, el hecho de que las normas aplicables a un trabajador o las prestaciones que éste reclama estén ligadas a su relación laboral con su empresario

Según la jurisprudencia, los requisitos de extinción de un contrato de trabajo están comprendidos en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación, al igual que las consecuencias jurídicas de tal extinción, por ejemplo, los pagos vinculados a la relación de empleo que —por efecto del contrato de trabajo o por ley— deba efectuar el empresario al extinguirse la relación laboral".

Tercero: la regla del art. 96.2 EBEP contiene un trato desigual injustificado.

Existe un trato diferenciado de los trabajadores temporales respecto de los "trabajadores fijos comparables" (empleados públicos fijos).

En relación al examen de comparabilidad de las situaciones la AG afirma que

"no puede limitarse a comparar de forma general la situación de los trabajadores temporales y de los fijos en el correspondiente centro de trabajo. Lo decisivo es, en concreto, si los trabajadores temporales y los fijos se encuentran en una situación comprable también y precisamente en relación con el objeto del litigio de que se trate".

Y, entiende que en este caso el objeto del litigio

"es el eventual derecho a ser readmitido tras un despido ilegal por parte del empleador. Por una parte, tal readmisión permite corregir una actuación ilegal del empleador (…) [y] se satisfacen las expectativas legítimas del trabajador de que su relación laboral continúe a lo largo de su período normal de duración".

Por lo que respecta a ambos objetivos —corrección, por una parte, de una actuación ilegal del empleador y satisfacción, por otra parte, de las expectativas legítimas del trabajador— no hay diferencia alguna entre un trabajador temporal y uno fijo, ya que la existencia de la relación laboral de un trabajador temporal no es menos digna de protección, durante la vigencia de su contrato de trabajo, que la existencia de la relación laboral de su compañero de trabajo empleado fijo. Y la finalización ilegal de una relación laboral vigente por parte del empleador no es menos contraria a Derecho cuando afecta a un trabajador temporal que cuando afecta a uno fijo".

Y frente al argumento de que los empleados públicos fijos en España son empleados, por motivos de índole iusconstitucional, en virtud de un proceso selectivo y por ello ostentan una mayor seguridad en el

empleo, entiende que la readmisión no es una condición de acceso al empleo y, a su vez, la readmisión no convierte al contrato temporal en indefinido ni tampoco adquiere el estatus de un empleado público fijo.

Y añade:

"Si para emplear inicialmente al trabajador temporal no era necesario proceso selectivo alguno, difícilmente podrá la falta de tal procedimiento selectivo impedir que el mismo trabajador siga trabajando en el empleo que tenía hasta entonces, máxime cuando, como aquí ocurre, no fue una conducta indebida o una falta de rendimiento del trabajador sino (sin perjuicio de las apreciaciones que realice el órgano jurisdiccional nacional) un despido ilegal por parte del empleador lo que hizo que se interrumpiese la relación laboral".

Finalmente, rechaza que exista razones objetivas que justifiquen este trato desigual. Especialmente porque

"nada indica que, para aplicar principios del Derecho de la función pública, pueda ser necesario privar con carácter general a los trabajadores temporales del sector público que hayan sido despedidos de manera ilegal del derecho a ser readmitidos.

No hay peligro, por tanto, de que puedan verse menoscabados principios del Derecho de la función pública si se confiere a un trabajador temporal indebidamente despedido un derecho a ser readmitido. Tal readmisión no afecta negativamente de ningún modo al estatus de los empleados públicos fijos, ni comporta para el trabajador temporal ninguna ventaja que contravenga los principios del Derecho de la función pública. En particular, el trabajador afectado no obtiene por la vía de la readmisión un empleo fijo en el sector público eludiendo un proceso selectivo, sino que se reincorpora al servicio sólo mientras lo permita la vigencia restante de su contrato de trabajo temporal".

Y, finalmente, tras entender que, tampoco son válidas "consideraciones de índole presupuestaria" y apuntar ciertos problemas "prácticos" que puede suscitar el reconocimiento del derecho de opción, acaba concluyendo que el derecho de readmisión previsto en el art. 96.2 EBEP es discriminatorio.

2. Valoración crítica

Comparto la valoración respecto al carácter injustificado del derecho de opción reconocido en el art. 96.2 EBEP (de hecho, hace algún tiempo defendí su inadecuación a partir de la lógica de la teoría general del contrato – ver en este artículo). Aunque sigo pensando que esta concepción expansiva del concepto "condición de trabajo" es controvertida.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos, ciertamente, la postura de la AG, si es finalmente confirmada por el TJUE (es posible que así sea, pues, ya lo había decretado en el caso Huétor Vega), supondría un nuevo "quiebro" (el enésimo) en la evolución de la jurisprudencia interna (siendo, el último episodio, como se sabe, la STS 28 de marzo 2017 – extensamente en este artículo).

Aunque en otro momento he defendido que la naturaleza jurídica de indefinidos no fijos debería ser idéntica a la de los interinos por vacante y, por ello, las valoraciones de la AG supondrían reconducir (a mi entender, con mejor criterio) la controvertida doctrina interna, compartirán conmigo que, si se confirma este nuevo cambio, la situación rozaría lo kafkiano.

Por otra parte, repárese que, como tuve ocasión de exponer en otro momento, si se confirma el carácter temporal, el reconocimiento de la indemnización de 20 días a los indefinidos no fijos, con independencia de lo que acabe decidiendo el TJUE en los casos "Grupo Norte Facility", "Montero Mateos" y "de Diego Porras II" (un análisis de las Conclusiones de la AG en los dos primeros casos en este enlace), significaría un trato injustificado con respecto a los interinos por vacante cuya naturaleza jurídica es idéntica (controversia que, por cierto, quedaría al margen de la Cláusula 4ª de la Directiva que, como se sabe, no se ocupa del trato diferenciado entre contratos temporales).

Y, por otra parte, con posteroridad a la publicación de esta entrada, me gustaría añadir que si TJUE confirma criterio de AG en caso Vernaza, la prioridad de permanencia *ex* ap.3 de DT 16ª de fijos en despido colectivo podría quedar en entredicho a la luz de la Directiva 1999/70.

Permaneceremos a la expectativa.

Últimas novedades en el caso “de Diego Porras” & Co.: volatilidad interpretativa ‘in crescendo’

24 enero, 2018 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2018 (Enero) - Últimas novedades en el caso “de Diego Porras” & Co.: volatilidad interpretativa ‘in crescendo’

—

El objeto de esta entrada es sistematizar telegráficamente las novedades más relevantes sobre los casos “Diego Porras” y “Martínez Andrés/Castrejana López” en las últimas semanas (de las muchas sentencias que se han dado a conocer recientemente – todas ellas recogidas en la “Guía“).

Especialmente porque el nivel de disparidad interpretativa entre los Tribunales está alcanzando niveles sin precedentes (lo que hace que la seguridad jurídica sea inversamente proporcional al interés analítico y académico que estas diferencias suscitan). En este sentido, emplazo a los lectores a la síntesis actualizada de las controversias susceptibles de casación resumidas en este reciente artículo.

De hecho, la doctrina “de Diego Porras”, como era de esperar, ya “ha llegado” al Tribunal Constitucional. En concreto, la **STC 18 de diciembre 2017** (núm. 147/2017), a propósito del derecho de dos trabajadoras

interinas de solicitar la permuta de puestos de trabajo, cita al caso "de Diego Porras" para exponer la doctrina del TJUE a propósito de la prohibición de trato desigual injustificado entre trabajadores temporales e indefinidos.

Veamos, a continuación, una muestra de lo que entiendo que son los aspectos más relevantes a modo de meros apuntes o notas (para facilitar su exposición):

A. Reconocimiento de indemnización *ex* Diego Porras

– Primero: la **STSJ Castilla y León\Valladolid 19 de octubre 2017** (rec. 1214/2017) – ratificando el criterio de la STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017) – reconoce la indemnización *ex* "de Diego Porras" en el sector público en base al artículo 20 de la CDFUE (y no del 21, como en otros pronunciamientos en suplicación – un comentario crítico en esta entrada).

– Segundo: la **STSJ Madrid 3 de noviembre 2017** (rec. 819/2017), en una extinción ajustada a derecho de un trabajador interino por vacante pese a exponer sus dudas sobre la fundamentación del caso "de Diego Porras" afirma que

"no creemos posible que este Tribunal plantee nueva cuestión prejudicial sobre la materia, puesto que la solución que entendemos más acorde (igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, conforme a los criterios del art. 49.1.c) ET) no puede ser suscitada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en función de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE".

Finalmente, acaba reconociendo la indemnización de 20 días dada la similitud con el caso "de Diego Porras" y el criterio mantenido por el TJUE.

Mantiene el criterio de las SSTSJ Madrid 20 de julio 2017 (rec. 715/2017); 20 de julio 2017 (rec. 544/2017); (2) 25 de septiembre 2017 (rec. 653/2017 y rec. 667/2017); 16 de octubre 2017 (rec. 730/2017); y 6 de noviembre 2017 (rec. 373/2017).

B. Reconocimiento de indemnización *sin seguir* Diego Porras

Las **SSTSJ Cantabria 24 y 29 de noviembre 2017** (rec. 772/2017); **12 de diciembre 2017** (rec. 893/2017) han reconocido la indemnización de 20 días en extinción de interino (por consiguiente, temporal) por cobertura reglamentaria de la plaza, en base a la doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) que, recuérdese, reconoce esta indemnización a los indefinidos no fijos porque han dejado de ser calificados como temporales.

En términos similares, las SSTSJ Castilla La Mancha 12 de julio 2017 (rec. 623/2017); y Castilla y León\Burgos 31 de mayo 2017 (rec. 327/2017).

Una crítica en este artículo.

C. No reconocimiento de indemnización *ex* Diego Porras

– Primero: el TSJ de Madrid mantiene el no reconocimiento de la indemnización *ex* Diego Porras en caso de nueva contratación sin solución de continuidad. Sentencias 23 y 26 de octubre 2017 (rec. 1008/2017; rec. 389/2017); y (3) 6 de noviembre 2017 (rec. 547/2017; rec. 769/2017; rec. 772/2017).

Un comentario crítico a esta doctrina en esta entrada. Y, en contra, con mejor criterio a mi entender, la STSJ Madrid 20 de octubre 2017 (rec. 679/2017) – pronunciamiento que he comentado en esta entrada.

– Segundo: la **STSJ Madrid 26 de octubre 2017** (rec. 389/2017), relativa al cese por cobertura reglamentaria de la plaza de trabajadora interina por vacante de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, tras afirmar que la previsión de la indemnización por terminación de los contratos temporales fue "un intento de lucha contra la precarización del mercado de trabajo" y que esta circunstancia no se produce en el contrato de interinidad por su propia configuración, niega la aplicación de la doctrina "de Diego Porras", porque

"la decisión del TJUE no debería desvincularse del concreto contexto del asunto que se sometió a su consideración y de los términos en los que la cuestión prejudicial fue formulada. Se trataba de una situación muy diferente de la que sucede en los muy frecuentes procedimientos de los que conocemos, pues la razón de la interinidad fue la sustitución de una trabajadora con derecho a la reserva de puesto de trabajo que se encontraba en excedencia y que, como consecuencia del Real Decreto-ley 20/2012, tuvo que volver a su puesto de trabajo, como tantos otros liberados sindicales.

La causa del reingreso de la trabajadora sustituida, sí nos parece relevante, tanto por súbita, como por producirse de manera completamente independiente de la voluntad de las partes, incluso de la voluntad de la Comunidad de Madrid y de ahí su "objetivación" y de la posibilidad fundada de asimilación con las previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores , al tratarse de una prolongación de los efectos que la aplicación y entrada en vigor el 15 de julio de 2012, del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, trajo consigo.

(…) Por ello, esa objetivación de la causa extintiva tomando como referencia las reguladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (cuya concurrencia sí hubiera otorgado a la trabajadora interina la misma indemnización que si hubiera sido fija), no nos parece posible en este caso, sobre todo cuando el TJUE no distingue el tipo de interinidad al que circunscribe el fallo (se refiere a la interinidad en sentido amplio) y vistos los términos en los que se pronunció su Presidente, una vez dictada la sentencia, parece algo arriesgado entender que la argumentación del Tribunal pueda extenderse a los dos tipos".

Además, el reconocimiento de la indemnización supondría una interpretación "contra legem" (abunda en esta interpretación el hecho de que la trabajadora volviera a ser contratada sin solución de continuidad *ex* STSJ Madrid 5 de junio 2017, rec. 344/2017).

En términos similares, SSTSJ Madrid 30 de octubre 2017 (rec. 424/2017); y (2) 6 de noviembre 2017 (rec. 547/2017; rec. 462/2017);

– Tercero: la **STSJ Cataluña 27 de noviembre 2017** (rec. 5656/2017) rechaza el reconocimiento de la indemnización *ex* "de Diego Porras" (sector privado) porque entiende que dicha doctrina sólo es predicable respecto de los trabajadores interinos y porque ya se prevé una indemnización de 12 días. También entiende que la naturaleza de la causa extintiva no es coincidente entre los arts. 49.1.c) y las descritas en el art. 52 ET (pues también son aplicables a los contratos temporales). La sentencia que cuenta con un Voto Particular, revoca la SJS núm. 3 Granollers 29 de junio 2017 (núm. 147/2017). Un excelente comentario en el blog del Prof. Eduardo Rojo.

Recuérdese el criterio contrario de la STSJ Cataluña 31 de julio 2017 (rec. 2190/2017): reconocimiento de la indemnización de 20 días de un trabajador interino por sustitución de una empresa de ambulancias tras extinción ajustada a derecho. La sentencia, tras sintetizar el contenido del caso "de Diego Porras", concluye que el trabajador tiene derecho a una indemnización. Y a la hora de determinar el importe de la misma, siguiendo el criterio de la doctrina del TSJ País Vasco (esto es, recurriendo al art. 21 CDFUE), estima que debe procederse a una aplicación horizontal de la Directiva (aspecto que he criticado en otras entradas de este blog – ver en esta entrada, esta y esta). Un elemento relevante de la sentencia es que como argumento también recurre a la doctrina del TS (sentencia 28 de marzo 2017, rec. 1664/2015) que estima el reconocimiento de una indemnización de 20 días a los indefinidos no fijos, afirmando que (traducción):

"Razonamiento que se puede aplicado totalmente a los trabajadores temporales con un contrato de interinidad, porque en realidad, aunque se trata de dos figuras contractuales diferenciadas, tal como ha

puesto de relevo el Tribunal Supremo con reiteración, son similares en el sentido de que los dos ocupan un puesto de trabajo que en la actualidad no está ocupado por ningún trabajador"

Argumento a, mi entender, discutible porque precisamente, el TS en esta sentencia (siguiendo un argumento muy controvertido), al declarar el carácter "no temporal" de estos contratos, está deslindando la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos respecto de los interinos por vacante. Lo que, parece razonable que también sería extrapolable a los interino por sustitución.

– Cuarto: la **STSJ C-A Madrid 27 de octubre 2017** (rec. 390/2017), tras negar la aplicación de la doctrina **"**Martínez Andrés/Castrejana López" y "Pérez López" a un supuesto de sucesivos nombramientos de personal eventual estatutario (calificándolas de "orientaciones") afirma refiriéndose al art. 9 de la Ley 55/2003, que

"la regulación del Estatuto Marco establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que su correcta aplicación impediría la perpetuación del abuso".

Y, en relación a la doctrina "de Diego Porras" *obiter dicta* sostiene que

"si a la postre se llegase a la conclusión de que los cometidos desempeñados por nombramientos como eventual precisan la creación de una plaza estructural, la situación del eventual realmente empeoraría: no se produciría su nuevo nombramiento y no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista tal indemnización, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios de carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales. Entonces, se convendrá, no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo, también de 14 de Septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De Diego Porras , al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización"

D. Aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López"

En relación a esta doctrina, a mi entender, destaca particularmente el contenido de la **STSJ\C-A CyL\Valladolid 22 de diciembre 2017** (rec. 485/2017), pues, manteniendo la licitud del recurso a la interinidad en caso de cobertura de vacante, entiende que se han producido sucesivos nombramientos y que el excesivo lapso de tiempo transcurrido para la provisión de los destinos (entre 7 y 8 años) evidencia la existencia de un abuso.

En aplicación de la doctrina del TJUE y de la STSJ\C-A País Vasco 12 de diciembre 2016, rec. 635/2013, adoptando una medida "disuasorias y proporcionada a la infracción cometida", acaba reconociendo el carácter indefinido no fijo de los médicos cesados, pero sólo a los efectos indemnizatorios. De modo que, siguiendo la doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015), les reconoce una indemnización de 20 días.

Un comentario crítico en esta entrada.

E. No aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López"

En relación a la no aplicación de la doctrina de los casos "Martínez Andrés/Castrejana López" me gustaría destacar brevemente los siguientes pronunciamientos:

En primer lugar, la **STSJ C-A Galicia 31 de octubre 2017** (rec. 192/2017) revoca la SJC-A núm. 2 A Coruña 30 de diciembre 2016 (rec. 139/2016) que declaró nulo (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza que ha sido sucesivamente nombrada como tal desde marzo de 1991.

En esencia, la sentencia entiende que

“se echa en falta en la sentencia apelada un análisis singularizado de cada uno de aquéllos, porque sólo en casos de concatenación irregular de dichos nombramientos a fin de cubrir necesidades estructurales, y no meramente coyunturales, se puede hablar de fraude. No basta con que existan nombramientos sucesivos como interina en favor de la actora, aunque sea desde 1991, para que, sin más, pueda considerarse que existe concatenación irregular ni fraude, porque precisamente el sistema de bolsa de interinos existente en la Comunidad Autónoma de Galicia para el ámbito de los Cuerpos generales de la Administración de Justicia hace factible que se vayan produciendo esos nombramientos sucesivos, en distintos períodos, para distintos órganos judiciales o fiscales, sin que ni las necesidades a cubrir sean estructurales, sino meramente temporales o coyunturales, ni los nombramientos presenten la concatenación exigida, como se deduce del hecho de que son para diferentes órganos”

Y, en segundo lugar, la **STSJ C-A Madrid 27 de octubre 2017** (rec. 390/2017): tras negar la aplicación de la doctrina **“**Martínez Andrés/Castrejana López” y “Pérez López” a un supuesto de sucesivos nombramientos de personal eventual estatutario (calificándolas de “orientaciones”) afirma refiriéndose al art. 9 de la Ley 55/2003, que

“la regulación del Estatuto Marco establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que su correcta aplicación impediría la perpetuación del abuso”.

F. (Brevísima) Valoración final

La existencia de criterios tan dispares entre Tribunales Superiores e, incluso, en el seno de los mismos, evidencia una “volatilidad hermenéutica”, hasta donde mi conocimiento alcanza, nunca vista antes.

Me temo que costará poner orden a este desaguisado si el Legislador no decide intervenir.

Mientras tanto, les emplazo hasta el próximo episodio de la saga …

Nombramientos sucesivos de Médicos interinos y Médicos forenses interinos: ¿abuso a la luz de la Directiva 1999/70?

11 enero, 2018 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2018 (Enero) - Nombramientos sucesivos de Médicos interinos y Médicos forenses interinos: ¿abuso a la luz de la Directiva 1999/70?

La interpretación de las 3 sentencias del TJUE de septiembre de 2016 a nivel interno no dejan de dar titulares (y seguro que lo seguirán haciendo en los próximos días). En esta entrada me gustaría abordar dos nuevos casos particularmente relevantes: el de los médicos interinos y el de los médicos forenses interinos. Especialmente, porque las Salas de lo Contencioso de la AN y del TSJ de Castilla y León han dado respuestas dispares. Si bien es cierto que los supuestos no son idénticos (pues, en el primero no se ha producido cese alguno y sí en el segundo), en la medida que ambos gravitan sobre la idea de nombramientos temporales sucesivos, creo que existen paralelismos desde el punto de vista analítico que justifican su análisis conjunto.

Veamos cada caso de forma separada:

1. SAN\C-A 6 de abril 2017 (rec. 7/2017)

La SAN\C-A 6 de abril 2017 (rec. 7/2017) ha dictaminado que los sucesivos nombramientos de los médicos forenses interinos no es suficiente para determinar que su contratación ha sido irregular por abusiva en el marco de la Directiva 1999/70 (y para ello, se alinea con el criterio de la importante STS 13 de marzo 2017 (rec. 896/2014), que aborda una problemática similar en relación a los jueces y magistrados sustitutos).

Y, además, entiende que derecho a la carrera profesional no es una condición de trabajo comparable a los efectos de la Directiva 1999/70.

El origen del conflicto radica en la denuncia la vulneración de la sentencia recurrida, entre otras disposiciones normativas, del Acuerdo Marco "sobre la base de afirmar una situación abusiva centrada en la precariedad temporal sucesiva del colectivo al que pertenecen los apelantes, y con base a ello se interesa de la autoridad judicial:

– 'el dotar a los Médicos Forenses interinos recurrentes de estabilidad en el empleo, mediante la transformación de su relación interina en una relación fija o indefinida'; o en su caso

– 'reconociendo a los Médicos Forenses interinos recurrentes, los mismo derechos de los que disfrutan sus homónimos Médicos Forenses de carrera 'en régimen de igualdad con estos últimos, también en cuanto a las causas y procedimientos aplicables para su nombramiento y cese en sus puestos de trabajo', (…), como medida efectiva para sancionar el abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Acuerdo Marco', ya que '… el principio de no discriminación en las condiciones de trabajo de su cláusula 4, equiparándolos a los Médicos Forenses de carrera, mediante la aplicación a los mismos de las mismas causas, requisitos y procedimientos que para el cese en el puesto de trabajo y extinción en la relación de empleo rigen para éstos últimos'" (Sic).

Tratándose de un pronunciamiento extenso (de 23 páginas) y particularmente complejo, espero que en la síntesis que sigue a continuación de los argumentos esgrimidos por la AN no omita algún elemento relevante.

A. Sucesión de nombramientos no describe un uso abusivo de la contratación temporal

Los argumentos de la AN para negar que concurre una contratación temporal abusiva son los siguientes:

Primero: A los recurrentes se les achaca que, si bien existen unos 800 médicos forenses de carrera y más de 300 interinos, únicamente pueden actuar en su nombre y no en representación del colectivo. De modo más allá de afirmaciones generales referidas al colectivo "no se actúa recursivamente frente a actuaciones administrativas concretas que hubieran supuesto para alguno de los recurrentes una particularizada situación discriminatoria en relación a los que serían sus comparables".

Segundo: Siguiendo la argumentación de la STS 13 de marzo 2017 (rec. 896/2014) citada, entiende que es preciso que se alegue y pruebe "la situación abusiva al caso concreto de los actores", no desprendiéndose *per se* del hecho de que se produzca un llamamiento sucesivo. Y en este caso

"Ni siquiera aparecen reseñados hechos concretos con base a documentación referente a los sucesivos nombramientos de los recurrentes, obrante del expediente o aportada de parte, que permitan sostener tal afirmación [que la contratación fue irregular por abusiva] salvo que se pretenda sostenerla sobre la base única de la existencia de nombramientos reiterados haciendo abstracción de la base y condiciones de los mismos".

Tras una extensa exposición de la normativa aplicable a este colectivo (arts. 482.2, 479.4, 489.1 a 3 LOPJ; art. 30 RD 1451/2005; arts. 10 y 25 EBEP), la AN afirma que los nombramiento de los médicos forenses interinos

"se prevén ante la eventualidad de que el servicio no pueda atenderse por funcionarios de carrera, por razones de urgencia o necesidades del servicio, y con una temporalidad marcada desde el mismo momento del nombramiento. De hecho, su cese está sujeto a las mismas causas que las previstas para los funcionarios de carrera, y, además, se produce dicho cese cuando finaliza la causa que dio lugar a su nombramiento (…). Todos los nombramientos son temporales aunque se sucedan en el tiempo".

Tercero: Siguiendo el razonamiento de la STS 13 de marzo 2017 (rec. 896/2014) citada, la jurisprudencia del TJUE (y, en particular, el caso Mascolo y otros – STJUE 26 de noviembre 2014, C-22/13, C-61/13 y C-62/13) y la propia Directiva

"cuando exige tener en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, ponen de relieve, sin duda, que la decisión de los litigios en que se invoca la vulneración de aquella cláusula [la cláusula 5ª] ha de descansar, no sólo en consideraciones de índole general, sino, más bien o ante todo, en las circunstancias concretas y singulares que caractericen la actividad de que se trate y en la forma o modo en que la normativa nacional haya llegado a prever ahí la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada."

Cuarto: "Es desde esta perspectiva que, tomando en consideración la actividad para la que son nombrados los Médicos Forenses interinos, la razón de los nombramientos y la clara diferencia en relación a la forma de acceso a tales funciones con respecto a los de carrera, es lógico que en ella se produzca una sucesión de relaciones de empleo o servicio de duración determinada siendo que el propio régimen jurídico regula esta eventualidad partiendo de las características y necesidades de la concreta actividad, y que los supuestos para los que se prevé el llamamiento tienen siempre carácter temporal, no permanente ni duradero, sin que tal carácter se pierda por el hecho de que se trate de supuestos que son o pueden ser recurrentes en el funcionamiento del órgano administrativo.

Además, los nombramientos no son hechos para atender una determinada necesidad, sino el abanico de las que surjan en el ámbito funcional para el que se hacen y dentro de la temporalidad de los mismos".

y **Quinto:** "Ante la previsión normativa en relación a estos nombramientos de Médicos Forenses interinos, que conducen a 'razones objetivas que justifiquen la renovación', queda excluida en principio, con carácter genérico, la afirmación de una utilización abusiva de los mismos, y nada de lo constatado en autos permite avalar que los sucesivos nombramientos y las prestaciones requeridas en el caso concreto de los apelantes no correspondan a una mera necesidad temporal y a razones objetivas. Ni en la demanda, ni en la sentencia apelada, ni en la apelación se viene a argumentar acerca de que los concretos nombramientos formalizados a los recurrentes como Médicos Forenses interinos no lo hubieran sido dentro de los supuestos normativamente previstos claramente eventuales v. gr. para cubrir vacantes, sustituir transitoriamente a los titulares, ejecutar programas de carácter temporal o resolver situaciones de exceso o acumulación de tareas y sin que exista base alguna para afirmar que existan diferencias efectivas en las condiciones de trabajo de los hoy recurrentes durante el desempeño eventual de sus funciones con respecto a los Médicos Forenses de carrera que deban ser removidas por la intervención de los Tribunales".

B. El derecho a la carrera profesional no es una condición de trabajo comparable

A su vez, la SAN\C-A 6 de abril 2017 (rec. 7/2017) dictamina que el derecho a la carrera profesional no es una condición de trabajo comparable.

En efecto y, en respuesta a las múltiples cuestiones prejudiciales que se solicita que se formulen, la AN entiende que

"De lo expuesto (…) resulta que no procede equiparar a los Médicos Forenses interinos con los de carrera en aquellos aspectos que no se circunscriben a las 'condiciones de trabajo' (retribuciones incluidas las variables y el componente de antigüedad, régimen de Seguridad Social, licencias y permisos, vacaciones, reconociendo a los interinos el tiempo de servicios prestados cuando adquieren la condición de funcionarios de carrera computándosele como antigüedad dicho tiempo a efectos económicos, formación…) ni es reprochable en principio el recurso sucesivo a una relación de empleo de duración determinada porque ello depende de circunstancias inciertas y tiene, en todo caso, prefijado un

momento final vinculado al nombramiento sin que pueda dar lugar a una relación de servicio fija o indefinida, pues el proceso de selección de los Médicos Forenses interinos difiere en mucho del que se sigue para reclutar a los de carrera, no solo es distinto sino también de notorias menores exigencias".

"No se puede pretender por quién ha sido nombrado para un puesto concreto por razones objetivas y con carácter temporal, tener una carrera profesional dentro del Cuerpo, las mismas situaciones administrativas y la movilidad propia de los de funcionarios de carrera, en iguales condiciones que estos, y mucho menos acceder al Cuerpo como funcionario de carrera por vías distintas a las legalmente previstas para ello"

"La sentencia apelada explica a los recurrentes que el derecho a la carrera profesional no es una condición de trabajo comparable a las consideradas por la Directiva más arriba mencionada y que no puede extenderse a otros aspectos ajenos a los contemplados por la misma. La jurisprudencia y la Directiva comunitarias prevén la posibilidad de que concurran circunstancias objetivas que justifiquen un trato diferente, correspondiendo a los tribunales nacionales la valoración de su concurrencia. Por ello, reservar el concurso litigioso a los funcionarios de carrera no constituye en absoluto infracción de principio constitucional de igualdad. La naturaleza jurídica del funcionario interino es incompatible con el pretendido derecho a la promoción profesional del artículo 16 del Estatuto Básico del Empleado Público. El funcionario interino, por definición, está vinculado a una concreta plaza que ocupa por determinadas causas (que son concretas circunstancias de necesidad temporal de atender a plazas vacantes, sustituir transitoriamente los titulares, ejecutar programas de carácter temporal o resolver temporalmente situaciones de exceso o acumulación de tareas), y por ello sería contrario a aquella naturaleza jurídica permitirles que a través de un concurso puedan desvincularse de la plaza que ocupan, cuya cobertura precisamente justificó su nombramiento. Así resulta de los artículos 8 a 10 del Estatuto Básico del Empleado Público"

2. STSJ\C-A CyL\Valladolid 22 de diciembre 2017 (rec. 485/2017)

El origen que da pie a este caso se encuentra en el cese de un colectivo de médicos interinos que han sido cesados al cubrirse los puestos que ocupaban (puede accederse también a un comentario al respecto en el blog del compañero abogado Fabián Valero).

La SJC-A nº 2 de Valladolid (núm. 93/17) desestima el recurso interpuesto contra la resolución de 19 de octubre de 2016 que desestima la reclamación presentada para que se reconociese a los actores la condición de personal indefinido no fijo del SACyL. Y, en esencia, entiende que el cese es ajustado porque los puestos se han cubierto reglamentariamente y porque fueron nombrados conforme a derecho al existir la vacante y necesidad de cubrirla. A su vez, rechaza la aplicación de la doctrina del TJUE porque se refería al personal laboral y también porque no se aprecia fraude de ley y, a su vez, al haber un único nombramiento, no puede afirmarse que haya habido propiamente "sucesión".

La STSJ\C-A CyL\Valladolid 22 de diciembre 2017 (rec. 485/2017), manteniendo la licitud del recurso a la interinidad en caso de cobertura de vacante, entiende que se han producido sucesivos nombramientos y que el excesivo lapso de tiempo transcurrido para la provisión de los destinos (entre 7 y 8 años) evidencia la existencia de un abuso, en esencia, porque

"se ha acudido a la contratación temporal para satisfacer necesidades permanentes (las correspondientes a las plazas del personal de Área), manteniéndose esa situación en el tiempo de manera injustificada".

Y añade,

"si en origen cabe admitir que hubo una razón objetiva para acudir a ese nombramiento temporal, la misma desaparece con el paso del tiempo".

De modo que, tras resumir los aspectos más relevantes de la doctrina “Pérez López” y, en esencia, siguiendo la argumentación del TJUE en los casos “Martínez Andrés” y “Castrejana López” y de la STSJ\C-A País Vasco 12 de diciembre 2016, rec. 635/2013, adoptando una medida “disuasorias y proporcionada a la infracción cometida”, acaba reconociendo el carácter indefinido no fijo de los médicos cesados, pero sólo a los efectos indemnizatorios.

De modo que, siguiendo la doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) – extensamente al respecto en estas entradas -, les reconoce una indemnización de 20 días.

3. Valoración crítica

Recuérdese que, en esencia, la doctrina “Martínez Andrés” y “Castrejana López” prevé que, en virtud de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco, debe preverse “algún tipo” de medida contra el uso abusivo de la contratación temporal. De modo que en estos casos, ante la inexistencia de una regla específica en el ámbito administrativo que lo prevea, el TJUE entiende que la respuesta prevista en el social puede ser adecuada.

Como he tenido ocasión de exponer en otro momento, la crítica que puede hacerse a la argumentación del TJUE en los casos “Martínez Andrés” y “Castrejana López” es que la jurisdicción social no reconoce a los indefinidos no fijos un derecho al reingreso en caso de cese (sino que, en todo caso, es una derivada para el supuesto de que una “amortización simple” afecte a un número de trabajadores que supere los umbrales del despido colectivo).

Por este motivo, apuntaba que, en vez de reconocer un derecho al reingreso (no reconocido en la jurisdicción social como un efectos prototípico de la condición de indefinido no fijo), en todo caso, lo oportuno hubiera sido que, si se pretendía una equiparación, ésta debía referirse únicamente a los importes indemnizatorios (entonces, sugería que, teniendo en cuenta las particularidades del caso, debía ser la compensación por despido improcedente).

Desde este punto de vista, si bien es claro que el encaje del concepto de indefinido no fijo en la matriz administrativa es muy controvertido, entiendo que la doctrina del STSJ\C-A CyL\Valladolid 22 de diciembre 2017 (rec. 485/2017) es ajustada en tanto que, en la medida que el reconocimiento de tal figura lo es a los efectos estrictamente indemnizatorios, está previendo una medida contra el abuso de la contratación temporal acorde con las exigencias del Acuerdo Marco (aunque, en puridad, también debe tenerse en cuenta que se aleja de lo que se describe en los casos “Martínez Andrés” y “Castrejana López” – en parte, quizás, también porque los casos no son plenamente equiparables).

Sin perjuicio de lo que acabe dictaminando la Sala de lo Contencioso del TS (desconociendo si se han dado más supuestos, recuérdese que, en relación al caso Martínez Andrés resuelto por la STSJ\C-A País Vasco 12 de diciembre 2016, rec. 635/2013, se ha admitido a trámite un recurso de casación, ATS\C-A 30 de mayo 2017, rec. 785/2017), no cabe duda de que se trata de una sentencia muy importante y novedosa.

Y, con respecto a la SAN\C-A 6 de abril 2017 (rec. 7/2017), entiendo que, si bien es cierto que en los términos en los que se ha efectuado la reclamación no puede entenderse que se esté vulnerando el marco normativo interno y comunitario, nada obsta que para este específico colectivo y en relación a la situación puntual de casos concretos, pueda declararse la existencia de un abuso si, efectivamente se han producido sucesivos nombramientos para cubrir necesidades permanentes.

A su vez, comparto la argumentación de la AN al entender que la carrera profesional no puede ser calificada como una condición de trabajo a los efectos de la Directiva 1999/70.

En cualquier caso, en mi modesta opinión, no es admisible que deban ser los tribunales internos los que, a partir de las resolución de casos concretos y con las extraordinarias limitaciones de la hermenéutica, tengan que ajustar la normativa a los requerimientos comunitarios.

Permaneceremos expectantes al siguiente episodio de la saga…

¿El principio del fin de la doctrina “de Diego Porras”? (Conclusiones AG en Casos TJUE Grupo Norte Facility y Montero Mateos)

20 diciembre, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Diciembre) - ¿El principio del fin de la doctrina “de Diego Porras”? (Conclusiones AG en Casos TJUE Grupo Norte Facility y Montero Mateos)

La doctrina “de Diego Porras”, que (como se sabe) equipara las consecuencias indemnizatorias entre contratos temporales e indefinidos, parece que tiene los días contados.

Al menos, así parece desprenderse del contenido de las Conclusiones de la Abogado General (Sra. Juliane Kokkot) en los casos Grupo Norte Facility (C-574/16), relativo a la extinción de contrato de relevo; y Montero Mateos (C-677/16), sobre un interino.

A continuación, expongo de forma sintética los argumentos expuestos (prácticamente idénticos) en ambos casos:

A. Síntesis de los argumentos para negar la existencia de discriminación

Primero: El problema jurídico existente en estos dos casos es el mismo que en los casos pendientes de resolución Rodríguez Otero (C-212/17), contrato de relevo, y De Diego Porras (C-619/17), interino.

De modo que parece la respuesta va a ser uniforme para todos ellos.

Segundo: el principio de no discriminación del Acuerdo Marco es aplicable a la indemnización.

En concreto, la expresión “condiciones de trabajo” no tiene una concepción “estricta”, sino que se refiere a también a otras condiciones de empleo como, por ejemplo, “los requisitos y las consecuencias jurídicas de la finalización de un contrato de trabajo o de una relación laboral de duración determinada”.

Se reitera que lo decisivo para entender este concepto es “el criterio del empleo, es decir, el hecho de que las normas aplicables a un trabajador o las prestaciones que éste reclama estén ligadas a su relación laboral con su empresario”.

Corrobora esta interpretación el hecho de que la jurisprudencia sobre las Directivas antidiscriminación 2000/78/CE y 2006/54/CE (que concretan el principio general de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en relación con diferentes motivos de discriminación), también comprenden las condiciones de despido.

Tercero: ratifica que “el principio de no discriminación del Acuerdo marco no alcanza a las posibles diferencias de trato entre distintas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada”.

Cuarto: En un elemento clave de la argumentación, los trabajadores con contratos de duración determinada y los trabajadores fijos no se encuentran en una situación comparable.

Tras recordar cuáles son los elementos/parámetros a tener en cuenta para llevar a cabo este juicio de comparación, los motivos que justifican esta afirmación son los siguientes:

– La indemnización no es una de las prestaciones económicas y sociales del empresario que corresponden del mismo modo tanto a los trabajadores con contratos de duración determinada como a los trabajadores fijos, porque en el derecho interno

“no es, por su objeto y su finalidad, una gratificación por lealtad a la empresa, sino una compensación por el hecho de que el trabajador pierde su puesto de trabajo”.

– Atendiendo precisamente a este objeto y finalidad, no es comparable porque la previsibilidad de perder el puesto de trabajo no es la misma, justificando que puedan asociarse indemnizaciones de diferente cuantía:

– En el contrato de duración determinada

“la pérdida de su puesto de trabajo por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa. El propio trabajador ha participado en el acuerdo contractual que, más tarde o más temprano, hace irremediablemente que su relación laboral finalice, aun cuando él quizá albergue la esperanza, en vista de la larga duración de su empleo temporal, de que su relación laboral se consolide como la de un trabajador empleado con carácter indefinido”.

– En cambio,

“la extinción (anticipada) de una relación laboral —de duración determinada o de duración indefinida— como consecuencia de una decisión del empresario por una causa objetiva (por ejemplo, por dificultades económicas del empresario que hacen ineludible una reducción de plantilla) no es, por regla general, un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente”.

Además, en este caso, la indemnización está pensada para compensar las expectativas frustradas sobre la continuidad de la relación laboral (lo que no acontece en el contrato temporal, en los que la confianza en la continuidad “es mucho menos digna de protección”).

Quinto: “Si se pretendiese impedir a los Estados miembros diseñar de forma diferenciada su legislación laboral en función de las diferencias y de los intereses señalados se estaría socavando la distinción entre contratos de trabajo de duración determinada y de duración indefinida”.

y **Sexto:** No obstante, en el caso de que el TJUE entienda que las situaciones entre contratos temporales e indefinidos sean comparables, **en el caso de contratos interinos** (caso Montero Mateos)

“la situación de un trabajador temporal cuyo contrato de trabajo finaliza y la de un trabajador fijo cuyo empleador extingue la relación laboral por una causa objetiva, no se aprecia una justificación objetiva para las distintas indemnizaciones a las que se tiene derecho en virtud de la ley”.

En cambio, **para los contratos de relevo** (caso Grupo Norte), los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justificarían la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación laboral, cuando el empresario opta libremente porque tal contrato de relevo sea de duración determinada.

Conclusión: al margen de lo apuntado en el punto “Sexto”, la AG entiende que

“no supone una discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinada el hecho de que, al finalizar sus contratos de trabajo por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado, no les corresponda indemnización alguna o les corresponda una indemnización inferior que a los trabajadores cuyos contratos de trabajo, de duración determinada o de duración indefinida, se extinguen como consecuencia de una decisión del empleador por una causa objetiva”

B. Valoración crítica:

Comparto la conclusión alcanzada por la AG, aunque me gustaría exponer algunas valoraciones críticas sobre la fundamentación.

Asumiendo que se aboga por una concepción “expansiva” del concepto de “condición de trabajo” (y, por ende, la indemnización por extinción del contrato queda subsumida en dicho concepto), el nudo gordiano se encuentra en el juicio de comparación entre contratos temporales e indefinidos. Y, en este sentido, para la AG, la clave radica en la “previsibilidad de perder el puesto de trabajo” (o la mayor o menor “confianza en la continuidad”), añadiendo, por un lado, que el “propio trabajador ha participado en el acuerdo contractual que, más tarde o más temprano, hace irremediablemente que su relación laboral finalice”; y, por otro, que la finalidad atribuida a la “indemnización” no es coincidente.

A la luz de esta matriz, en mi opinión, la AG lleva a cabo un argumento, en cierto sentido, “circular”, pues, si bien es cierto que ratifica que la indemnización quedaría dentro de la expresión “condición de trabajo”, esta afirmación queda notablemente “diluida” cuando afirma que la previsibilidad de la extinción y el papel del trabajador en su determinación hacen que temporales e indefinidos no sean comparables. Especialmente porque, al menos, conforme a nuestras categorías conceptuales, estos son los elementos que diferencian ambas formas de ineficacia contractual (y, precisamente, justifican respuestas legales diferenciadas).

En efecto, estos criterios (a mi entender), en el fondo, se están remitiendo a categorías clásicas de la teoría general de los contratos y de las obligaciones: esto es, ineficacia por mutuo disenso anticipado (cumplimiento del término en contratos temporales – “extinción inicialmente prevista por acuerdo de las partes”) e ineficacia por resolución inimputable (extinción sobrevenida en contratos temporales e indefinidos – “extinción no prevista por motivos objetivos”) – en este sentido, extensamente, puede leerse el primer comentario publicado en este blog sobre el caso “Diego Porras” en septiembre de 2016.

La argumentación sobre la finalidad atribuida a la indemnización también incide en esta matriz conceptual, pues, en el contrato temporal, la existencia de una indemnización sólo se explica para evitar el uso abusivo (pues, por la llegada de un término, esto es, el cumplimiento de lo inicialmente acordado, no se devenga responsabilidad contractual alguna). En cambio, en caso de extinción sobrevenida, en el fondo, la indemnización responde a una responsabilidad objetiva (*in re ipsa*).

En paralelo, aunque la AG no lo menciona, a su vez, este criterio da sentido al hecho de que la Directiva 98/58 sobre despidos colectivos excluya a los contratos temporales del cómputo (como también defendí en su momento).

Ahora bien, para el caso de que el TJUE entienda que son comparables, la “suerte” será dispar, pues, mientras que no existe motivo objetivo que justifique un trato desigual respecto de los interinos, los objetivos de política social sí que lo justificarían para el contrato de relevo.

En todo caso, especialmente, para los contratos interinos, queda abierta la puerta a la aplicación de la Cláusula 5ª (esto es, medidas contra el abuso) – equiparándose la indemnización en 12 días – y que, con acierto, ya apuntaba el TS al formular su cuestión prejudicial.

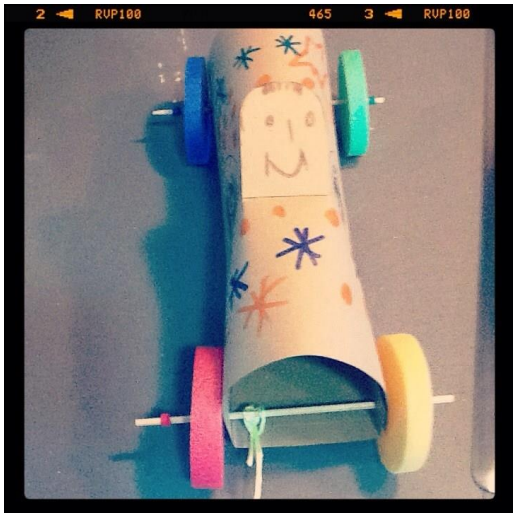
En definitiva, parece que, como apuntaba al inicio de esta entrada, podríamos estar en el principio del fin de la doctrina “de Diego Porras”.

Nueva contratación tras fin de contrato temporal: ¿debe abonarse indemnización según Diego Porras?

20 diciembre, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Diciembre) - Nueva contratación tras fin de contrato temporal: ¿debe abonarse indemnización según Diego Porras?



En una entrada anterior, trataba de identificar las controversias interpretativas derivadas de la doctrina "de Diego Porras" susceptibles de casación. Una de ellas es la relativa a si los trabajadores tienen derecho a percibir la indemnización de 20 días en caso de finalización del contrato temporal y nueva contratación sin solución de continuidad.

Entonces, apuntaba que no compartía el criterio de la STSJ Madrid 5 de junio 2017 (rec. 344/2017) – y que reitera en las sentencias de 12 y 17 de junio 2017, rec. 374/2017; y rec. 551/2017; 25 de septiembre 2017, rec. 639/2017; y 5 de octubre 2017, rec. 426/2016).

En esencia, en estos casos, el TSJ Madrid entiende que

"no puede ser indiferente el dato de que materialmente la relación temporal continúe, aunque sea mediante la suscripción de un nuevo contrato de interinidad. Siendo así, no cabe en el caso actual la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. La situación no es idéntica, pues es claro que si a un trabajador fijo se le extingue el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se le contrata al día siguiente nuevamente. La nueva contratación de la actora introduce un elemento relevante que impide efectuar la comparación apreciando desigualdad de trato. No se ha infringido, en consecuencia, la doctrina de la citada sentencia del TJUE, y siendo ésta la única infracción alegada, se ha de desestimar el recurso".

Mi oposición a esta doctrina se basaba, en esencia, en los siguientes argumentos:

– la previsión de medidas contra el uso abusivo de la contratación temporal (ex cláusula 5ª), precisamente, exige la adopción de medidas de este tipo (aunque, no conviene olvidar que una de las cuestiones que el TS ha formulado al TJUE gira precisamente sobre esta cuestión);

– hasta la fecha, la jurisprudencia, antes de que irrumpiera el caso "de Diego Porras" no ha tenido problema para reconocer compensaciones (de 12 días) en estos casos.

– la comparación debe llevarse a cabo respecto a un trabajador indefinido "comparable" y no respecto a si se ha producido una nueva contratación.

– la teoría de la unidad del vínculo no garantiza que siempre deba tenerse en cuenta toda la prestación de servicios. De modo que, si no se va abonando al finalizar cada contrato, podría suceder que, al finalizar toda la secuencia, el trabajador acabara percibiendo una compensación inferior a la que tendría derecho.

Por su parte, la STSJ País Vasco 18 de julio 2017 (rec. 1474/2017), al respecto, entiende que también debe abonarse la indemnización en estos casos, porque

"El derecho a la indemnización por extinción de un contrato de trabajo, cualquiera que sea la causa de ésta, no se condiciona en nuestro ordenamiento jurídico a que haya generado unos daños y perjuicios efectivos, teniendo derecho a la misma aunque el trabajador encuentre un nuevo empleo desde el día siguiente y con mejores condiciones laborales, pues la opción de nuestro legislador ha sido fijar la indemnización de forma tasada y automática, desligada de los concretos perjuicios generados al trabajador afectado".

Pues bien, la novedad (y el motivo de esta entrada) es que en el seno del propio TSJ de Madrid se ha planteado una discrepancia respecto de la línea interpretativa que ha venido sosteniendo hasta la fecha. Y, en esencia, los motivos que expone la sentencia de 20 de octubre 2017 (rec. 679/2017) para reconocer la indemnización a pesar de una nueva contratación sin solución de continuidad son:

Primero: "el reconocimiento de la indemnización es una consecuencia necesaria de la cláusula 5ª como medida de prevención y sancionadora del abuso de la contratación temporal".

Segundo: si se acude a una interpretación "estricta" del concepto de causa objetiva (referida a las CETOP) es cierto que "no puede entenderse que si se contrata al trabajador (o a otro) posteriormente a su despido para la misma plaza, esa causa objetiva no existe". No obstante, apunta, en tal caso, el despido sería improcedente. De ahí, siguiendo con su argumentación, se extrae que el empleo del concepto "causa objetiva" se hace en términos "amplios": "objetivo es todo aquello ajeno a la persona del trabajador, su comportamiento y su voluntad".

A partir de esta concepción "amplia" del concepto, la sentencia entiende que de la negativa a reconocer la indemnización en estos casos de sucesión de contratación temporal, se estaría haciendo "a unos trabajadores temporales de diferente condición a otros, lo que rompe la lógica del más elemental principio de igualdad que impone el tratamiento igual a lo que es igual".

Y añade:

"es cierto que el trabajador comparable debe ser el indefinido/fijo pero reiteramos que, acudiendo a este parámetro, la indemnización de 20 días se otorga cuando concurre causa objetiva (si bien estricta porque no es posible para el fijo la llegada del término) con independencia, y esto es lo importante, de la eventual nueva contratación del trabajador, que puede ser por sus circunstancias perfectamente legal".

Y, **tercero:** la existencia de una situación dudosa en el proceso de interpretación de la norma aplicable, debe acudirse a la que sea más favorable para el trabajador (favor laboratoris).

Y añade:

"la prudencia y intervención tuitiva aconsejan la necesidad de abonar la indemnización a la finalización de cada contrato temporal para evitar que al fin del último contrato no se tenga en cuenta la totalidad de

los servicios prestados, reduciendo de forma significativa la indemnización por causa objetiva en relación con la que percibiría el trabajador fijo comparable, abocando al trabajador temporal a la interposición de una posterior e innecesaria demanda de resultado incierto".

Para concluir, creo que los argumentos de la STSJ Madrid 20 de octubre 2017 (rec. 679/2017), juntamente con los esgrimidos por la sentencia del TSJ del País Vasco, son suficientemente sólidos como para entender que debe abonarse la indemnización en estos casos.

No obstante, aunque es obvio que esta discrepancia exige una unificación doctrinal, lo más probable es que el TS no intervenga hasta que el TJUE clarifique su doctrina.

¿El principio de igualdad de trato ex art. 20 CDFUE justifica una indemnización de 20 días a contratos temporales según “Diego Porras”?

11 diciembre, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Diciembre) - ¿El principio de igualdad de trato ex art. 20 CDFUE justifica una indemnización de 20 días a contratos temporales según “Diego Porras”?

El caso “de Diego Porras”, con su consiguiente disparidad interpretativa, sigue su curso (del mismo modo que en los casos “Martínez Andrés y Castrejana López” y “Pérez López”). Y así estoy tratando de recogerlo en la “Guía“.

Buscando en el CENDOJ he tenido conocimiento de un pronunciamiento relacionado con el caso “de Diego Porras” particularmente interesante. En concreto, la STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017) [Ponente: Rafael López Parada] aplica esta doctrina del TJUE (y reconoce una indemnización de 20 días) al entender que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato (art. 20 Carta de Derechos Fundamentales de la UE – CDFUE) – y no porque se haya vulnerado el principio de no discriminación (art. 21 CDFUE).

Extremo que, por razones obvias, invita a detenerse para analizar el contenido de este pronunciamiento y hacer una breve valoración crítica.

1. Detalles del caso

El caso parte de la extinción del contrato de un trabajador interino (bombero) de AENA por cobertura de plaza.

En la instancia, tras entender que la extinción es ajustada a derecho, se estima la pretensión subsidiaria y se concede una indemnización de 20 días en base a la Directiva 1999/70/CE, siguiendo la doctrina "de Diego Porras". Esa sentencia es recurrida en suplicación por AENA S.A.

2. Fundamentación

Como punto de partida, en respuesta a la alegación de la recurrente, es importante tener en cuenta la STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017) no entra a valorar si "AENA S.A. es una empresa privada, esto es, si a efectos de la doctrina sobre el valor de las Directivas una empresa pública, con forma de sociedad, como es AENA, debe ser considerada como Estado (en el sentido del Derecho internacional)".

De hecho, entiende que esta "cuestión no precisa ser resuelta desde el momento en que, como veremos, la doctrina dimanante de la sentencia de Diego es aplicable directamente, a juicio de la Sala, a las empresas privadas".

Especialmente, porque

Primero: no es cierto que la obligación de trato igual entre temporales y fijos deriva exclusivamente de la Directiva 1999/70/CE y no de la CDFUE.

Segundo: La Carta diferencia (…) entre el derecho a la igualdad ante la Ley, que solamente puede ser excepcionada cuando concurran circunstancias que justifiquen proporcionadamente un trato diferenciado (artículo 20) y la prohibición de discriminación (artículo 21), que prohíbe aplicar determinados criterios "odiosos" para fundamentar una desigualdad de trato, prohibición que alcanza a todas las personas, públicas y privadas".

El distinto alcance de estos principios ha sido recogido a nivel interno e implica que "mientras que el principio de igualdad -en la Ley y en la aplicación de la Ley- vincula a los poderes públicos, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas".

Tercero: En el ordenamiento jurídico español también se recoge esta distinción:

"el artículo 14 de la Constitución Española se contienen dos prescripciones: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado".

De modo que "la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación".

En cambio,

"Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción, más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que, como la raza, el sexo, el nacimiento y las convicciones ideológicas o religiosas, han estado ligadas históricamente a formas de

opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.

De ahí el distinto alcance de estos principios, porque mientras que el principio de igualdad -en la Ley y en la aplicación de la Ley- vincula a los poderes públicos, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas"

Asumiendo que "el principio de igualdad ante la Ley (no la mera interdicción de la discriminación) es aplicable a las normas jurídicas, en cuanto dimanan de poderes públicos vinculados por la obligación de trato igual", la jurisprudencia (TC y TS) han establecido que

"la diferenciación injustificada, inserta en las normas aplicables, entre trabajadores temporales y fijos, en cuanto introduzca una diferencia de trato carente de causa razonable y proporcionada, es contraria al derecho fundamental a la igualdad de trato, como la jurisprudencia española ha señalado reiteradamente cuando la diferencia se incorpora a las normas de los convenios colectivos".

Cuarto: en este caso, y se trata de un elemento central de la argumentación,

"la diferencia de trato resulta de la diferente regulación legal de la extinción del contrato para los trabajadores temporales y fijos, en lo relativo a la indemnización, ante circunstancias análogas, de manera que un mismo hecho (como puede ser la extinción de una contrata o la redundancia de un puesto de trabajo ante la presencia de dos o más titulares del mismo) justifica tanto la extinción de un contrato temporal, pero sin indemnización o con indemnización de doce días por año, como la extinción de un contrato fijo por la vía del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, con indemnización de veinte días por año. Esa diferencia de trato está inserta en la regulación legal contenida en los artículos 15, 49, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores".

Y, en consecuencia, añade

"si la diferencia de trato es imputable a la norma legal, nos hallamos en el marco del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales y la misma es aplicable porque estamos ante la interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70/CE (artículo 52 de la Carta, en relación con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea)".

Quinto: El derecho fundamental a la igualdad de trato se impone de manera directa por encima del Derecho nacional y en todo tipo de relaciones jurídicas, no solamente de las verticales, tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 19 de enero de 2010, C-555/07, Kücükdeveci y de 26 de febrero de 2013, C-617/10, Fransson).

y **Sexto:** la STJUE 22 de diciembre de 2010 (asuntos C-444/09 y C-456/09), Gavieiro y Torres, ha declarado

"la aplicabilidad directa con alcance general del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos derivado de la Directiva 1999/70/CE, al vincularlo expresamente al principio general de igualdad de trato. El principio de igualdad de trato entre fijos y temporales, según el Tribunal de Justicia, deriva de los principios de igualdad de trato y no discriminación como principios generales del Derecho de la Unión (hoy recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales) y no solamente de la Directiva 1999/70/CE, debiendo serle reconocido 'alcance general'".

Lo que en su conjunto le **permite concluir** que el principio de igualdad de trato

"es aplicable directamente a AENA S.A. aunque se admitiese, a título hipotético, considerar a la misma como sujeto puramente privado, lo que convierte en innecesario resolver aquí si a efectos de la aplicación de las Directivas no incorporadas al Derecho interno las relaciones entre dicha empresa y un particular deben ser consideradas verticales u horizontales".

3. Valoración crítica

En la medida que las Directivas no tienen eficacia directa horizontal, la extensión de la doctrina "de Diego Porras" a las relaciones *inter privatus* no es posible (al margen de la discusión sobre los efectos de la doctrina sobre el valor de las Directivas en una empresa pública). De modo que, si no puede recurrirse a la interpretación conforme, sólo cabe exigir responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar el incumplimiento de la Directiva.

Para algunos Tribunales en suplicación no ha sido necesario activar esta secuencia porque han entendido que el art. 21 de la CDFUE era aplicable y, por tanto, se ha extendido la indemnización de 20 días. En concreto, que tenga constancia, así ha sucedido en las SSTSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1872/2016); 15 de noviembre 2016 (rec. 1990/2016); 22 de noviembre 2016 (rec. 1991/2016); 4 y 18 de julio 2017 (rec. 1371/2017; rec. 1474/2017); (2) 19 de septiembre 2017 (rec. 1622/2017; y rec. 1515/2017); Galicia 30 de noviembre 2016 (rec. 3277/2016); y Canarias\Las Palmas 23 de enero 2017 (rec. 1248/2016).

O, incluso, en algún caso se ha entendido que se alcanzaba el mismo resultado a través del art. 14 CE (SSTSJ País Vasco 22 de noviembre 2016, rec. 2146/2016; y 20 de junio 2017, rec. 1221/2017).

La argumentación de la STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017), a mi entender, es particularmente sugerente. Y, en especial, para los casos asociados al fin de una contrata. Pues, con efectos indemnizatorios distintos, es cierto que el fin de una contrata puede implicar una extinción de un contrato de obra y servicio y, a su vez, justificar una resolución por "causa de empresa", evidenciándose un trato desigual.

No obstante, a mi modo de ver (si he interpretado correctamente la fundamentación de la sentencia), este fenómeno sólo puede predicarse respecto de los contratos temporales de obra y servicio vinculados a la duración de una contrata (que, por cierto, no es el caso enjuiciado); y no, en cambio, en el resto de contratos temporales. Para estos contratos, el fin de una contrata no constituye un término válido que ponga fin a la relación laboral y, por tanto, la ineficacia contractual debe canalizarse a través de la resolución por "causas de empresa" – del mismo modo que un contrato indefinido).

En cualquier caso, como he apuntado en otras ocasiones, aunque se entienda que la CDFUE es aplicable (mediante el art. 20 o el art. 21) o, incluso, el art. 14 CE, para que la equiparación compensatoria sea exigible, es necesario (o, mejor dicho, absolutamente imprescindible) recurrir a una "interpretación extensiva" del concepto "condición de trabajo" que integre a las indemnizaciones.

Y, para ello, es necesario (si o si) recurrir a la Directiva (y a la interpretación de la misma por parte del TJUE); y, por consiguiente, debe ser aplicable al supuesto enjuiciado (y en las relaciones entre privados esto no es fácil de sostener), especialmente, porque (hasta donde mi conocimiento alcanza) esta conceptuación "extensiva" es inexistente en nuestro ordenamiento jurídico interno.

De otro modo, aunque se recurra a los arts. 20 y 21 de la CDFUE o al art. 14 CE, es muy difícil impedir que la lógica jurídica interna se despliegue de forma ordinaria y, por ende, el "término" describa un supuesto de ineficacia contractual distinto a la "resolución" y, por consiguiente, la disparidad de tratamiento en uno y otro caso quede justificada.

Para concluir, como también he tenido ocasión de exponer en otro momento, el recurso de algunos Tribunales en suplicación a la CDFUE invita a pensar que, con independencia del contenido de las futuras resoluciones del TJUE dando respuesta a las diversas cuestiones prejudiciales (la del TS, la última), se dé por finalizado el conflicto (al menos, a corto o medio plazo).

La contratación temporal y la jurisprudencia europea y aplicación por los tribunales internos (Ponencia)

22 noviembre, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia, Ponencias, Slides

Publicado en:

2017 (Noviembre) - La contratación temporal y la jurisprudencia europea y aplicación por los tribunales internos (Ponencia)

El pasado 25 de octubre 2017, en el marco del ***VII Seminario de Recursos Humanos de l'Escola d'Adminsitració Pública de Catalunya***, fui invitado a impartir una ponencia con el título:

"La contratación temporal y la jurisprudencia europea y aplicación por los tribunales internos".

El objeto de mi presentación giró alrededor de los casos "de Diego Porras", "Martínez Andrés" y "Castrejana López" y "Pérez López", así como su compleja recepción por parte de los tribunales internos en el sector público y privado.

La ponencia también recoge las diversas cuestiones prejudiciales que se han planteado hasta la fecha y que están pendientes de resolución, así como los conflictos susceptibles de casación.

(Nota: la ponencia toma como pauta y sintetiza de forma sistemática el contenido de la "Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina 'de Diego Porras'").

Puede accederse a la ponencia (Prezi) **en este enlace**.

Espero que pueda ser de algún interés.

Crítica a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el caso Diego Porras: luces y sombras

7 noviembre, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Noviembre) - Crítica a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el caso Diego Porras: luces y sombras

El Auto del Tribunal Supremo 25 de octubre de 2017 (rec. 3970/2016), planteando una nueva cuestión prejudicial en relación al caso "de Diego Porras", creo que tiene el acierto (y virtud) de proponer una "salida razonable" a la situación creada por este controvertido caso, sin alterar (en exceso) el marco normativo interno ni la lógica intrínseca de las instituciones jurídicas afectadas. Y, en este sentido, creo que puede evaluarse muy positivamente.

El objeto de esta entrada es llevar a cabo algunas (breves) reflexiones críticas sobre el contenido de las 3 cuestiones que se plantean y apuntar brevemente algunas posibles sombras (para un extracto de la fundamentación puede consultarse este enlace y un acertadísimo comentario del mismo auto en el blog Prof. Eduardo Rojo) .

1. Reflexiones sobre las cuestiones

– "**¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causa legalmente tasadas?"**

A través de la primera cuestión prejudicial, el TS pretende evidenciar que en el conflicto entre contratos interinos e indefinidos el principio de no discriminación (cláusula 4ª de la Directiva) no se encuentra comprometido. Especialmente porque, en ambos casos, la extinción por motivos sobrevenidos recibe idéntico tratamiento jurídico (ver al respecto aquí y aquí).

En este sentido, tengo la esperanza de que el TJUE, en la medida que ya manifestó a través de su Presidente que no "entendieron bien el problema", se decante por responder negativamente a esta primera cuestión.

– "**Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?**"

A través de la segunda cuestión prejudicial, el TS viene a preguntar al TJUE si efectivamente los contratos interinos deben percibir algún tipo de indemnización en el momento que se extinguen por el cumplimiento del término.

Como se sabe, los contratos interinos quedan excluidos del abono de una indemnización *ex* art. 49.1.c) ET, porque (*a priori*) es el único contrato verdaderamente causal y, por consiguiente, es difícil que pueda producirse un uso abusivo. De ahí que el Legislador estimara que no era preciso prever medidas dirigidas a evitar su abuso.

No obstante, la desnaturalización de esta modalidad de contratación temporal a partir de una interpretación muy flexible de la misma por parte de los Tribunales (pudiéndose celebrar para suplir a trabajadores en vacaciones, permisos, etc. – ver al respecto, en esta entrada) pone en duda la validez de este planteamiento (pues, los abusos son frecuentes y particularmente graves).

Por consiguiente, dejando de lado esta realidad (que espero que pueda corregirse), con la segunda cuestión se estaría preguntando al TJUE si este planteamiento sigue siendo válido (y, por consiguiente, sigue sin ser preciso el abono de una indemnización para estos contratos). De hecho, repárese que si el TJUE diera una respuesta negativa a esta cuestión, *a priori*, parece que podría darse por cerrado el caso "de Diego Porras" (aunque ya veremos que no es probable que sucediera exactamente así).

No obstante, como se ha apuntado, a la luz de la doctrina que admite la celebración de contratos de interinidad en casos en los que propiamente no hay una reserva de puesto de trabajo, parece que lo razonable sería que el TJUE respondiera positivamente a la segunda cuestión. A su vez, el caso de los interinos por vacante plantea una complejidad específica (entre otras cosas, porque, en virtud del art. 70 EBEP, pueden pasar a ser indefinidos no fijos y, por ende, *ex* STS 28 de marzo 2017, contratos no temporales).

En cualquier caso, (como les he avanzado) permítanme que les traslade que, con independencia de la respuesta afirmativa o negativa a la segunda cuestión, no sé si se daría por finalizado el conflicto alrededor del importe de la indemnización en caso de extinción ajustada a derecho de los contratos temporales.

Especialmente, porque no son pocos los casos en los que los Tribunales (en el ámbito del sector privado – ver aquí) han reconocido la indemnización de 20 días en base al art. 21 CDFUE (de forma controvertida en mi opinión – al respecto, extensamente, en esta entrada). Lo que, por otra parte, si se admitiera para el sector privado, nada impediría que también se hiciera para el sector público.

De modo que si los Tribunales, al margen de lo que acabe decidiendo el TJUE en este caso, siguen abogando por esta interpretación (*ex* art. 21 CDFUE), no es (en absoluto) descartable que el TJUE tuviera que pronunciarse de nuevo para resolver esta cuestión "derivada".

– "**De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?**"

A través de esta tercera cuestión, y para el caso de que la respuesta a la segunda sea afirmativa, el TS vendría a tratar de equiparar la indemnización entre temporales entre sí a través de la cláusula 5ª de la Directiva.

Como se recordará, si bien es cierto que en el caso "de Diego Porras", el TJUE explícitamente afirma que la Cláusula 4ª no permite comparar el régimen jurídico de los contratos temporales entre sí, en cambio, en el caso "Martínez Andrés" y "Castrejana López", a la luz de la Cláusula 5ª, esta comparación si es posible.

En definitiva, para el caso de que el TJUE estimara esta interpretación, se regularizaría los importes indemnizatorios entre todos los contratos temporales.

– A modo de conclusión:

A mi modo de ver, teniendo en cuenta la interpretación flexible sobre los contratos de interinidad apuntada, parece que mientras esta doctrina no se "regularice" (acotando la interinidad a los casos en los que verdaderamente concurre una reserva de puesto de trabajo), en mi opinión, parece que lo ideal (o más razonable) sería que las respuestas del TJUE a cada una de las preguntas fueran respectivamente: negativa, positiva y positiva.

A mi entender, como ya he avanzado, el Auto del TS es acertado y tiene la clara pretensión de normalizar la situación sin alterar la lógica intrínseca de las instituciones afectadas. Lo que, a la luz de lo que ha sucedido desde septiembre de 2016 (ver al respecto en la "Guía") no es poco.

2. Algunas sombras siguen sobrevolando

No obstante, siguen sobrevolando algunas sombras que me gustaría exponer a continuación brevemente:

– En primer lugar, es importante tener en cuenta que el próximo miércoles 8 de noviembre 2017el TJUE celebrará la vista de los casos Grupo Norte Facility (C-574/16, resolviendo la cuestión prejudicial del TSJ de Galicia – contrato de relevo) y Montero Mateos (C-677/16, resolviendo la cuestión prejudicial del JS/33 Madrid – contrato de interinidad).

De modo que, en función de cuando se haya enviado, podría suceder que el Auto no llegue a tiempo para que el TJUE lo tenga en cuenta. Circunstancia que añadiría unas "interesantes" dosis de "dramatismo" a la situación (dignas de una película de suspense). Y, para el caso de que no llegaran (y poniéndonos en el peor de los escenarios), en función de lo que entienda el TJUE en respuesta a las cuestiones formuladas en los casos Grupo Norte Facility y Montero Mateos, la resultante podría acabar generando una notable (e indeseable) incertidumbre (mayor, si cabe, que la existente).

– En segundo lugar, recuérdese que, en la medida que los contratos indefinidos no fijos ya no son temporales y perciben una indemnización de 20 días por cobertura reglamentaria de la plaza (*ex*STS 28 de marzo 2017), sería posible que, en virtud de la cláusula 4ª (no discriminación), se entienda que el trato desigual con respecto a los interinos por vacante (figuras que han sido homogéneas durante décadas) no esté justificado (ver al respecto en esta entrada). Recuérdese que ambas contienen una obligación de cobertura reglamentaria de plaza (y, por ende, *de facto*, ambas "modalidades" podrían calificarse como "interinos de hecho"). De modo que (más allá de las dificultades de hacer entender al TJUE que los

indefinidos no fijos ya no son temporales – como él mismo había dictaminado en el caso Huétor Vega) esta desigualdad injustificada exigiría que se incrementara la indemnización de los interinos por vacante hasta los 20 días (y ello con independencia de lo que acabe dictaminando el TJUE en el caso "de Diego Porras"). Lo que no dejaría de ser paradójico.

La particularidad del caso es que esta eventual indemnización de 20 días de los interinos por vacante, a mi modo de ver, no tendría que extenderse automáticamente al resto de contratos temporales (para el caso de que, a la luz de lo que el TJUE definitivamente acabe decidiendo en el caso "de Diego Porras", el importe acabara limitándose a 12 días). Especialmente por dos motivos:

– Primero, porque, en virtud de la Cláusula 4ª de la Directiva, no sería posible comparar el régimen jurídico de los contratos temporales entre sí; y

– Segundo, porque, en virtud de la Cláusula 5ª de la Directiva y en base a lo que ha afirmado el TJUE, lo que se pretende es que se prevea alguna medida contra el abuso y no que esta sea idéntica en todos los casos. En la medida que los contratos temporales ya tienen prevista una indemnización *ex* art. 49.1.c) ET, parece que por esta vía tampoco podría exigirse su equiparación al alza. Lo que, de nuevo, no dejaría de ser paradójico

De modo que parece que, en este eventual escenario, la única opción para forzar esta equiparación al alza sería acudir a la vía habilitada por el art. 21 CDFUE (opción que, como ya he apuntado, no creo que tenga solidez suficiente para justificarlo).

En definitiva, a la luz de lo expuesto, parece que al caso "de Diego Porras" podría quedarle aún una larga vida…

Permaneceremos a la expectativa (y, especialmente, de lo que se derive del próximo miércoles 8 de noviembre).

Impacto del asunto “de Diego Porras” en la jurisdicción contencioso-administrativa

5 octubre, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Octubre) - Impacto del asunto “de Diego Porras” en la jurisdicción contencioso-administrativa

A través de esta entrada me complace compartir un artículo publicado recientemente en la Revista *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 18 (2017) con el título: “***Impacto del asunto ‘de Diego Porras’ en la jurisdicción contencioso-administrativa***” (acceso al trabajo en este enlace).

En síntesis, en el trabajo se aborda el análisis de las controversias existentes en la jurisdicción C-A para aplicar la doctrina «de Diego Porras».

El estudio defiende que, hasta la fecha, los argumentos que han sido empleados para rechazar o aceptar su aplicación se alejan del criterio comunitario y se sugiere que, ante el silencio normativo, la necesidad de adoptar medidas contra el abuso de la contratación temporal podría llevar a exportar las medidas existentes en el ámbito social al administrativo.

Espero que pueda ser de interés.

Contratos temporales, indemnización y caso “Diego Porras”: controversias susceptibles de casación

19 julio, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Julio) - Contratos temporales, indemnización y caso “Diego Porras”: controversias susceptibles de casación

El caso “de Diego Porras” sigue su (implacable) curso (al igual que los asuntos “Martínez Andrés y Castrejana López” y “Pérez López”) y, en las últimas fechas, se han dado a conocer numerosas sentencias sobre esta(s) doctrina(s). Todas ellas han sido recogidas en la última actualización de la “Guía“.

Lamentablemente la disparidad interpretativa se mantiene en unos niveles particularmente elevados.

En esta breve entrada, por un lado, me gustaría hacer un repaso de los conflictos sobre los que existe una discrepancia interpretativa en suplicación y, por ende, *a priori*, son susceptibles de casación; y, por otro lado, también abordaré un nuevo conflicto interpretativo que ha surgido en relación a si se tiene derecho a la indemnización *ex* Diego Porras en caso extinción de un contrato temporal y formalización de uno nuevo sin solución de continuidad.

A. Conflictos interpretativos susceptibles de casación

Los conflictos interpretativos susceptibles de casación (de los que tenga constancia) serían, a fecha de hoy, los siguientes (7 en el orden social y 1 en el C-A – en relación al caso Martínez Andrés):

– Conflictos en el Orden Social

Primero (asunto "de Diego Porras"): STSJ Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 264/2014) – resolución caso "de Diego Porras".

Segundo (cobertura de plaza de indefinidos no fijos): sobre el abono de los 20 días en extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinidos no fijos:

– por un lado, las SSTSJ Galicia 17 y 30 de enero 2017 (rec. 3864/2016 y rec. 4245/2016); y 26 de octubre 2016 (rec. 2059/2016); y Asturias 8 de noviembre 2016 (rec. 2142/2016);

– por otro lado, las SSTSJ Castilla La Mancha 14 de diciembre 2016 (rec. 1388/2016); Madrid 5 de diciembre 2016, (rec. 820/2016); y Extremadura 11 de abril 2017 (rec. 53/2017).

No obstante, debe entenderse que este conflicto ha quedado superado a partir de la doctrina de la STS 28 de marzo (rec. 1664/2015) que reconoce los 20 días sin acudir a la doctrina "de Diego Porras" porque los indefinidos no fijos han dejado de ser contratos temporales (aunque, como he tenido ocasión de apuntar, podría plantearse un nuevo conflicto en el marco de la Directiva 1999/70 entre esta "modalidad" contractual "no temporal" y lo previsto para los interinos por vacante – "temporal"- ver al respecto en esta entrada y en esta).

Tercero (relevo): sobre el abono de los 20 días en extinción ajustada a derecho de contratos de relevo en "empresas públicas" (al margen de las cuestiones prejudiciales pendientes).

– por un lado, STSJ País Vasco 13 de junio 2017 (rec. 1108/2017);

– por otro lado, STSJ Castilla y León\Burgos 13 de junio 2017 (rec. 353/2017)

Cuarto (obra y servicio): sobre el abono de los 20 días en extinción ajustada a derecho de contratos de obra y servicio en empresas "no públicas".

– por un lado, la SSTSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016 (rec. 1539/2016); Madrid 11 de mayo 2017 (rec. 36/2017): y,

– por otro lado, las SSTSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1872/2016); Galicia 30/11/16 (rec. 3277/2016); y Extremadura 21 de marzo 2017 (rec. 37/2017).

Quinto (interinos): sobre el abono de los 20 días en extinción ajustada a derecho de contratos interinos en empresas "no públicas"

– por un lado, SSTSJ Madrid 15 de marzo 2017 (rec. 621/2014); País Vasco 15 y 22 de noviembre 2016 (rec. 1990/2016 y rec. 1991/2016); Canarias\Las Palmas 23 de enero 2017 (rec. 1248/2016);

– por otro lado, STSJ Cantabria 6 de marzo 2017 (rec. 113/2017).

Sexto (requisitos formales): sobre los requisitos formales a cumplimentar en estos supuestos extintivos

– por un lado, STSJ Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 264/2014);

– por otro, STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1690/2016).

y, **Séptimo (principio de congruencia procesal):** sobre los límites del principio de congruencia procesal

– por un lado, SSTSJ Cataluña 30 de diciembre 2016 (rec. 3593/2016); y 23 de febrero 2017 (rec. 6599/2016): y Castilla y León\Valladolid 26 de enero 2017 (rec. 1777/2016):

– por otro lado – entre otras -, STSJ País Vasco 15 de noviembre 2016 (rec. 1990/2016).

– *Conflictos en el Orden Contencioso-Administrativo*

En otro orden de consideraciones, es interesante tener en cuenta que en la jurisdicción C-A se acaba de admitir a trámite (ATS\C-A 30 de mayo 2017, rec. 785/2017) el recurso de casación a la STSJ País Vasco\C-A 12 de diciembre 2016 (rec. 635/2013), en el caso "Martínez Andrés" (recuérdese, resuelto por la STJUE 14 de septiembre 2016, C-184/15 y C-197/15, Asuntos acumulados "Martínez Andrés" y "Castrejana

López”). En concreto, se indica que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

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

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

B. ¿Indemnización ‘ex’ Diego Porras en sucesión de contratos temporales?

En paralelo a estos conflictos también podría plantearse una nueva controversia con ocasión de la doctrina que mantiene la STSJ Madrid 5 de junio 2017 (rec. 344/2017) – sin olvidar, entre otras posibles, la relativa a la aplicación de la doctrina “de Diego Porras” a las ETT (sin que, hasta la fecha, tenga constancia que se haya dictado una sentencia que la contradiga – ver al respecto aquí).

En esencia, el TSJ de Madrid entiende que la indemnización de 20 días por extinción procedente de un contrato temporal no procede en los supuestos en los que se produce una nueva contratación sin solución de continuidad.

En un caso anterior, el propio Tribunal en la sentencia de 19 de mayo 2017 (rec. 223/2017) ya había rechazado el abono de la indemnización en un caso de sucesión contractual. No obstante, no son casos plenamente equiparables porque en este supuesto la nueva contratación se hace con reconocimiento “de todos los servicios previos prestados como interina por vacante a efectos de antigüedad”. Circunstancia que lleva al TSJ de Madrid a entender que “no sean de aplicación al caso las sentencias invocadas por la demandante, cuya petición de indemnización de 20 días deviene así carente de fundamento, al menos en el actual momento, sin perjuicio de que en un futuro, cuando cese definitivamente como eventual estatutaria, tenga derecho a la indemnización que en Derecho le pudiera corresponder”.

En cambio, en la sentencia de 5 de junio 2017 (rec. 344/2017), el TSJ de Madrid (en contra de la pretensión de la trabajadora – que estima que la indemnización está vinculada a cada extinción de contrato) sostiene lo siguiente:

“La tesis de la recurrente es inobjetable solo para el supuesto de la reclamación de la indemnización por extinción del contrato temporal de 12 días por año de servicios prevista en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, pues no existe ninguna prevención legal que establezca que la suscripción de un nuevo contrato impida el devengo de la indemnización por extinción de un contrato temporal.

Pero lo que se está solicitando es la indemnización de 20 días por año de servicios por aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y dicha sentencia no examina un caso como el actual. En esa resolución se examina el supuesto de extinción de un contrato de interinidad no seguida de nueva contratación, y no puede ser indiferente el dato de que materialmente la relación temporal continúe, aunque sea mediante la suscripción de un nuevo contrato de interinidad. Siendo así, no cabe en el caso actual la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. La situación no es idéntica, pues es claro que si a un trabajador fijo se le extingue el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se le contrata al día siguiente nuevamente. La nueva contratación de la actora introduce un elemento relevante que impide

efectuar la comparación apreciando desigualdad de trato. No se ha infringido, en consecuencia, la doctrina de la citada sentencia del TJUE, y siendo ésta la única infracción alegada, se ha de desestimar el recurso".

[Con posterioridad a la publicación de esta entrada, se ha dado a conocer un pronunciamiento contrario a esta doctrina, STSJ País Vasco 18 de julio 2017, rec. 1474/2017)].

A mi modo de ver esta doctrina es discutible por los siguientes argumentos (cinco):

Primero: el reconocimiento de una indemnización por extinción de un contrato temporal es una "derivada" de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco (esto es, previsión de medidas contra el uso abusivo de la contratación temporal).

Segundo: el hecho de que se produzca una sucesión de contratos temporales sin solución de continuidad describe una situación de potencial abuso en la contratación temporal y, por lo tanto, una situación que evidencia la especial oportunidad (o idoneidad) de una medida de esta naturaleza de acuerdo con el planteamiento de la doctrina del TJUE.

Tercero: antes de la aparición de la doctrina "de Diego Porras" (hasta donde mi conocimiento alcanza) no se ha negado la percepción de esta compensación en estos casos (de hecho, si se ha producido un fraude o ilicitud en la sucesión de contratos temporales, la jurisprudencia ha eximido a los trabajadores de la devolución de las indemnizaciones ex art. 49.1.c ET percibidas con anterioridad a la declaración del despido improcedente).

De hecho, es discutible que el TSJ de Madrid entienda que es admisible que se perciban estas indemnizaciones *ex* art. 49.1.c ET y, en cambio, no lo sea *ex* Diego Porras.

Cuarto: A mi modo de ver también es discutible que el TSJ de Madrid niegue la indemnización en base a que la situación no es idéntica (porque el trabajador indefinido despedido "no se le contrata al día siguiente"). Especialmente porque lo que la norma prevé es una compensación por extinción "objetiva" del contrato, al margen de si efectivamente el trabajador es contratado de nuevo. Y, precisamente, a mi entender, la búsqueda de un "trabajador comparable" *ex* Acuerdo Marco debe articularse a partir de este parámetro (y no de la eventual o no contratación posterior). Entenderlo de otro modo significaría diluir el efecto útil de la Directiva.

y, Quinto: si no se abonara la indemnización al finalizar cada contrato temporal, podría suceder que el concluir el último contrato no se tuviera en cuenta todo el tiempo de servicios prestado y, en consecuencia, el importe indemnizatorio resultante sería significativamente inferior al que percibiría un trabajador indefinido cuyo contrato se extinga *ex* arts. 51 o 52 ET (evidenciándose un trato diferenciado sin un motivo objetivo que lo justifique).

C. Valoración final

A la luz de todos estos conflictos, todo parece indicar que el retorno del verano será analíticamente intenso. Especialmente, porque parece claro que, antes de que el TJUE resuelva las 3 cuestiones prejudiciales pendientes (ver aquí), el TS tendrá que pronunciarse y unificar la doctrina.

Permaneceremos a la expectativa.

Doctrina “de Diego Porras”: efectos colaterales (en readmisión ‘ex’ art. 96.2 EBEP y en jubilación anticipada)

17 julio, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia, Comentarios Legislación

Publicado en:

2017 (Julio) - Doctrina “de Diego Porras”: efectos colaterales (en readmisión ‘ex’ art. 96.2 EBEP y en jubilación anticipada)

El elemento probablemente más relevante de la doctrina “de Diego Porras” sea la reafirmación del TJUE que el criterio decisivo para precisar el concepto “condiciones de trabajo” *ex* Directiva 1999/70 es “el del empleo” (“es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario”), pues, de la misma se colige 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”.

Esta afirmación (particularmente controvertida a mi modo de ver – ver al respecto, aquí) es la que ha precipitado la posibilidad de exigir una equiparación indemnizatoria entre contratos temporales e indefinidos (y, como estoy tratando de recoger en esta entrada – “Guía” –, está provocando una disparidad interpretativa en sede judicial sin precedentes).

Sin embargo, los efectos de esta afirmación del TJUE no se agotan en la cuestión relativa a la compensación económica en caso de extinción. De hecho, hasta la fecha, también se ha visibilizado en dos ámbitos concretos y con suertes dispares: el derecho de readmisión de los trabajadores fijos en caso de despido disciplinario *ex* EBEP (y que ha motivado el planteamiento de una cuestión prejudicial); y el acceso a la jubilación anticipada en caso de extinción de un contrato temporal eventual (aspecto que creo que hubiera podido ser objeto también de otra cuestión ante el TJUE).

En esta entrada me gustaría hacer una breve referencia a ambos.

A. La readmisión del art. 96.2 EBEP

El primer ámbito se refiere a si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos *ex* art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, con respecto a los indefinidos no fijos y temporales.

Esta cuestión ha llevado al JS núm. 2 de Terrassa a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE (auto 26 de enero 2017 – en DOUE 15/5/17). En esencia, a la estela de lo fundamentado en el caso "de Diego Porras", se entiende que "el tratamiento legal de un despido disciplinario que establece el art. 96.2 EBEP es una condición de trabajo en el sentido de la Cláusula 4 punto 1" de la Directiva 1999/70.

Lo que lleva a cuestionar si

"la diversa forma en que el ordenamiento jurídico responde ante un despido disciplinario improcedente en el ámbito de aplicación del TRLEBEP supone una discriminación (o desigualdad no justificada) en los términos de la Cláusula 4 apartado 1 de la Directiva o artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

B. Extinción contrato temporal eventual y acceso a la jubilación anticipada

El segundo ámbito se refiere a la posibilidad de acudir a la jubilación anticipada en caso de extinción de un contrato temporal. Esta cuestión ha sido debatida en la STSJ Andalucía\Sevilla 17 de mayo 2017 (rec. 1510/2016).

En esencia, lo que se plantea en este caso es si la extinción de un contrato de trabajo temporal eventual puede asimilarse a una extinción de contrato por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador a los efectos de acceder a la pensión de jubilación anticipada.

Y, más específicamente, si la extinción de un contrato temporal eventual puede subsumirse en el concepto "situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral" (*ex* apartado d del antiguo art. 161.bis.2 TRLGSS – hoy 207.1.d TRLGSS). Como se sabe, las citadas circunstancias son:

"1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.ª La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

4.ª La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

5.ª La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

Y, al respecto, la sede de Sevilla del TSJ de Andalucía entiende que

"Ciertamente en el caso de los trabajadores eventuales, podríamos decir que su contrato se extingue -al igual que los fijos comparables- por una causa productiva. Ahora bien, aquí las causas productivas (circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos) son previas, no posteriores. Es decir, a diferencia de contratos temporales de otra naturaleza como el de interinidad o el de obra o servicio determinado, la extinción no tiene aquí como causa el surgimiento de un acontecimiento externo posterior, sino que por el contrario, las circunstancias que justifican la extinción del contrato son las contrarias, esto es, el fin de las causas que dieron lugar a la existencia de mano de obra por la empresa. La reincorporación del sustituido o el fin de la obra conllevan el sobredimensionamiento de la plantilla (causa objetiva en el sentido de la Directiva y de la jurisprudencia), pero en el caso del eventual las dificultades de gestión empresarial nacen antes, en relación a necesidades puntuales de mano de obra y ello es el fundamento de la contratación.

Así, y analizando una extensión aplicativa de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14-9-2016, dictada en el asunto C 596/14 (De Diego Porras), ha de concluirse que no puede existir en el caso ahora sometido al enjuiciamiento de esta Sala un elemento de comparación con el trabajador fijo, en tanto que un productor de esta naturaleza no tiene, por definición y a diferencia del eventual, pactado término, esto es, su relación laboral nunca finalizaría por actualización de la cláusula temporal, lo que excluiría del términos de comparabilidad exigido por la Directiva".

3. Valoración crítica

Aunque, como ya he apuntado, no comparta el razonamiento del TJUE sobre la concepción de la expresión "condiciones de trabajo", creo que hay elementos para entender que, a la luz de la línea interpretativa que está manteniendo hasta la fecha, ambas situaciones descritas en los apartados precedentes podrían exigir que se dispense un trato homogéneo entre trabajadores temporales e indefinidos.

En este sentido, es interesante recordar lo que el TJUE sostiene en el caso "de Diego Porras" al respecto (apartados 25 a 28):

"Procede recordar con carácter previo que, a tenor de la cláusula 1, letra a), del Acuerdo marco, uno de sus objetivos es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación. De igual modo, el Preámbulo del Acuerdo marco precisa, en su párrafo tercero, que éste «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». El considerando 14 de la Directiva 1999/70 indica al efecto que el objetivo 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".

El Acuerdo marco, y en particular su cláusula 4, tiene por objeto la aplicación de dicho principio a los trabajadores con contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida.

Habida cuenta de los objetivos que persigue el Acuerdo marco, 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.

En relación con el concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el criterio decisivo para determinar si una medida está

incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario".

A partir de esta matriz, y **en relación al art. 96.2 EBEP**, creo que no es descartable que el TJUE también entienda que readmisión deba ser calificada como "condición de trabajo" *ex* Directiva y, por consiguiente, deba reconocerse a los trabajadores temporales *ex* EBEP en caso de despido disciplinario injustificado.

El controvertido cambio de doctrina del TS sobre la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos (que han dejado de ser contratos temporales – una aproximación crítica en estas entradas: "1", "2" y "3"), describe un nuevo escenario. Especialmente porque esta "modalidad" contractual quedaría automáticamente fuera del radio de acción de la Directiva 1999/70 (a la espera no obstante, de lo que eventualmente pueda determinar el TJUE si se le llega a interpelar al respecto). Por otra parte, si el TJUE acabara asumiendo este cambio de naturaleza (aspecto sobre el que tengo mis dudas), sería interesante saber si ello tendría algún efecto en la evaluación del trato diferenciado que prevé el art. 96.2 EBEP.

Por otra parte, hace un tiempo expuse en un trabajo una crítica sobre este tratamiento diferenciado desde el punto de vista de la teoría general de los contratos y de las obligaciones (ver aquí).

En cuanto a la **jubilación anticipada** (y de un modo similar a lo relativo a la readmisión prevista en el art. 96.2 EBEP), no es descartable que el TJUE considere que también debe ser calificada como una "condición de trabajo", especialmente, porque el criterio decisivo es "el del empleo" ("es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario").

Si la extinción de un contrato eventual puede ser calificada como una causa "objetiva" (afirmación que no comparto – ver aquí y aquí), a los ojos del TJUE, parece razonable entender que, en tales casos, la legislación establezca una respuesta similar a la prevista para las extinciones "objetivas" de los contratos indefinidos. Y el hecho de que uno de los factores que precipita el acceso a la jubilación anticipada es una forma específica de extinción del contrato puede hacer pensar que existe un vínculo (suficientemente sólido) con "el empleo" a los efectos de la Directiva.

A la luz de todo lo expuesto, creo que hubiera podido plantearse una nueva cuestión prejudicial al TJUE al respecto. No obstante, por el momento, parece que esta cuestión va a tener que esperar.

Para finalizar, estos casos evidencian que la doctrina "de Diego Porras" está precipitando un replanteamiento de muchas de las categorías conceptuales que nos han regido hasta la fecha. Y, si efectivamente se consolida, es probable que nos veamos abocados a un proceso de "deconstrucción conceptual" (que espero que sea de una simplicidad similar a la que se describe en el dibujo que preside esta entrada…).

Permaneceremos a la expectativa.

Cese de funcionario y personal estatutario interinos e indemnización: discrepancias interpretativas (y alguna omisión relevante)

11 julio, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Julio) - Cese de funcionario y personal estatutario interinos e indemnización: discrepancias interpretativas (y alguna omisión relevante)

La SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 (núm. 120/2017) acaba de reconocer una indemnización de 20 días a un funcionario interino. Se trata de una sentencia novedosa porque, hasta donde mi conocimiento alcanza, es la primera vez que se concede.

Hasta la fecha, el criterio de los Tribunales de la jurisdicción C-A había sido contrario a este planteamiento. Aunque, ciertamente siguiendo un argumentación, a mi entender, discutible. Antes de proceder al análisis de este pronunciamiento, centraré la atención en estos casos precedentes

1. Los casos precedentes

Los casos precedentes (que tenga constancia) son los siguientes (3) – añadiendo un breve valoración crítica:

– Primero: La SJC-A Barcelona núm. 4 de 25 de mayo 2017 (núm. 100/2017), relativa al cese de funcionaria interina que ocupa (desde diciembre de 2010) plaza vacante de un ente local por amortización, tras entender que el cese es ajustado (porque constituye una de las causas legales descritas en el art. 10.1 EBEP), no reconoce la indemnización conforme a la doctrina "de Diego Porras" porque

“la citada sentencia hace referencia a una situación distinta a la que ahora nos ocupa, a saber la de una contratación dentro del ámbito laboral y, por ello, del derecho del trabajo”.

Crítica: Argumento particularmente discutible en la medida que el TJUE (en diversos pronunciamientos) ha entendido que la Directiva es aplicable a las Administraciones Públicas.

– Segundo: Del mismo parecer es la SJC-A Barcelona núm. 13 de 8 de junio 2017 (núm. 136/2017), relativa al cese de personal estatutario interino , cuya relación ha quedado sin efectos por resolución dictada por el Institut Català de Salut (ICS). Tras denegarse que dicha relación pueda ser calificada como indefinida no fija laboral, también se rechaza la aplicación de la doctrina “Diego Porras” porque la diferencia de trato se pretende entre trabajadores laborales y estatutarios (y no entre trabajadores indefinidos y temporales) y ello queda fuera de la Directiva *ex* doctrina “Pérez López”.

Crítica: Pronunciamiento discutible porque en este caso el TJUE (apartados 66 y 67) rechaza la comparación entre trabajadores temporales laborales y trabajadores temporales estatutarios (pero no entre laborales y estatutarios temporales – apartado 67).

Tercero: finalmente, SJC-A Santiago Compostela núm. 2 de 5 de mayo 2017 (núm. 152/2017), también niega el reconocimiento de esta indemnización en un caso de cese de funcionario interino por incorporación de una titular de carrera al puesto que desempeñaba. En la sentencia se estima que no procede la aplicación de la doctrina Diego Porras, en síntesis, porque

el ATJUE de 09.02.17, dictado en el asunto C-443/16, cuyos puntos 52 y 53 dejan claro que no resulta justificado con arreglo al Acuerdo marco de 1999 que pueda existir un trato diferenciado de los funcionarios interinos, respecto de los de carrera, por razón de las restricciones presupuestarias, ya que la necesidad de velar por una gestión rigurosa del personal no puede justificar una discriminación, como ya se indicó en las SSTJUE de 23.10.13, dictada en los asuntos C-4/02 y C-5/02 y de 22.04.10, dictada en el asunto C-486/08.

Esa conclusión podría avalar la procedencia del abono de indemnizaciones a aquel colectivo al extinguirse su relación funcionarial, pero lo cierto es que la segunda de esas resoluciones, la STJUE de 14.09.16, dictada en el asunto C-16/15, que analizó la situación de una estatutaria (o funcionaria especial), es clara al declarar (…) sí que es posible una diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, “que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionaria o laboral”, en cuyo caso “no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho acuerdo marco” (punto 66), (…); y, por ello, concluye que la diferencia de trato solo se produciría en el caso de que los trabajadores sujetos a una relación de servicio por tiempo indefinido que realizan un trabajo comparable, perciban una indemnización por la extinción de su relación, mientras que la indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual (punto 67), interpretación que le corresponde realizar al juzgador nacional.

“(…) está justificado que los trabajadores laborales deban tener diferente indemnización al cesar en sus trabajos, según el tipo de contrato, causa de cese y tiempo trabajado, pero también existen tales ‘razones objetivas’ que justifican que el personal reciba un trato diferenciado en razón al diferente régimen jurídico que los disciplina, lo que sucede con quienes resultan asimilados a los funcionarios de carrera, que gozan de derechos singulares propios de su condición, entre los cuales no se encuentra el de ser indemnizados al surgir la causa legal de su cese, como tampoco tienen tal derecho los funcionarios de carrera que cesan por las causas tasadas, ello sin perjuicio de que, en razón a que como los primeros pierden su trabajo por causas a ellos no imputables y como cotizan por la prestación de desempleo, pueden percibir la prestación contributiva por tal causa, al igual que el personal sujeto a una relación laboral”.

Crítica: En relación a esta argumentación y, en particular, al último fragmento transcrito, a mi modo de ver, de acuerdo con la interpretación del TJUE (salvo que esté omitiendo algún pronunciamiento que explícitamente haya dictado lo contrario) no creo que la naturaleza funcionarial sea un elemento suficiente para impedir que, en la búsqueda de un trabajador comparable, no pueda recurrirse a un trabajador indefinido laboral.

Especialmente, porque de acuerdo con la Cláusula 3ª del Acuerdo Marco:

«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.

Y, por otro lado, porque en otros ámbitos, como en el marco de la cláusula 5ª, el TJUE (Casos "Martínez Andrés" y "Castrejana López", C-184/15 y C-197/15) no tiene inconveniente en comparar relaciones temporales entre sí: funcionarios interinos y trabajadores indefinidos no fijos.

2. La SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017

La SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 (núm. 120/2017) se refiere al caso de un funcionario interino que reclama una indemnización de 20 días por cese tras el período comprendido entre 13 de octubre de 2015 y el 14 de septiembre de 2016.

Se reconoce dicha indemnización en virtud del contenido de la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, el principio de primacía (y el contenido de la STC 232/2015) y la doctrina "del Cerro" (sentencia 13 de septiembre 2007, C-307/05, que sostiene la aplicación del Acuerdo Marco al sector público), afirmando que

"el empleado público laboral y funcionarial de naturaleza temporal no puede ser discriminado en sus condiciones de trabajo, incluidas sus retribuciones, respecto del empleado público en el que la temporalidad no sea una nota presente en dicho vínculo, excepto cuando se opere una diferenciación que tenga un fundamento razonable, fundamento que insistimos no puede ser la temporalidad del vínculo o por el contrario la ausencia de dicha temporalidad".

De modo que sostiene

"es llano que aparece una manifiesta discriminación entre el empleado temporal laboral en la Administración Pública al que se reconoce un derecho a la indemnización por cese o finalización de la relación laboral, derecho que nace de la igualación entre las relaciones de empleo en el sector público de naturaleza temporal y las fijas justamente en aplicación de la Directiva y doctrina del TJUE que nos ocupa, y el funcionario interino al que se niega idéntica indemnización en razón exclusivamente de su condición de funcionario interino"; recordando que "en el ámbito de las relaciones empleo público la doctrina del TJUE ya ha reconocido a la igualdad de trato en relación con el derecho a la indemnización por extinción de la relación así en STJUE de 14 de septiembre de 2016 C-596/14 As. Diego Porras".

Y, en relación a la concurrencia de una posible razón objetiva que justifique un trato diferenciado (tal y como recoge la propia sentencia "de Diego Porras"), la sentencia afirma que

"en el caso que nos ocupa la Administración no ya es que no acredite es que ni siquiera razona cuales pudieran ser esos criterios objetivos y concretos en los que pudiera ampararse la discriminación entre el empleo público temporal laboral y el empleo público temporal en régimen funcionarial, funcionario interino nótese que el puesto de trabajo de auxiliar administrativo que es al que se refiere el Asunto Diego Porras puede ser desempeñado con normalidad en nuestras Administraciones Públicas tanto por personal funcionario como por personal laboral aunque ello es en puridad irrelevante vista la triangularidad ya referida supra, decimos que la Administración no acredita esos criterios ni aun los razona pero sobre todo y por encima de ello no da satisfacción a una exigencia de aquella doctrina para validar la diferenciación y entender que no existe discriminación y esa exigencia no es otra que razonar y acreditar los elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto especifico 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, no se nos dice desde luego cual es la necesidad autentica ni cuál es el objetivo perseguido".

Crítica: A mi modo de ver, se trata de un pronunciamiento controvertido porque (si he interpretado correctamente la argumentación) el fundamento para reconocer el importe indemnizatorio se basa en la diferencia de trato entre los trabajadores temporales y los funcionarios interinos (también de naturaleza temporal). Aspecto que, precisamente, el propio TJUE en el caso Diego Porras, ha entendido que no es predicable del Acuerdo Marco dada la naturaleza temporal de ambos (apartados 37 y 38):

"A este respecto, es necesario precisar que el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable.

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

3. Valoración crítica: y ¿el recurso a la cláusula 5ª?

Uno de los elementos que a mi modo de ver no se está explorando en estos casos, es el recurso al contenido de la Cláusula 5ª de la Directiva. Y, en este sentido, creo que puede ser interesante reproducir la fundamentación de los casos "Martínez Andrés" y "Castrejana López" (C-184/15 y C-197/15) – apartados 39 a 41 (un comentario al respecto en esta entrada):

"A este respecto, debe recordarse que la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada.

De esto se desprende que 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.

No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada".

En definitiva, aunque no es exigible que el marco normativo dispense el mismo trato a los empleados sometidos al derecho administrativo que a los laborales, lo cierto es que la Directiva exige que se prevea algún tipo de medida efectiva contra del uso abusivo de la contratación temporal. A falta de ella, parece razonable extender la que sea aplicable en el ámbito laboral (en la cuantía que – espero que pronto – se acabe consolidando).

Con posterioridad a la publicación de esta entrada, he tenido conocimiento de la publicación de una entrada en el blog del Profesor Antonio Baylos por parte del Profesor Joaquin Pérez Rey sobre este mismo caso (con muchos muchos de contacto respecto de lo publicado en este blog).

Contratación temporal en la universidad: ¿un modelo en la encrucijada?

25 junio, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Junio) - Contratación temporal en la universidad: ¿un modelo en la encrucijada?

En una entrada reciente, el Profesor Eduardo Rojo (a quién agradezco – de nuevo – sus amables palabras sobre el trabajo llevado a cabo en este blog) ha abordado el análisis de la STSJ Castilla y León\Valladolid 11 de mayo 2017 (rec. 466/2017) que niega la aplicación de la doctrina "de Diego Porras" a la extinción de un contrato de profesora asociada de la Universidad de Salamanca.

La misma sentencia, haciéndose eco de la STJUE 13 de marzo 2014 (C190/13), Márquez Samohano, admite la legalidad de una sucesión de contratos, producida entre los años 2003 a 2009 (y, por ende, la consiguiente extinción como ajustada a derecho).

El Profesor Rojo finalizaba su entrada indicando un posible conflicto interpretativo susceptible de casación en el ámbito de la contratación universitaria, entre la STSJ País Vasco 12 de enero 2016 (rec. 2267/2015) y la STSJ Cataluña 5 de enero 2015 (rec. 6114/2014), pues, mientras que la primera de ellas se entiende que se ha producido una contratación abusiva; en la segunda, se aboga por entender que la sucesión contractual se ajusta al marco interno y comunitario. De hecho, concluía su exhaustivo análisis con la siguiente sugerente pregunta: "¿Cómo resolverá el TS? Estaremos atentos"

Pues bien, curiosamente, el mismo día de la publicación de la entrada, la base de datos del CENDOJ daba a conocer la STS 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015) – que resuelve un recurso de casación frente a la STSJ Cataluña 22 de mayo 2015 (rec. 1663/2015) – sobre este mismo conflicto.

En este sentencia, revocando el criterio mantenido en suplicación, el Alto Tribunal estima que, a la luz de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE (ver al respecto en estas entradas), una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y por atender a necesidades permanentes de la Universidad.

Se trata de un pronunciamiento especialmente relevante para el modelo de contratación empleado en el sistema universitario y, aunque podría errar en mi proyección, podría llegar a tener un notable impacto.

Veamos, a continuación, los detalles de la fundamentación de esta importante sentencia.

A. Fundamentación

Superado el juicio de contradicción (aportándose la STSJ Madrid 12 de diciembre 2014, rec. 713/2014, como sentencia de contraste) los argumentos del Tribunal Supremo para calificar como abusiva esta sucesión contractual son los siguientes:

Primero: la doctrina del TJUE en el caso "Pérez López"

«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 (…)» y que «la observancia de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y que una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal»

Segundo:

"la Administración en su condición de empresario puede recurrir tanto a la contratación indefinida como a la contratación temporal, si bien, en este último caso los supuestos en los que resulta admisible la contratación temporal son los mismos y en las mismas condiciones que los previstos en la legislación laboral común, salvo norma legal específica que ampare la posibilidad de acudir a otro tipo de contratos temporales o de modalidades contractuales diferentes y específicas, que es lo que ocurre en el ámbito universitario" (esto es, art. 48 LO 6/2001, de Universidades).

Tercero: la modalidad de profesor asociado

"ha estado siempre vinculada a profesionales de reconocido prestigio. Con su formalización se pretende incorporar al mundo universitario a tales profesionales para puedan aportar la experiencia y conocimientos adquiridos en su actividad profesional diaria. Siendo esto así, no sólo se deberá acreditar el desempeño de una actividad profesional distinta a la universitaria, sino también, que ésta guarde relación directa con las actividades docentes fijadas en la convocatoria y que, a su vez, se haya desempeñado durante un lapso de tiempo más o menos amplio que le confiera al candidato la condición de 'profesional de reconocido prestigio'".

Tras describir las características del contrato de profesor asociado, el TS afirma que

“en el ámbito universitario, la forma normal de prestación de servicios en cuanto a su duración es la relación indefinida ya sea funcionarial -a través de los distintos cuerpos docentes- o laboral -mediante la figura ordinaria del profesor contratado doctor-.

Las posibilidades de vinculación temporal pasan en el primero de los ámbitos citados por el contrato de interinidad, y, en el ámbito laboral, por el recurso a las modalidades específicamente universitarias previstas en la normativa propia de esta actividad o a los contratos temporales previstos en el Estatuto de los Trabajadores, cuya regulación resulte aplicable. Todo ello bajo la lógica general del cumplimiento de las previsiones legales en orden a las posibilidades de celebrar cada uno de los contratos previstos; esto es, que las modalidades contractuales específicas de este ámbito docente y las contratos temporales comunes, cuando resulten de aplicación, únicamente podrán ser utilizadas en los casos, durante los períodos y para las necesidades previstas legalmente; no siendo el ámbito universitario un espacio inmune al cumplimiento de la normativa comunitaria y española sobre contratación temporal y las consecuencias de una utilización indebida de la misma”.

De modo que

“en el ámbito de la docencia universitaria la contratación temporal es posible en los supuestos previstos en la ley, incluso para atender necesidades permanentes, siempre que tales contrataciones respondan a los fines e intereses protegidos por la norma legal que habilita la correspondiente contratación temporal”.

Cuarto: la doctrina Márquez Samohano, “junto con las precisiones que esta Sala puede añadir para una comprensión más general de la doctrina aplicable, debe quedar reflejada en los siguientes términos”:

a) La cláusula 5 del Acuerdo marco (…) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de prórrogas de dichos contratos, desde el momento en que tales contratos están justificados por una razón objetiva”.

b) Al órgano judicial interno le corresponde comprobar la existencia de la justificación por razón objetiva que, en principio, se presume de los contratos para profesores asociados celebrados en las condiciones establecidas en la normativa vigente puesto que la mera circunstancia 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 (…), 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. 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 docentes bien definidas -ligadas a su quehacer profesional fuera de la universidad- que forman parte de las actividades habituales de las universidades

c) Incumbe al órgano judicial interno comprobar en cada caso que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada en cuestión trata realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la reguladora de la contratación de profesores asociados no sea utilizada, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas ordinarias en materia de contratación de personal docente. Y ello porque la renovación de tales contratos temporales debe corresponderse a una necesidad real de lograr el objetivo pretendido por los mismos e inherente a su propia configuración contractual.

d) La renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, cuando no están conectadas con la finalidad de la modalidad contractual elegida, no está justificada a efectos de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo Marco puesto que no pueden utilizarse para el

desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente y alejadas de la configuración finalista del propio contrato utilizado.

Quinto: tras descartar la aplicación del art. 9.2 ET, el TS entiende que

"Lo que realmente hay en este tipo de situaciones es la utilización de una modalidad contractual, generalmente temporal, para la realización de trabajos que no resultan amparados por la regulación finalista del contrato utilizado. Existe, por tanto, una situación de fraude en la utilización de la modalidad contractual de que se trata". De modo que, "Cuando se está en presencia de un contrato celebrado en fraude de ley se produce automáticamente su conversión en indefinido (o, en el caso de las Administraciones Públicas como es el supuesto aquí contemplado, en indefinido no fijo) de forma que la extinción empresarial basada en el finalización del supuesto carácter temporal del vínculo contractual determinará que sea calificada como despido improcedente".

Sexto:

"ha resultado indubitado que la Universidad de Barcelona suscribió con el actor sucesivos contratos de duración temporal (de profesor asociado, profesor colaborador, profesor lector) cuya celebración en fraude de ley resulta evidente por cuanto que, por un lado, se dirigieron a la realización de necesidades docentes regulares y estructurales de la universidad demandada que no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada; y, por otro, no había quedado acreditado que el demandante realizara una actividad profesional ajena a la Universidad cuando fue contratado como asociado, ni que en la contratación como profesor lector se cumplieran mínimamente las finalidades formativas ligadas a dicha modalidad contractual".

Por consiguiente,

"Nos encontramos sin duda ante una sucesión de contratos de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero (…). Consecuentemente la sucesiva concatenación de contratos temporales bajo el formal amparo de modalidades contractuales específicas del ámbito universitario que no cumplían materialmente los requisitos y las finalidades previstas legalmente implicó una actuación fraudulenta que determinó, por ministerio de la ley, la consideración de que existía un contrato de carácter indefinido no fijo, cuya unilateral extinción bajo la alegación de finalización de una duración temporal inexistente debió calificarse como despido improcedente".

B. Valoración crítica

A mi entender los pilares centrales de la argumentación del TS son, en esencia, los siguientes:

Primero: los sucesivos contratos temporales "se dirigieron a la realización de necesidades docentes regulares y estructurales de la universidad demandada que no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada".

Segundo: No ha quedado acreditado que "el demandante realizara una actividad profesional ajena a la Universidad cuando fue contratado como asociado".

Teniendo en cuenta que el demandante, con posterioridad a su condición de "asociado", fue contratado como "lector" (modalidad que no exige la acreditación de una actividad en el ámbito profesional), salvo que se entienda que la cadena contractual ha quedado "contaminada" a causa de la ilicitud de los primeros contratos de profesor asociado (aspecto que no detalla la sentencia), podría entenderse que el fraude concurre en gran medida porque, a partir de un determinado momento, los contratos se dirigieron a la realización de necesidades docentes regulares y estructurales de la universidad.

Y en este sentido, la sentencia, al "precisar" la doctrina del TJUE Márquez Samohano, parece que (si no estoy errado en mi valoración) estaría corroborando este planteamiento.

En efecto, repárese que, de acuerdo con el contenido de lo expuesto en el apartado “Cuarto.b”, en los contratos de profesores asociados se presume la existencia de una razón objetiva (la misma no queda excluida porque “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 obstante, a continuación, condiciona su licitud a la concurrencia de una “necesidad provisional” (apartado “Cuarto.c”: “Incumbe al órgano judicial interno comprobar en cada caso que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada en cuestión trata realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la reguladora de la contratación de profesores asociados no sea utilizada, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas ordinarias en materia de contratación de personal docente”).

O, dicho en otras palabras (si lo he interpretado correctamente), el TS estaría estableciendo una presunción de licitud *iuris tantum*, que decaería en el caso de que no se pruebe la existencia de una “necesidad provisional”.

Aseveración verdaderamente contundente porque (aunque, quizás, esté errado en mi valoración) intuyo que son muchos los casos en los que la misma no concurre. Aspecto que, de confirmarse, podría tener un impacto considerable en nuestro modelo universitario.

Indemnización de 20 días a extinción de trabajador en misión de una ETT

20 junio, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Junio) - Indemnización de 20 días a extinción de trabajador en misión de una ETT

El Blog Social de JpD acaba de publicar el texto de la STSJ País Vasco 6 de junio 2017 (núm. 1338/2017) reconociendo una indemnización de 20 días a la extinción de un contrato de obra y servicio de un trabajador en misión de una ETT (de hecho, también ha publicado la STSJ País Vasco 20 de junio 2017, rec. 110/2017, que reconoce la indemnización de 20 días a la extinción de un contrato de relevo – sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial).

Se trata de una sentencia relevante porque es la primera que reconoce este importe "a partir" de la doctrina "de Diego Porras". Y, en este sentido, aunque este fallo se alinea con la doctrina que ha mantenido el propio TSJ en estos casos, la argumentación para justificarla resulta particularmente interesante, en la medida que, como se sabe, los contratos celebrados a través de una ETT quedan explícitamente excluidos de la Directiva 1999/70, quedando sujetos a la Directiva 2008/104.

Antes de proceder a una valoración crítica, veamos los detalles de la fundamentación

1. Fundamentación

En primer lugar, en contra de lo argumentado en la sentencia de instancia, la sentencia rechaza la aplicación del Acuerdo Marco (Cláusula 3 y Considerando 13) a este caso (y por tanto, de la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016, rec. 1872/2016), "al quedar excluidos los trabajadores con contrato de puesta a disposición de la Directiva a la que se refiere la cuestión prejudicial a la que da respuesta el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras)"

No obstante, el TSJ mantendrá el importe de 20 días por los motivos siguientes:

– El TSJ del País Vasco, en pleno no jurisdiccional celebrado al efecto, entiende que la Directiva 2008/104/CE ampara igual módulo indemnizatorio. Y, en especial, en base al principio de igualdad de trato previsto en el art. 5.1 Directiva 2008/104,

"El trabajador contratado por la ETT vía la modalidad de contrato para obra o servicio determinado, tiene unas condiciones de trabajo y de empleo durante su misión en una empresa usuaria que son, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto (…), condiciones de empleo que comprenden la indemnización por extinción del contrato y, consiguientemente, la imposibilidad de ese trato desfavorable y contrario al principio de derecho social de la Unión, reproduciendo el meritado precepto y número de la Directiva la literalidad del considerando 14 de la misma ("*Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo aplicables a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal deben ser al menos las que se aplicarían a dichos trabajadores si fueran contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto*").

– A partir de este principio de igualdad de trato, entiende que

"si a los trabajadores temporales – de acuerdo con la interpretación que venimos realizando desde nuestra sentencia de 18 de octubre de 2016 (rec.1872/2016), de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras)-, les corresponde la indemnización prevista para un trabajador indefinido cuando el final de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas, esto es, 20 días por año, también al trabajador contratado temporalmente por la ETT le corresponde igual indemnización cuando se pone fin a su contrato".

Y añade

"si no se considera que concurra una causa que justifique el trato desigual en el concreto aspecto que analizamos entre un trabajador con contrato indefinido frente a otro con contratación temporal (igualdad de trato entre trabajadores temporales y los indefinidos), esta premisa es igualmente aplicable a los trabajadores de la ETT cuyas condiciones de trabajo han de ser iguales a las que ostentan los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, de manera que la condición de trabajadores temporales cedidos no puede operar como factor que justifique la inferior indemnización".

La reproducción de la fundamentación contenida en el citado blog de JpD no puede apreciarse si se ha formulado algún Voto Particular o no.

2. Valoración crítica

Como he apuntado al inicio de esta entrada, la STSJ País Vasco 6 de junio 2017 (rec. 1338/2017) se alinea con la doctrina que ha mantenido este Tribunal en los casos "de Diego Porras". Y, por consiguiente, se trata de un planteamiento – si se me permite – "continuista".

No obstante, en mi modesta opinión, la fundamentación plantea algunas objeciones, especialmente, en lo concerniente a un aspecto, a mi entender, clave de la misma: la consideración de la "extinción de trabajo" como "condición de trabajo".

Y, en este sentido, como ya he tenido ocasión de exponer en otra entrada a propósito de la STSJ País Vasco 18 de octubre de 2016 (rec. 1872/2016), creo que puede oponerse lo siguiente:

“Repárese que, al obviar la discusión acerca de la eficacia directa horizontal del Acuerdo marco, es discutible que la doctrina ‘de Diego Porras’, y la interpretación del Acuerdo Marco que sostiene, sea realmente aplicable al caso.

En la medida que no justifica la aplicación del Acuerdo Marco entre privados (principio de interpretación conforme), a mi modo de ver, es discutible que pueda afirmarse que hay elementos normativos comunitarios que permitan sostener que la extinción de los contratos temporales es asimilable a la de los indefinidos y/o que, incluso, la indemnización pueda ser calificada como una condición de trabajo (cosa que el TSJ del País Vasco da por hecho a pesar de no justificar que el Acuerdo Marco es aplicable a conflictos de esta naturaleza).

A mayor abundamiento, repárese que la propia STJUE ‘de Diego Porras’ no entra a valorar la eventual diferencia de trato existente entre contratos temporales porque el Acuerdo Marco describe un ámbito de “operatividad estanco” (dirigido a evitar la desigualdad únicamente entre temporales e indefinidos y no entre temporales entre sí).

Luego, a mi modo de ver, sin negar la eficacia directa del principio recogido en el art. 21.1 de la Carta, es discutible que dicho precepto por sí mismo, sin tener en cuenta el contenido específico del Acuerdo Marco (que no se ha demostrado aplicable a este caso), sea suficiente para apreciar la existencia de un trato desigual entre contratos temporales e indefinidos porque no puede acudirse a los parámetros de comparabilidad que describe éste (de otro modo, si fuera posible, convertiría en redundante al propio Acuerdo Marco)”.

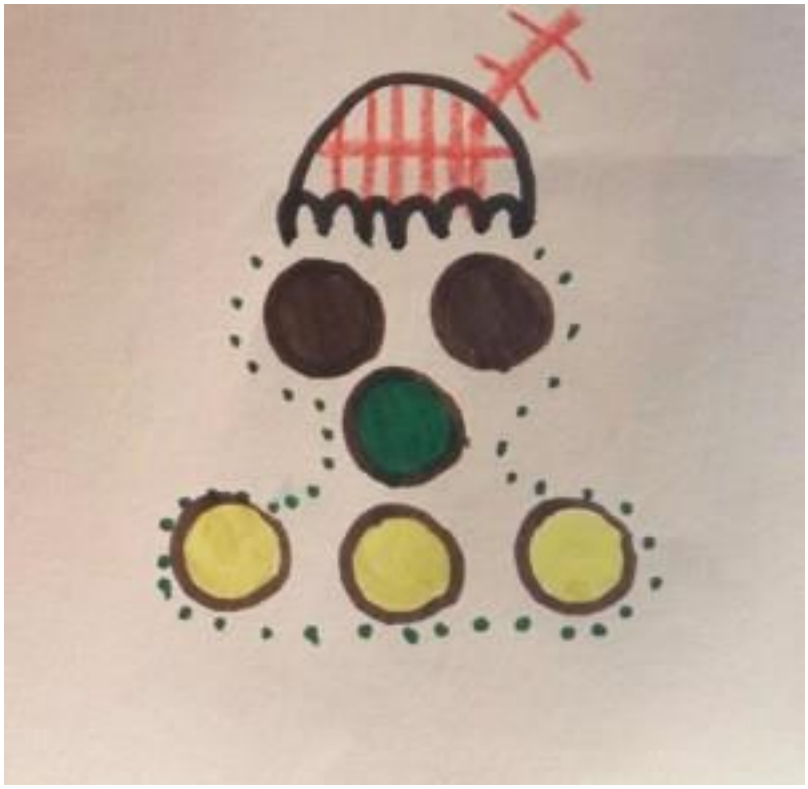
Para concluir, aunque era un fallo “esperado”, es claro que añade – si cabe – más incertidumbre. Creo que, no nos queda más remedio que permanecer a la expectativa del próximo “episodio” de la saga.

La contratación temporal y la extinción de los contratos a la luz de la situación creada por el asunto “de Diego Porras” (Ponencia)

14 junio, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia, Ponencias, Slides

Publicado en:

2017 (Junio) - La contratación temporal y la extinción de los contratos a la luz de la situación creada por el asunto “de Diego Porras” (Ponencia)



En el marco del Seminario “*Nociones sobre Derecho de la Unión Europea y su aplicación en el Ordenamiento Jurídico laboral*“, organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ los días 31 de mayo a 2 de junio en Madrid, tuve la ocasión de impartir la ponencia con el siguiente título:

“*La contratación temporal y la extinción de los contratos a la luz de la situación creada por la STJUE de 14 septiembre 2016, Asunto de Diego Porras*”.

Mi intervención consistió en la exposición de los siguientes elementos del controvertido caso:

– Análisis crítico del caso “de Diego Porras”, de la cuestión prejudicial planteada y de la sentencia del TJUE (todo ello en el marco de las otras dos sentencias de la misma fecha).

– Reacciones internas por parte de los Tribunales internos (en el sector público y privado, así como las cuestiones prejudiciales planteadas y, hasta la fecha, pendientes de resolución). También se hace una breve referencia a las situaciones que aún no han tenido un impacto en sede judicial.

– Identificación de las materias controvertidas que, teniendo en cuenta las interpretaciones en suplicación, ya podrían ser susceptibles de casación.

– Análisis del problema de fondo en todo este debate (acentuada dualidad del mercado de trabajo) y exposición de una propuesta para tratar de solventarlo.

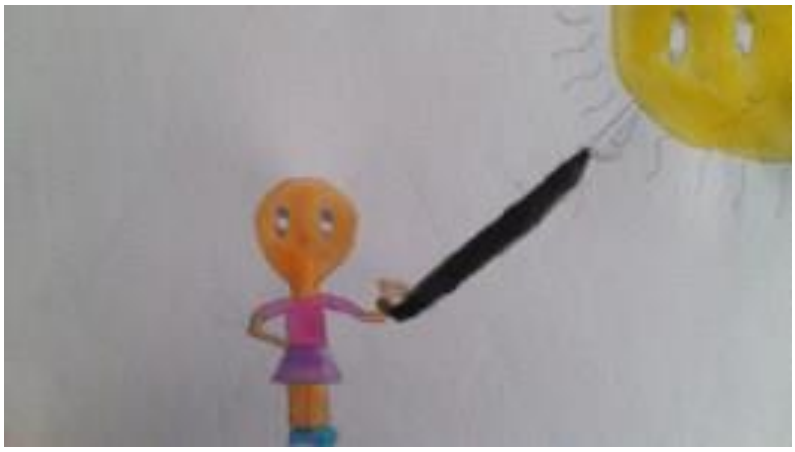
Adjunto **el enlace** de la ponencia (prezi) por si pudiera ser de algún interés.

“Diego Porras”: tensiones doctrinales a la luz de la STSJ Madrid 8 de mayo 2017 y de su Voto Particular

30 mayo, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Mayo) - “Diego Porras”: tensiones doctrinales a la luz de la STSJ Madrid 8 de mayo 2017 y de su Voto Particular



La saga “de Diego Porras” sigue su curso a través de las diversas derivadas interpretativas que ha propiciado (y que estoy tratando de sintetizar a medida que se dan a conocer en la siguiente Guía). De todas ellas, me gustaría centrarme en el contenido de la reciente STSJ Madrid 8 de mayo 2017 (rec. 87/2017).

Si bien es cierto que la sentencia reconoce una indemnización de 20 días en un caso de extinción ajustada a derecho de una trabajadora interina, el pronunciamiento es especialmente interesante por los siguientes motivos: en primer lugar, por las dudas que la propia fundamentación expone sobre la misma doctrina del TJUE (a pesar de que acaba aplicándola); en segundo lugar, porque se rechaza la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad y una nueva cuestión prejudicial al TJUE; y, en tercer lugar, porque contiene un Voto Particular, a mi modo de ver, especialmente, acertado.

Veamos, a continuación, los detalles del caso, la fundamentación y una valoración crítica a partir del voto particular citado.

1. Detalles del caso

El caso se refiere al cese por cobertura reglamentaria de la plaza, mediante proceso extraordinario de consolidación de empleo, de una trabajadora interina (Auxiliar de Enfermería) de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En la instancia (SJS núm. 4 Madrid 3 de noviembre 2016), la extinción es declarada como improcedente, por entender que, habiéndose incorporado en el año 2003 y extinguiéndose en 2016, se han superado los 3 años que establece el art. 70 EBEP y, en virtud de la doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) – ver extensamente al respecto aquí – , se ha producido una amortización simple, sin seguir los trámites del art. 52.c ET.

La Comunidad de Madrid, disconforme, presenta un recurso de suplicación.

2. Fundamentación

La sentencia, tras determinar que el contenido del art. 70 EBEP no es aplicable a este caso (debiéndose sujetar a la DT 4ª) y, además, que el EPEB no puede tener efectos retroactivos a relaciones iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor, niega que la relación pueda ser calificada como indefinida (no fija) y declara la extinción ajustada a derecho (*ex* SSTS 1 de febrero 2011, rec. 899/2010; y 18 de mayo 2015, rec. 2135/2014), rechazándose, por tanto, la aplicación de la doctrina de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), porque la plaza no ha sido amortizada, sino todo lo contrario.

En cuanto al importe de la indemnización por extinción del contrato, la sentencia, en primer lugar, estima que no es necesario plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, porque "cuando una norma comunitaria ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentido opuesto al que resulta de la normativa interna española, debe tenerse en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea".

A continuación, tras asumir (siguiendo el razonamiento de la STS 8 de junio 2016, rec. 207/2015 – ver aquí) la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 en las relaciones laborales que mantiene la Comunidad de Madrid con sus trabajadores (y confirmar, así, el principio de primacía del derecho de la UE), se centra en el contenido de la famosa sentencia "de Diego Porras" y reproduce su principal conclusión

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

Pues bien, tratando de sintetizar el presupuesto del que parte esta conclusión, el TSJ Madrid afirma que

"radica en equiparar el fin de un contrato temporal interino (art. 49.1.c) ET) con el fin de un contrato fijo por causa de crisis o reordenación empresarial (despido del art. 49.1. i) y l) ET)".

Lo que, siguiendo con su fundamentación, en el fondo significa que

"bajo este planteamiento subyacen tres presupuestos.

Primero: tal como resulta del fundamento 23 de esta sentencia, una asimilación de los conceptos "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral (ejecución de una obra o servicio determinado o producción de un hecho determinado) y "despido objetivo" del contrato de trabajo (el debido a causa económica, técnica, organizativa o productiva conforme a los términos definidos en el art. 51.1 ET).

Segundo: partiendo de dicha equiparación, reclasificación de todas las causas de extinción del ordenamiento español en dos únicas categorías: subjetivas y objetivas.

Tercero: atribuir automáticamente a todos los supuestos incluidos en la categoría "objetiva" el mismo régimen indemnizatorio de extinción, con independencia de todo otro factor".

A partir de esta disección conceptual, el TSJ se muestra crítico con el planteamiento del TJUE, pues, manifiesta que

"ese planteamiento jurídico nos suscita serias dudas, por varias razones. Es cuestionable la indicada equiparación, porque se establece sobre la base de una homologación que no existe, ni conceptual ni jurídicamente. Las "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral se refieren a un hecho constatable directamente (por ejemplo, el fin de una obra o la incorporación de un titular a una plaza); mientras, el despido por "causa objetiva" regulado en el art. 52.c) ET hace referencia a un concepto jurídico en el cual se considera un hecho (por ejemplo, la situación económica o la organización de la empresa) que debe ser valorado desde una perspectiva específica (la establecida en los concretos términos que fija el art. 51.1 ET).

Por otra parte, si aceptamos la indicada equiparación de base (asimilación de los conceptos "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral con "despido objetivo" del contrato de trabajo), la consecuencia será que igualmente deberían considerarse como condición objetiva de extinción contractual algunas conductas citadas en el art. 54.2 ET como justificativas del despido disciplinario. El supuesto más claro sería el de las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo".

Llegados a este estadio y, a pesar de estas importantes objeciones, el TSJ entiende que, "pese a las dudas" no es posible plantear una nueva cuestión prejudicial sobre la materia, porque

"la solución que entendemos más acorde (igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, conforme a los criterios del art. 49.1.c) ET) no puede ser suscitada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en función de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE. La razón se debe a que las posibles diferencias de trato entre distintas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación tutelado a través del Acuerdo incorporado a dicha norma comunitaria (fundamento 38 de la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016)".

De modo que, en virtud de todo lo expuesto, "procede por parte de este órgano judicial aplicar la doctrina de dicha sentencia comunitaria, dada la absoluta igualdad de ambos supuestos litigiosos (mismo empleador y misma válida causa de extinción de contratos de interinidad)".

3. Valoración crítica: adhesión al Voto Particular

Como se ha apuntado, la sentencia cuenta con un (a mi entender, acertado) Voto Particular formulado por el Magistrado Enrique Juanes Fraga, cuestionando que no se haya planteado una cuestión prejudicial. Los motivos de esta discrepancia son los siguientes:

– En primer lugar, porque se dan ciertas diferencias entre los casos que "podrían tener relevancia" (en "Diego Porras": contrato de interinidad por sustitución y la extinción debida a la reincorporación del titular sustituido, a consecuencia de lo previsto en una Ley; y, en este: interinidad por vacante sujeta a un proceso de consolidación de empleo y la extinción se produce debido a la cobertura de la plaza por la persona que la obtuvo mediante la superación del proceso de selección en el que también pudo haber participado la demandante y ganado la plaza).

– En segundo lugar, porque a la luz de la disparidad interpretativa existente a nivel interno, se evidencia que "no existe, a pesar de todo, una jurisprudencia comunitaria clara e inequívoca que seguir".

– Y, en tercer lugar (lo que constituye el núcleo principal del VP), porque

"una exposición detenida de la normativa laboral española, que sería convenientemente detallada en la nueva cuestión prejudicial, permitiría seguramente mostrar que no existe diferencia legislativa de trato indemnizatorio entre los trabajadores temporales y los fijos".

Afirmación que argumenta del siguiente modo (en una extensa cita pero particularmente interesante):

"Tanto unos como otros tienen derecho a la readmisión si el despido es nulo, y a las mismas indemnizaciones por despido improcedente y por despido procedente por causas objetivas, así como en otros supuestos (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, movilidad geográfica) y el régimen jurídico de esas extinciones es común y no hace distinciones entre trabajadores con contrato temporal y con contrato fijo.

Lo que sucede es que la indemnización del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores es posible únicamente para los contratos temporales y no admite parangón con ninguna otra de los contratados fijos, porque la extinción de los contratos temporales que da derecho a la indemnización prevista en ese precepto guarda una exacta correspondencia con la naturaleza temporal del contrato, y no puede haber ninguna indemnización equivalente de los contratados fijos con la que establecer un juicio de comparación. Se extingue el contrato temporal porque se ha cumplido su objeto (se ha realizado la obra o servicio, se ha reincorporado el trabajador sustituido o se ha cubierto la plaza provisionalmente interinada; o se ha agotado el plazo durante el cual el legislador permite la contratación temporal por circunstancias del mercado). La ley reconoce en tales supuestos una indemnización (lo que no siempre ha ocurrido, pues el régimen actual proviene del año 2001). Ello no sucede para los trabajadores fijos, porque sus contratos no están sujetos desde el inicio a una causa de finalización conocida por las partes, explicitada en el contrato y que obedece a la esencia de éste.

Si se niega esta singularidad en realidad se está negando la propia temporalidad del contrato y se está llegando a decir implícitamente que el contrato temporal es en sí mismo discriminatorio.

En especial, no cabe establecer una comparación entre la indemnización del art. 49.1.c) por terminación de contrato temporal y la del art. 53.b) en relación con el 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar porque, como ya se ha dicho, el régimen legal de la extinción por causas objetivas del art. 51.1 se aplica a todos los trabajadores, cuestión distinta es que la empresa por lo general prefiera evitar ese tipo de extinción para los contratos temporales dejando que se extingan por sus propias causas.

En segundo lugar, porque la causa de extinción del contrato temporal es distinta a las causas económicas, técnicas, productivas y organizativas, ya que la primera está ínsita en la naturaleza del contrato, opera por la voluntad de ambas partes que la estipularon aunque la iniciativa corresponda a la empresa, y necesariamente ha de llegar, mientras que las segundas son sobrevenidas, externas al contrato, actúan por la exclusiva voluntad unilateral de la empresa y pueden llegar a producirse o no".

Por consiguiente,

"la normativa española no contiene un trato menos favorable a los trabajadores temporales que a los fijos. No se puede comparar el derecho a una indemnización que solamente pueden recibir los trabajadores con contrato de duración determinada con el derecho a una indemnización que en identidad de circunstancias tienen derecho a percibir tanto los temporales como los fijos. Si no existe trato desigual es patente que no procede indagar si existen razones objetivas que lo justifiquen. Por ello no es relevante, como tampoco es dudoso, que tanto en el caso Ana de Diego Porras como en el presente, los trabajadores temporales demandantes desempeñan un trabajo equivalente al de un trabajador fijo.

Y, en cuanto a las diferencias de trato entre los contratos temporales, afirma

"Indudablemente sí existe un trato distinto entre los trabajadores temporales interinos (así como los que suscriben contratos formativos) y el resto de trabajadores temporales, ya que a aquellos la legislación española no les reconoce ningún tipo de indemnización, cualquiera que fuera la duración de su contrato, y al resto sí, pero esta diferencia no entra dentro del ámbito de la Directiva mencionada, siendo en este punto clara la sentencia De Diego Porras. Esta disparidad de trato podría ser en su caso objeto de una cuestión de inconstitucionalidad".

De modo que, concluye su voto particular formulando lo que probablemente hubiera sido la cuestión prejudicial que habría planteado al TJUE

“si la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como el derecho español, en el que se prevé una indemnización para la extinción de los contratos temporales – con excepción de los contratos de interinidad y los formativos – con arreglo a las causas previamente pactadas, tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, de hasta doce días por año de servicios, siendo esa indemnización inferior a la de veinte días por año de servicios que, para todo tipo de trabajadores, temporales y fijos, se establece para el supuesto de extinción por iniciativa unilateral del empresario por la concurrencia sobrevenida de circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción”.

Aunque es una lástima que este planteamiento argumentativo no haya sido capaz de convencer a la mayoría, es de esperar que todas estas dudas (o el mayor número de ellas) se disipen en las respuestas que el TJUE dé a las cuestiones prejudiciales planteadas.

Permaneceremos a la expectativa.

Contratación sucesiva y lícita de interina en hospital público y declaración de indefinida no fija por abuso de derecho

15 mayo, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Mayo) – Contratación sucesiva y lícita de interina en hospital público y declaración de indefinida no fija por abuso de derecho

La STSJ Cataluña 2 de mayo 2017 (rec. 7411/2016), en Pleno, ha dictado una importante sentencia en relación a los contratos de interinidad formalizados por el Hospital Clínic de Barcelona.

La sentencia, que cuenta con un fundamentado voto particular, ha supuesto la corrección de una consolidada doctrina que el TSJ había mantenido hasta la fecha, pues, a pesar de la sucesión de contratos temporales de interinidad (hasta 263) lícitos, concluye que la relación es indefinida no fija porque se ha producido un abuso de derecho.

Antes de proceder al análisis del caso y su fundamentación, debo agradecer al compañero Ivan Armenteros, del Col·lectiu AIDE (@AideAdvocats), el amable gesto de remitirme el texto de la sentencia.

1. Detalles del caso

La trabajadora ha venido prestando servicios desde julio de 2011, mediante diversos contratos temporales, con categoría profesional de diplomada de enfermería. Entre julio de 2011 y diciembre de 2014 firmó 268 contratos: 263 de interinidad y 5 eventuales (de 1 día cada uno) para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos ("habiendo reconocido la demandada que no existe prueba de los esgrimidos motivos para efectuar tales contratos").

En la instancia el Juzgado de lo Social declaró el carácter de trabajadora fija de plantilla. Disconforme la empresa, planteó recurso de suplicación, alegando infracción del art. 15 del ET y aplicación indebida de la doctrina Pérez López del TJUE.

2. Fundamentación

La justificación del TSJ para proceder a un cambio de doctrina puede sistematizarse en dos bloques argumentativos: en primer lugar, un repaso a la doctrina vigente hasta la fecha; y, en segundo lugar, una exposición de los motivos que permiten sostener el cambio a partir de la doctrina del TJUE en el caso Pérez López.

A. Repaso de la doctrina precedente de la Sala

El TSJ Cataluña comienza su argumentación admitiendo que con anterioridad (sentencias 4 de noviembre 2009, rec. 4738/2009; 21 de enero 2011, rec. 5943/2010; 10 de marzo 2011, núm. 2779/2011; 14 de mayo 2012, rec. 931/2012; 15 de abril 2016, rec. 798/2016) ha confirmado la legalidad de las contrataciones efectuadas por el citado hospital mediante un colectivo consolidado de sustitutos (trabajadores interinos), sustituyendo a trabajadores con reserva del puesto de trabajo y, por ende, dando cobertura a necesidades permanentes de tipo estructural.

No obstante, afirma que

"no escapa a la Sala, como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, la política anómala de contratación de personal de la demandada, más próxima a una bolsa permanente de trabajo que a la contratación temporal con tal de cubrir necesidades puntuales y específicas".

A su vez, la sentencia también admite que ha validado la interinidad de trabajadores vinculados por cadenas de contratos de sustitución aunque en algún período corto y excepcional la contratación responda a causas no amparadas por la ley (sentencia 15 de abril 2016, rec. 798/2016). En cambio, recuerda que no se ha admitido en los casos en los que se aprecia un fraude en el encadenamiento de múltiples contratos (sentencia 19 de julio 2007, rec. 495/2007).

Finalmente, la sentencia también se hace eco del pronunciamiento de 30 de diciembre de 2016 (rec. 3593/2016), en la que desestima la aplicación de la doctrina de Diego Porras a una trabajadora también del mismo hospital por ir en contra del principio de congruencia.

B. Sobre el cambio de doctrina

El propio TSJ admite que la línea doctrinal de la Sala debería llevar a desestimar la pretensión de la trabajadora de que su relación contractual sea calificada como indefinida. Especialmente, porque

"su vinculación con el Hospital demandado (casi siempre, dado que hay cinco días que corresponden a contratos eventuales) basada en una relación de interinidad para sustituir a personas con derecho a reserva del puesto de trabajo".

No obstante, partiendo de la base de que en la instancia se ha declarado la "fijeza" en base a la doctrina Pérez López, el TSJ entiende que debe corregir su propia doctrina, a la vista de la constatación del abuso en la utilización de contratos temporales, entendiendo, por consiguiente, que el Juzgado de lo Social ha analizado correctamente la situación pues,

“las interinidades masivas y las cadenas indefinidas de contratos interinos son fraudulentos en tanto que al amparo de una modalidad prevista en la Ley, persiguen un resultado contrario a la misma como es el de crear un cuerpo de trabajadores temporales para cubrir puestos de trabajo permanentes”.

De modo que afirma

“a la vista de los hechos acreditados, se evidencia que el Hospital Clínic de Barcelona utiliza de forma regular contratos de interinidad o eventuales para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, de forma que, en claro abuso de derecho, mantiene un cuerpo de trabajadores suplentes paralelo al cuerpo de trabajadores fijos, manteniéndose así dos tipos de plantilla, la permanente fija y estable y la de sustitución temporal y precaria”.

A continuación, la sentencia se centra en la justificación de la aplicación de la doctrina Pérez López al presente caso, afirmando que,

“de la doctrina del TJUE se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, debe poderse aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con el objeto de eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión”.

De hecho, siguiendo con la exposición del TSJ, a pesar de que en el citado caso, el TJUE admite la posibilidad de celebrar contratos temporales en situaciones objetivas de necesidad, debe recalcarse que también distingue estos supuestos “de las contrataciones temporales para cubrir necesidades estructurales ‘incluidas en la actividad normal’”.

Pues bien, a partir de estos elementos, el TSJ entiende que, en este caso,

“la contratación interina no se limita a la sustitución en casos de difícil previsión como bajas por accidente o enfermedad u otras similares, sino que se extiende a supuestos perfectamente previsibles e integrados en la dinámica ordinaria de la gestión hospitalaria como las vacaciones y los permisos”.

De modo que declara que hay un abuso de derecho en el hecho de mantener una plantilla paralela de substitutos con el objeto de cubrir necesidades estructurales perfectamente previsibles, y en la medida que no hay ningún tipo de limitación en cuanto a la duración de los nombramientos ni en cuanto al número de renovaciones se está infringiendo el apartado 1 de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Y, en base a la doctrina sobre la apreciación del abuso de derecho sentada por la STS 14 de febrero 1944, añade que es contrario a la Directiva una interpretación del art. 15 del ET que

“permita una utilización de contratos de interinidad formalmente amparados en la legítima sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo cuando en realidad se utiliza para cubrir necesidades permanentes de tipo estructural”.

Finalmente, la sentencia corrige la calificación de “fija” de la sentencia de instancia, declarando su carácter de indefinida no fija.

3. Valoración crítica

Personalmente no comparto el criterio mantenido por el Pleno del TSJ y creo que la argumentación que se esgrime en el voto particular formulado por el Magistrado Felipe Soler Ferrer (al que se adhiere, el Magistrado José Quetcuti Miguel) debería haber prevalecido.

Sin negar que el número de contratos formalizados es excesivo y que la situación de esta trabajadora (que muy probablemente no sea la única) dista mucho de ser estable, creo que, más allá de esta incuestionable realidad, si se acepta que los contratos de interinidad celebrados en este caso se ajustaban a derecho, admitir que se ha producido un abuso por el cumplimiento de la causa de temporalidad descrita en la norma significa poner en crisis el propio marco normativo.

Como apunta en el Voto Particular

“Atendiendo a la doctrina del TJUE, el hecho de que un empresario se vea obligado a efectuar sustituciones temporales de manera recurrente o incluso permanente y de que esas sustituciones también pudieran llevarse a cabo mediante la contratación de trabajadores en virtud de contratos de duración indefinida no implica la inexistencia de una razón objetiva, a efectos de la cláusula 5 citada, ni la existencia de un abuso en el sentido de ésta.

No obstante, para apreciar si la renovación de los contratos o de las relaciones laborales de duración determinada está justificada por esa razón objetiva, los Estados miembros, en el ejercicio de sus respectivas competencias, deberán tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, incluidos el número y la duración acumulada de los contratos o de las relaciones laborales de duración determinada celebrados en el pasado con el mismo empresario (STJUE de 26 de enero del 2012 Kücük/LandNordrhein-Westfalen)”.

A lo que, cabe añadir, siguiendo con el citado voto particular

“Las necesidades de personal que sufren las Administraciones públicas, en sectores como pueden ser la enseñanza o la sanidad, determinan la admisión por parte del TJUE de sustituciones temporales sucesivas de trabajadores. En estos casos, la necesidad de personal para sustituir a aquellos trabajadores que se encuentran indisponibles por variadas causas (baja por enfermedad, permiso por maternidad, paternidad u otras) puede ser entendida como una «razón objetiva» de la cláusula 5, punto 1, letra a) de la Directiva 1999/70/CE, que justificaría tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituido como la renovación de esos contratos en función de las necesidades que surjan, a reserva del cumplimiento de las exigencias fijadas para ello en la citada Directiva”.

Por otra parte, creo que media una diferencia objetiva relevante entre las contrataciones que motivan el caso Pérez López del TJUE a los casos que se resuelven en este supuesto. Mientras que en aquél se trata de nombramientos sucesivos – en el marco del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud – para “realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria” (y en los que – a mi entender – la existencia de abuso es más fácilmente apreciable), en este caso, son sustituciones lícitas de trabajadores que tienen una reserva de puesto de trabajo. Y, creo que esta disparidad de supuestos y de marcos normativos hace que la extrapolación de alguno de los fundamentos del TJUE a este caso sea discutible.

Finalmente, creo que también es controvertido que el encadenamiento de 268 contratos temporales sea lícito, pues, la existencia de 5 contratos eventuales sin que la empresa pueda determinar los motivos que justifiquen su formalización (“habiendo reconocido la demandada que no existe prueba de los esgrimidos motivos para efectuar tales contratos”), hubiera sido suficiente para declarar el carácter de indefinido no fijo de la trabajadora (aunque hayan tenido una duración de 1 día cada uno).

En la medida que intuyo que se formulará recurso de casación, permaneceremos expectantes a la evolución de este caso.

Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no? (STS 28/3/17 vs STS 30/3/17)

24 abril, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Abril) – Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no? (STS 28/3/17 vs STS 30/3/17)

En una entrada reciente he abordado la evolución interpretativa jurisprudencial alrededor de los indefinidos no fijos, centrando la atención en la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015), pues, el Pleno del Alto Tribunal (de forma muy controvertida a mi entender, ver aquí y aquí) ha dictaminado que no pueden calificarse como "temporales".

Pues bien, en una sentencia fechada con posterioridad (30 de marzo 2017, rec. 961/2015), relativa a las amortizaciones simples producidas con anterioridad a la reforma de 2012 en el Ayuntamiento de los Barrios, el TS no parece alinearse con la sentencia de 28 de marzo.

Aunque la sentencia ratifica el criterio de la doctrina de junio de 2014, calificando la amortización simple como nula (por incumplimiento de los requisitos del art. 51 ET), el caso es particularmente interesante porque plantea diversas controversias relevantes:

– En primer lugar, porque el TS debe justificar la aplicación de la doctrina de junio de 2014 a un caso de amortización simple anterior a la reforma de 2012 (cuestión que el propio Tribunal ya ha admitido como justificada en otras sentencias);

– En segundo lugar, porque, con anterioridad, el TS ya había calificado como procedente una amortización simple producida en el mismo ayuntamiento en las mismas condiciones (sentencia 9 de marzo 2015, rec. 2186/2014). Extremo que plantea si con este cambio interpretativo se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de seguridad jurídica (arts. 24 y 9.3 CE).

– Y, en tercer lugar, a partir de un escrito independiente que presenta el Ayuntamiento, debe abordar si conviene o no plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre esta cuestión en el marco de la Directiva 98/59.

Pues bien, de todas ellas, en esta entrada únicamente me centraré en la primera, porque para admitir la aplicación de la doctrina de junio de 2014, **el TS vuelve a incidir en la naturaleza temporal de los indefinidos no fijos**.

No obstante, antes de proceder a su exposición, creo que la lectura de la argumentación de la sentencia sobre la segunda controversia resulta particularmente interesante. Aspecto que me gustaría abordar de

forma más específica en otro momento, pues, creo que, desde un punto de vista conceptual (a pesar del contenido de las SSTC 34/2015 y 75/2015), hay elementos para defender la tesis del ***prospective overruling***, especialmente cuando se quiebra una confianza consolidada que, precisamente, ha motivado la actuación que es objeto de enjuiciamiento. O, al menos, a mi modo de ver, creo que podría ser una opción razonable en los casos anteriores al cambio de doctrina y *sub iudice* con posterioridad (y, a ser posible, para ser valorada legislativamente).

Dejando esta cuestión para otro momento, veamos, a continuación, los estadios de la fundamentación en los que vuelve a incidirse sobre la naturaleza temporal de esta "modalidad contractual".

1. ¿Los contratos indefinidos no fijos "vuelven" a ser temporales?

En concreto, en al apartado 4º del FD Primero el TS afirma:

"De los razonamientos transcritos cabe desprender que sin duda el núcleo de la contradicción reside únicamente en la existencia de esa solución jurídica diferente que ofrecen las sentencias comparadas, en orden a que en las extinciones de los contratos de las Administraciones públicas de interinos por vacante o indefinidos no fijos, no cabe seguir entendiendo que se trata de la aplicación de una condición resolutoria que extingue el contrato cuando se decide la amortización de la plaza, sino que **se trata de contratos sujetos a una temporalidad indeterminada, un término o vencimiento que habrá de producirse, que no admite extinción antes de que ese momento ocurra**, porque además no cabe la existencia de condiciones resolutorias en las que la determinación del cumplimiento de esa condición depende únicamente de una de las partes contratantes (arts. 1115 y 1256 CC)" [la negrita es mía].

Posteriormente, al abordar la segunda de las controversias apuntadas (y acogiéndose a la fundamentación del ATS 2 de noviembre de 2015, rec. 2186/2014, que explícitamente entiende aplicable a este caso), vuelve a hacer referencia a la naturaleza temporal de estos contratos:

"no se trata de un supuesto en el que hayan variado las normas desde las que haya de resolverse el litigio, sino la jurisprudencia que interpreta un determinado precepto, el art. 51 ET, **en relación con la naturaleza temporal de los contratos de los empleados públicos no fijos y su extinción colectiva**" [la negrita es mía].

Y, finalmente, dando respuesta al escrito independiente que presenta el Ayuntamiento solicitando al TS que formule una cuestión prejudicial al TJUE el TS afirma (apartado 3º del FD Sexto):

"la jurisprudencia del TJUE unos meses después de aquélla STS de 24 de junio de 2014 vino a resolver la cuestión C-86/2014 por Auto de fecha 11 de diciembre de 2014, referido al Ayuntamiento de Huétor Vega y en aplicación de la Directiva 1999/70/CE (…) y establecer que **los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas estaban incluidos en el concepto de la Directiva de trabajadores temporales a efectos de su protección**, de lo que concluye que ante la ausencia de indemnización de clase alguna en el caso de amortización de tales contratos de trabajo, «… El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada 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.». De lo que ya cabía desprender entonces que la doctrina tradicional de la Sala no se ajustaba a esos parámetros de protección de los trabajadores temporales de la Administración que establece el TJUE**, en materia de despidos individuales y colectivos previstos en los arts. 51 y 52 ET , doctrina como se ha dicho reiteradamente contenida en la repetida STS de 22 de julio de 2013 (rec. 1380/2012) y otras muchas que en ella se citan, con arreglo a la que la extinción de tales contratos no exigía procedimiento alguno encuadrable en el art. 51, aunque se superasen los umbrales previstos en el precepto, y, que, en

principio, no llevaba aparejada indemnización de clase alguna vinculada a la ilicitud del cese" [la negrita es mía].

2. Valoración crítica: ¿es razonable pensar que pueda plantearse una nueva cuestión prejudicial?

Es muy probable que esta sentencia se haya redactado con anterioridad a la decisión del Pleno (de ahí que se mantenga el carácter temporal de los indefinidos no fijos). De modo que no parece razonable entender que existe una discrepancia doctrinal.

No obstante, creo que no puede pasarse por alto el hecho de que al estar fechada con posterioridad se acabe planteando algún "desajuste" interpretativo. De modo que, salvo que el Alto Tribunal en sus pronunciamientos futuros omita este "episodio" (lo que no sería recomendable), en aras a la seguridad jurídica, modestamente creo que, en cuanto tenga oportunidad, debería tratar de introducir algún tipo de aclaración (especialmente, porque este vaivén interpretativo es particularmente perturbador y presenta unas dosis de irrazonabilidad preocupantes).

En todo caso, a mi modo de ver, volviendo a la sentencia de 28 de marzo y a la luz de la de 30 del mismo mes, creo que es razonable pensar que podría formularse una nueva cuestión prejudicial al TJUE, pues (como he tenido ocasión de exponer en otra entrada), la naturaleza "no temporal" de los indefinidos no fijos defendida por la de 28 de marzo plantea dudas de compatibilidad con la propia doctrina del TJUE; y, precisamente, con la que se contiene en el caso Huétor Vega y que la misma sentencia 30 de marzo menciona (también ha expuesto sus dudas al respecto el Prof. Eduardo Rojo).

Cuestión que (como apuntaba en otra entrada) podría añadirse a la que, en hipótesis, podría suscitarse con ocasión de la diferente indemnización por cobertura reglamentaria de plaza entre interinos por vacante e indefinidos no fijos (si siguen calificándose como "no temporales").

Modestamente, al margen de la solución que se acabe dando al caso "de Diego Porras", y las que pueda dictaminar el TS en un futuro sobre los indefinidos no fijos y/o bien, el TJUE en las eventuales cuestiones prejudiciales que se le planteen, creo que todos los operadores jurídicos agradecerían una intervención legislativa que contribuya a esclarecer la situación de los indefinidos no fijos (y de todo el empleo público en general).

Permaneceremos a la expectiva.

¿Qué es un indefinido no fijo? (a propósito de la STS 28/3/17)

10 abril, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Abril) – ¿Qué es un indefinido no fijo? (a propósito de la STS 28/3/17)

[Nota Previa: Con posterioridad a esta entrada he publicado un exhaustivo trabajo sobre esta cuestión con el título: "***Indefinidos no fijos, reconocimiento y extinción"*** – por si fuera de interés, puede accederse al mismo a través de **esta entrada**].

La reciente STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) – un primer comentario en esta entrada – acaba de dictaminar que los trabajadores indefinidos no fijos no pueden asimilarse a los contratos temporales.

Más allá de la cuestión que suscita el reconocimiento de una indemnización de 20 días sin aplicar la doctrina de Diego Porras (sobre la que haré una breve reflexión al final de esta entrada), el planteamiento doctrinal que sustenta el Pleno del Alto Tribunal en este pronunciamiento plantea algunos puntos de conflicto que me gustaría exponer en esta entrada.

Como se sabe, el origen histórico de esta "modalidad" se encuentra en las irregularidades cometidas por las Administraciones Públicas en la contratación temporal y en la consiguiente discusión de su posible calificación o no como trabajadores "fijos".

No obstante, esta tesis ha sido objeto de una evolución interpretativa, pudiéndose identificar una primera fase caracterizada por un cierto vaivén doctrinal y una posterior consolidación; una segunda fase, a partir del cambio doctrinal de junio de 2014; y, finalmente, puede entenderse que la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) ha precipitado el inicio de una nueva fase.

Veámoslas con cierto detalle a continuación.

Primera fase: vaivén doctrinal y posterior consolidación

Este período cuenta con un total de 4 "etapas doctrinales":

1ª Etapa: STS 27/11/1989 (núm. 1246): Como regla general y salvo supuestos especialmente cualificados «las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido», que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito.

2ª Etapa – SSTS 7/2/1990 (núm. 152); 24/4/1990 (núm. 632); y 18/7/1990 (núm. 1127): La irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho.

3ª Etapa – STS 18/3/1991 (núm. 233): Las AAPP están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza.

[Seguida por las SSTS 27 enero, 6 y 18 mayo, y 23 y 26 octubre 1992 (RJ 1992\75, RJ 1992\3516, RJ 1992\3564, RJ 1992\7676 y RJ 1992\7842), 22 septiembre y 3 noviembre 1993 (RJ 1993\7026 y RJ 1993\8539), 2 febrero 1994 (RJ 1994\782), 8 junio, 17 y 20 julio, 25 septiembre y 6 octubre 1995 (RJ 1995\4774, RJ 1995\6268, RJ 1995\6319, RJ 1995\7582 , RJ 1995\7197, RJ 1995\7200 y RJ 1996\3248) y 26 octubre, 30 noviembre y 5 diciembre 1996 (RJ 1996\7796, RJ 1996\9459, RJ 1996\9615 y RJ 1996\9640)].

4ª Etapa: En este período el Tribunal Supremo, en aras a preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, dictamina que el carácter indefinido "no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla".

En concreto, la STS 7/10/1996 (rec. 3307/1995) afirma:

«la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido».

[Criterio seguido por las SSTS 10 y 30 diciembre 1996 (RJ 1996\9139 y RJ 1996\9864) y 14 marzo y 24 abril 1997 (RJ 1997\2471 y RJ 1997\3498)].

Y, posteriormente, la STS [Pleno] 20 de enero 1998 (rec. 317/1997) [que cuenta con un importante VP]:

"el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término",

pero añade que

“esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”.

De modo que el organismo público empleador «está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular» del correspondiente puesto de trabajo, lo cual significa que dicho organismo tiene la obligación de llevar a cabo la cobertura reglamentaria de esa plaza vacante;

y luego añade que esta cobertura reglamentaria, esta «provisión en la forma legalmente procedente» de la referida plaza, determina la existencia de «causa lícita para extinguir el contrato».

De ahí que, aunque se declare contraria a Derecho la causa de temporalidad pactada, conforme al art. 49.1.c) ET y se reconozca la relación como indefinida, ésta queda sometida a una condición – la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura -, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 ET.

Posteriormente, la STS [Sala General] 27 de mayo de 2002 (rec. 2591/2001) [y que también cuenta con un VP] sostiene que

La cobertura definitiva y “mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido”, (pero no fijo) “hace surgir una causa de extinción del contrato”; causa que “tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 ET”,

y ello porque

“desde que una sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina de esta Sala contenida en la mencionada sentencia de 20 de enero de 1998, está cumpliendo lo previsto en el art. 9 ET, a saber, declarar la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal (…) por contraria al art. 15 ET”,

pero “sustituye dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato, expresamente establecida en nuestra meritada Sentencia, a saber, la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales”.

Así pues, basta con la denuncia fundada en esta causa para que el contrato indefinido no fijo se extinga.

De modo que, en la medida que el organismo público empleador tiene la obligación de llevar a cabo la cobertura reglamentaria de esa plaza vacante, este tipo de relación queda sometida a una condición y puede extinguirse (sin derecho a indemnización) si se produce la provisión en la forma legalmente procedente de la referida plaza, o bien, si se produce una amortización de la misma.

De hecho, en la medida que esta doctrina también se ha aplicado a los interinos por vacante (SSTS 27/5/2002, rec. 2591/2001; 20/7/2007, rec. 5415/2005; 19/2/2009, rec. 425/2008; y 27/2/2012, rec. 3264/2010; y 13/05/2013, rec. 1666/2012), los indefinidos no fijos podrían calificarse como “interinos de hecho”. En este sentido, como se ha podido apuntar, la jurisprudencia en una primera fase, en vez de referirse a los “indefinidos no fijos”, hablaba de “interinidad de hecho” – entre otras, STS 7/2/1990 (núm. 152) -; y el Fº 4 del VP a la STS\Pleno 20/1/1998 (rec. 317/1997) critica que no es posible distinguir a los indefinidos no fijos de los interinos por vacante.

Con el objeto de complementar la exposición de estas 4 etapas, conviene tener en cuenta que la doctrina de los indefinidos no fijos se ha extendido a otras situaciones del “sector público” por observancia o inobservancia de la normativa laboral:

– concatenación de contratos temporales regulares (entre otras, SSTS 3/12/2013, rec. 816/13; y 22/7/2013, rec. 1380/12; SAN 10 de febrero 2016, rec. 335/2015; y SSTSJ Asturias 22/1/2010, rec. 2537/2010; y Madrid 25/9/2009, rec. 1906/2009);

– subrogación empresarial-reversión (no así en un proceso de privatización: SSTS [2] 18/9/2014, rec. 2323/2013 y 2320/2013);

– cesión ilegal (SSTS 21/2/2017, rec. 2720/2015; 23/11/2016, rec. 91/2016; 17/9/2002, rec. 3047/2001; y 19/11/2002, rec. 909/2002); o,

– para los interinos por vacante, por superación del plazo previsto en el art. 70.1 EBEP (SSTS 14/7/2014, rec. 1847/2013; 15/7/2014, rec. 1833/2013; y 14/10/2014, rec. 711/2013; y, entre otras, SSTSJ Galicia 28 de abril 2016, rec. 1234/2015; y 19 y 27 de enero 2017, rec. 2668/2016 y rec. 2669/2016; Castilla y León\Burgos (2) 2 de marzo 2017, rec. 81/2017 y 83/2017; y Castilla y León\Valladolid 3 y 10 de mayo 2017 (rec. 275/2017; y rec. 274/2017); SJS Córdoba núm. 3, 24 de abril 2017, núm. 145/2017).

La "referencia" a este fenómeno en la DA 15ª *ex* Ley 43/2006 (posteriormente modificada por la Ley 35/2010) y la mención explícita a los trabajadores "indefinidos" en el EBEP (art. 8.2 y 11.1) no alterará este "régimen", permaneciendo constante hasta el cambio de doctrina de la STS 24/6/2014 (rec. 217/2013).

Por otra parte, una cuestión controvertida es si el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo debe ser únicamente judicial (*obiter dicta*, STSJ\C-A Cataluña 19 de febrero, rec. 170/2013) o no (SAN 10 de febrero 2016, rec. 335/2015).

Segunda fase: el cambio de naturaleza a partir de junio de 2014

La STS 24/6/2014 (rec. 217/2013), referida a la extinción de interinos por vacante, pone fin a la posibilidad de acudir a la amortización simple. Tesis confirmada de forma específica para la extinción de trabajadores indefinidos no fijos en la STS 8/7/14 (rec. 2693/2013) – ver al respecto extensamente en esta entrada.

Lo cierto es que la STS 24/6/2014 (rec. 217/2013) reformula explícitamente la naturaleza jurídica de los interinos por vacante, al calificarlos como contratos sometidos a término, pero no dice nada con respecto a la de los indefinidos no fijos.

En junio de 2014, en relación a los interinos por vacante, el TS sostiene que no pueden calificarse como contratos sometidos a condición, en esencia, porque éstas tienen carácter incierto y porque la convocatoria de la vacante siempre se acaba produciendo.

No obstante, esta tesis es discutible porque es posible formalizar un contrato sometido a condición a partir de un hecho cierto, pero que, por ejemplo, es desconocido por los contratantes (para ilustrar: dejamos de comprometernos si nuestro equipo perdió en el partido de ayer). Por otra parte, la afirmación de que las convocatorias acaban efectivamente produciéndose también resulta discutible, especialmente, cuando abundan ejemplos de interinos por vacante que llevan décadas en esta situación.

En definitiva, en relación a los interinos por vacante, el cambio de naturaleza jurídica a partir de los argumentos esgrimidos por el TS es (en mi modesta opinión) controvertido.

Y, en relación a los indefinidos no fijos, la jurisprudencia posterior a junio de 2014 mantendrá un criterio paralelo al de los interinos por vacante. De hecho, la STS 8/7/14 (rec. 2693/2013) ratifica la equiparación entre indefinidos no fijos e interinos por vacante.

Más explícita resulta la STS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014) al afirmar que

"Los contratos del personal indefinido no fijo, se dice en esa sentencia [la de junio de 2014] y otras muchas posteriores que la han seguido, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la posible causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá".

Y la STS 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2015) también lo ratifica

"Como dijimos en nuestra sentencia del Pleno de 24 de junio de 2014 (R. 217/2013) los contratos del personal indefinido no fijo, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada -

hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá".

Lo que nos lleva a la tercera fase que se inicia con la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015).

Tercera fase: no son temporales (y, en tal caso, ¿en qué categoría de ineficacia contractual puede subsumirse la cobertura reglamentaria de la plaza?)

La STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) acaba de afirmar que los contratos indefinidos no fijos no son contratos temporales. Y esta afirmación plantea, a mi entender, dos problemáticas: sobre la propia naturaleza no temporal de esta "modalidad"; y sobre la naturaleza jurídica de la cobetura reglamentaria de plaza como causa de ineficacia contractual.

Veamos, a continuación ambas.

A. Sobre la naturaleza no temporal

Personalmente, no comparto este criterio y, además, creo que la argumentación del TS es particularmente escueta (teniendo en cuenta los precedentes expuestos, en mi modesta opinión, hubiera sido oportuno una justificación más detallada) y, en algunos estadios, (particularmente) discutible.

No comparto que pueda afirmarse que los indefinidos no fijos no son contratos temporales sin abordar el análisis del motivo/causa (su naturaleza jurídica) que precipita su ineficacia. Afirmar que no son temporales porque el Legislador los ha diferenciado, supone omitir una parte sustancial de la problemática que ha acompañado a los indefinidos no fijos.

En mi opinión, lo más razonable sería entender que los indefinidos no fijos deben participar de una naturaleza "paralela" a la de los interinos por vacante (de hecho, como se ha expuesto, hasta ahora ambas "modalidades" han tenido "vidas paralelas"). Especialmente, porque ambos están sometidos a la obligación de dar cobertura reglamentaria a la plaza. De modo que (aunque no comparta el cambio de doctrina de junio de 2014) si el TS ha entendido que los segundos son temporales por este motivo, creo que lo más razonable sería que los primeros deberían "correr la misma suerte".

Teniendo en cuenta la evolución descrita, sostener una naturaleza diferenciada entre ambos describe un marco particularmente complejo, pues, a mi modo de ver, mantiene una distinción conceptual ficticia.

En paralelo, en mi opinión está doctrina suscita las siguientes aspectos problemáticos.

– En primer lugar, afirmar que los indefinidos no fijos no son temporales, plantea un conflicto de primer orden porque el TJUE ha venido sosteniendo totalmente lo contrario. Sin ir más lejos, en el caso Huétor Vega (citado por la propia STS 28 de marzo 2017, rec. 1664/2015), parte de la base de que efectivamente es un contrato al amparo del Acuerdo Marco (de ahí que exija la adopción de una indemnización en aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco).

– Y, en segundo lugar, si he compendio correctamente la fundamentación, la lectura de la sentencia suscita una problemática particularmente relevante y, en este sentido, dada su repercusión, permítanme que la exponga con las debidas cautelas (y asuma anticipadamente mi posible error de valoración).

Téngase en cuenta que la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) opta por seguir el planteamiento de la STS 7 de noviembre 2016 (rec. 755/2015) y ésta, a su vez, sigue el criterio del TJUE en el caso Huétor Vega.

Teniendo en cuenta que el TS, únicamente, discrepa sobre la cuantía de la indemnización y no del motivo/fundamento que suscita su reconocimiento ("un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo"), la referencia a la doctrina Huétor Vega en este caso (a partir de la cita que

contiene el fallo de noviembre de 2016) resulta (si lo he interpretado correctamente) particularmente confusa.

Y, mi confusión radica en el hecho de que esta construcción interpretativa del TJUE se ha erigido a partir de la convicción de que los indefinidos no fijos son una modalidad de contrato temporal. Lo que desemboca en una (aparente) paradoja (o contradicción insuperable), pues, si así ha sido, el TS estaría remitiéndose a ella (y fundamentando su fallo) en un supuesto en el que acaba dictaminando que dicha "modalidad" contractual no es temporal.

Dicho de otro modo, si los indefinidos no fijos no son temporales, parece razonable entender que la doctrina del TJUE vertida sobre el Acuerdo Marco no les sea aplicable (en modo alguno).

Lo que, a su vez (salvo que esté equivocado en mi valoración), pone en duda la validez de una parte sustancial de la fundamentación esgrimida en la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015).

De hecho, para ser coherentes (o en puridad), el TS hubiera tenido que articular una nueva fundamentación que justificara la necesidad de abonar una indemnización en este contrato no temporal en estos casos, porque la basada en la doctrina Huétor Vega no es válida en este supuesto.

B. Sobre la naturaleza jurídica de la cobertura reglamentaria como motivo de ineficacia contractual

En este (alambicado) contexto, es difícil predecir qué puede dictaminar el TJUE al respecto en el eventual caso de que sea interpelado. Mientras esto no suceda, téngase en cuenta que la calificación de los indefinidos no fijos como "no temporales", ciertamente, plantea un nuevo problema jurídico, pues, si son indefinidos (y no están sometidos a condición), debe determinarse en qué causa resolutoria puede subsumirse la cobertura reglamentaria de la plaza.

El TS – sabedor de este obstáculo – ya advierte que "La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo".

Hasta donde mi conocimiento alcanza (y siempre salvo mejor doctrina), esta equiparación (o "supuesto comparable") no es que sea "compleja", sino que "no es posible" a partir de las categorías conceptuales sobre las que se articula la lógica del contrato de trabajo y, sobre todo, la conceptuación de las causas resolutorias descritas en el ET.

De ahí que sea difícil explicar los motivos que justifican el incremento de 8/12 a 20 días alegando que "parece necesario reforzar la cuantía" (y más si hace pocos días, en la STS 23 de marzo 2017, núm. 246/2017, sobre registro de la jornada, ha afirmado que "los Tribunales no pueden suplir al Legislador").

Además, afirmar que es posible una "asimilación" y no concretar cuáles son los puntos de contacto y los motivos por los cuales dichos elementos permiten afirmar esta asimilación, resulta también difícilmente admisible desde el punto de vista jurídico. Y en el caso de que fuera posible identificar estos elementos y que los mismos fueran suficientes, repárese que podría afectar a la validez de la construcción que sostiene que la cobertura de plaza en los interinos por vacante describe un término (incrementando, si cabe, la confusión).

Finalmente, mantener que, para los interinos por vacante, la cobertura de plaza es un término; y, al mismo tiempo, para los indefinidos no fijos es una causa de ineficacia contractual "asimilable" a la descrita en el art. 52.c y e ET, describe (en mi modesta opinión) una antinomia difícilmente superable.

Reflexión final: ¿una nueva desigualdad a la luz del Acuerdo Marco?

Es claro que el TS ha optado por intervenir en este ámbito porque tiene la firme convicción de que no son contratos temporales. De ahí que no tenga ninguna necesidad de acudir a la doctrina "de Diego Porras" ni

tampoco haya optado por esperar a ver qué acaba decidiendo el TJUE en respuesta a las cuestiones prejudiciales que se han planteado.

No obstante, no está tan claro que esta doctrina pueda mantenerse ajena a la controversia planteada por la sentencia del TJUE de septiembre de 2016 (o, mejor dicho, que no la acreciente).

Especialmente, porque si la cobertura de plaza en los indefinidos no fijos (ahora "no temporales") implica abonar 20 días, parece razonable pensar que, en aplicación de la Directiva 1999/70 (cláusula 4ª), la cobertura de plaza de los interinos por vacante (contrato temporal) también deba ser de 20 días (importe que, repárese quedaría totalmente al margen – inmune – a las eventuales "aclaraciones/matices" que la esperada intervención del TJUE pueda introducir en la doctrina "de Diego Porras", porque tiene su origen en otra circunstancia).

Si se acepta mi planteamiento, no es descartable, por tanto, que se acabe formulando una nueva cuestión prejudicial al respecto ante el TJUE.

Lo que no deja de desvelar una última paradoja, pues, si (como parece) el TS pretendía mantenerse al margen de la doctrina "de Diego Porras", con este último pronunciamiento ha creado una nueva controversia a los ojos del Acuerdo Marco, con la particularidad de que, *a priori*, parece resultar menos controvertida (porque la equiparación entre las categorías conceptuales – a mi modo de ver – es más nítida) y con efectos, en principio, similares (abono de 20 días).

A la luz de lo expuesto, parece que la "saga sísmica" acaba de precipitar su propia "secuela".

Con posterioridad a la publicación de esta entrada, el TS ha dictado una nueva sentencia que defiende el carácter temporal de los indefinidos no fijos. Un comentario al respecto en esta entrada: Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no? (STS 28/3/17 vs STS 30/3/17)

TS: Indemnización de 20 días a cobertura reglamentaria de indefinido no fijo (sin aplicar Diego Porras)

7 abril, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2017 (Abril) – TS: Indemnización de 20 días a cobertura reglamentaria de indefinido no fijo (sin aplicar Diego Porras)

El Blog Social de JpDemocracia acaba de publicar un breve resumen de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015), en la que se reconoce (en Pleno y sin votos particulares) una indemnización de 20 días a un caso de cobertura reglamentaria de plaza de un trabajador indefinido no fijo (corrigiendo la doctrina que hasta la fecha había mantenido – aplicando la indemnización del art. 49.1.c ET, ver al respecto en esta entrada).

La particularidad de la sentencia – y ciertamente novedoso – es que para el reconocimiento de esta indemnización no se recurre a la tesis del TJUE "de Diego Porras". Se trata de una sentencia que rompe con los indicios que hasta la fecha había proyectado el Alto Tribunal, dando a entender que no se reconocería la indemnización de 20 días, al menos para las extinciones anteriores a septiembre de 2017 y *sub iudice* con posterioridad (ver al respecto en esta entrada).

Los argumentos de esta sentencia para este cambio de criterio son los siguientes (añadiendo un breve comentario crítico):

Primero: *el personal indefinido no fijo no es equiparable al temporal.*

Crítica: No comparto esta afirmación porque, si la calificación de indefinido no fijo implica, en virtud de la propia doctrina del TS, la obligación de dar cobertura reglamentaria de la plaza, debe entenderse que lejos de tratarse de una modalidad indefinida, se trata de una asimilable a una "interinidad de hecho" (ver al respecto en esta entrada). Y en relación a los interinos por vacante (equiparables *de facto* a los indefinidos no fijos), recuérdese que, a partir de la sentencia 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), el propio TS ha sostenido (de forma controvertida) que se trata de contratos sometidos a término.

Segundo: *Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo*

Crítica: esta afirmación es parcial, porque una relación indefinida no fija también puede producirse en casos de contratación temporal lícita si se supera un determinado plazo de tiempo y también en casos de subrogación de empresa (reversión de servicios públicos). Luego, aunque la institución tiene su origen en la contratación temporal ilícita, su evolución ha derivado hacia otros supuestos alejados de la misma.

Tercero: "*al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo"*

Crítica: Dejando de lado la discusión sobre si efectivamente son contratos "no temporales" (porque si lo fueran, resultaría controvertido que el resto no tuvieran idéntica indemnización), convendría saber porqué es necesario reforzar esta cuantía en estos casos (especialmente, cuando los indefinidos no fijos pueden no tener origen en una contratación temporal fraudulenta).

Cuarto: en relación a la "*indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza"*, el TS entiende que *"acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato"*

Crítica: Convendría saber en qué medida la cobertura reglamentaria de la plaza (incardinada en una causa de temporalidad – hasta la fecha – indiscutible), puede subsumirse en la lógica de la resolución por causas de empresa y afirmar que es "asimilable".

Valoración final: incremento (exponencial) de la incertidumbre y de la inseguridad jurídica

El reconocimiento de esta indemnización sin acudir a la doctrina "de Diego Porras" añade, si cabe, un elemento especialmente perturbador a una situación de por sí sumamente compleja. Y más cuando la STS 7 de noviembre 2016 (rec. 755/2015), aplicando la doctrina del TJUE Huétor Vega, se limita a reconocer la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET (un comentario al respecto en esta entrada).

Debo admitir que, en estos momentos, la incertidumbre conceptual es de tal magnitud que, personalmente, soy incapaz de aventurar cuál será el siguiente paso doctrinal. Lamentablemente la inseguridad jurídica está desbocada… Creo que hemos alcanzado una situación de absoluto colapso conceptual (e interpretativo).

Permaneceremos a la expectativa del siguiente episodio.

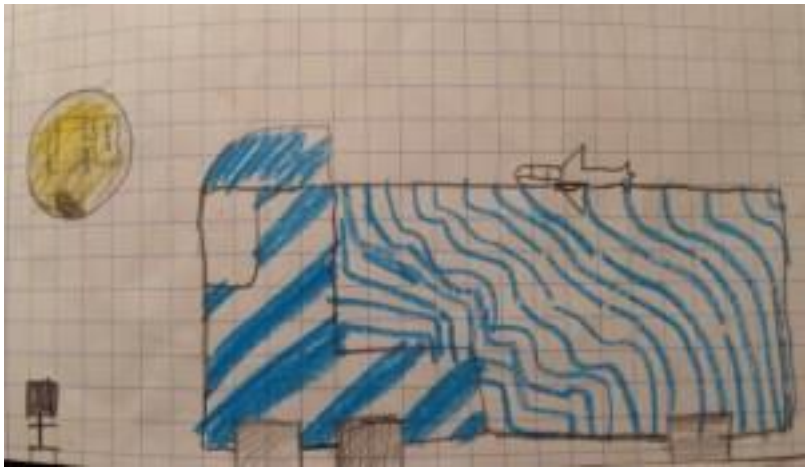
Complementando el contenido de esta entrada puede leerse esta ¿Qué es un indefinido no fijo? (a propósito de la STS 28/3/17)

Impacto en la función pública y en la jurisdicción contenciosa administrativa de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 sobre contratación temporal (Ponencia)

5 abril, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia, Ponencias, Slides

Publicado en:

2017 (Abril) – Impacto en la función pública y en la jurisdicción contenciosa administrativa de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 sobre contratación temporal (Ponencia)



Invitado por el compañero Marc Vilar Cuesta – **@MarcVilarCuesta** -, presidente de la Sección de Derecho Administrativo del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, he tenido el placer y la excelente oportunidad de compartir mesa como ponente con la Magistrada de Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la Sra. Maria Luisa Pérez Borrat, para hablar sobre el "***Impacto en la función pública y en la jurisdicción contenciosa administrativa de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 sobre contratación temporal***".

El análisis de las conocidísimas sentencias del TJUE de septiembre del año pasado ha sido objeto de estudio y comentario en diversas entradas de este blog. Y, en este sentido, he adoptado un posicionamiento particularmente crítico (especialmente con los casos "de Diego Porras" y "Martínez Andrés/Castrejana López").

No obstante, debo admitir que, a la luz de la exposición de la Magistrada Pérez Borrat y, en relación al empleo público, observo el fenómeno de forma especialmente enriquecida, con nuevos matices que me gustaría compartir brevemente.

Los pronunciamientos del TJUE y, en particular, la interpretación que está adoptando respecto de las Cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco, pueden ser evaluados como una oportunidad (un factor precipitador) para tratar de racionalizar un modelo que – si se me permite la expresión – evidencia claros

signos de hipertrofia y disfuncionalidad. Y, los pronunciamientos del TJUE, lejos de contener imprecisiones o malentendidos, podrían haber sido dictados con toda la intencionalidad para propiciar (o acelerar) este cambio.

Es obvio que las incertidumbres que ha generado esta doctrina son múltiples y, probablemente, todavía no ha permeado en la jurisdicción contenciosa de un modo generalizado, manifestándose hasta la fecha – y por decirlo de algún modo – como un fenómeno de "baja intensidad" (o, al menos, – mucho – menor que la que ha tenido la doctrina "de Diego Porras" en la social).

No obstante, esta situación (de "aparente calma") no debería llevarnos a una apreciación errónea del estado real de la cuestión, pues, es indudable que la doctrina del TJUE contiene una carga de profundidad de extraordinario impacto, poniendo en riesgo la estabilidad del modelo.

De hecho, acaba de trascender en los medios que la Sala C-A del TSJ de Castilla la Mancha planteará una nueva cuestión prejudicial al TJUE en relación a los docentes interinos para saber si se vulnera la normativa de la UE al no pagarles en verano.

En paralelo, tampoco parece que el recurso interpretativo al concepto de indefinidos no fijos (o "fórmula derivada" que se "acoja"), como medida paliativa frente al abuso en el sector público, se erija en la mejor vía para dar salida a esta situación.

Es evidente que el *Acuerdo para la mejora del Empleo Público* (que es consecuencia de la propia doctrina comunitaria) es una necesaria iniciativa y debe ser valorada muy positivamente. A su vez, es claro que mitigará notablemente la más que probable judicialización que las sentencias del TJUE auguraban. No obstante, si no queremos volver a la misma situación en un futuro, estimo que la histórica (por masiva) convocatoria de oposiciones debe ir acompañada, como prioridad, de una profunda reformulación del marco normativo.

Y, es de esperar que esta cuestión sea una (o "la") prioridad de uno de los grupos de trabajo, cuya creación ha previsto el propio Acuerdo, y que tiene encomendado el "Estudio de la evolución y situación del empleo en las Administraciones Públicas, con especial referencia a las distintas Administraciones Locales y a las Universidades Públicas", del "Análisis de otras cuestiones normativas que puedan afectar al Estatuto Básico del Empleado Público y al personal al servicio de las Administraciones Públicas"; y del "Seguimiento de la doctrina jurisprudencial referida al personal de las Administraciones Públicas, y entre otras materias, la referida a la temporalidad".

Los diversos pronunciamientos del TJUE sobre nuestro empleo público (el último, el caso Rodrigo Sanz – C-443/16; un comentario en esta entrada), evidencian que las instituciones europeas están reclamando una mayor racionalidad en nuestro marco jurídico (y no parece que sea una cuestión que pueda demorarse por más tiempo).

A su vez, pienso que el margen de maniobra que tienen los Tribunales para abordar satisfactoriamente la situación actual es limitado y la demora en la adopción de los cambios normativos que la situación requiere les somete a una elevada (e inmerecida) exposición frente al resto de operadores jurídicos y, muy especialmente, la opinión pública.

En cualquier caso, para concluir, ha sido una jornada particularmente interesante y el debate que se ha suscitado con posterioridad ha puesto de manifiesto la complejidad de la situación actual, evidenciando que deberemos permanecer a la expectativa de cómo evoluciona esta cuestión jurisdiccional y (espero que en un breve período de tiempo) normativamente.

En todo caso, adjunto mi ponencia por si pudiera ser de algún interés.

Contratos temporales: esperando el dictamen del TJUE (Tribuna)

3 abril, 2017 ibdehereComentarios Jurisprudencia, Opinión

Publicado en:

2017 (Abril) - Contratos temporales: esperando el dictamen del TJUE (Tribuna)

Como era de esperar, la doctrina del TJUE en el caso "de Diego Porras" ha provocado múltiples reacciones entre los órganos jurisdiccionales internos, evidenciando una notable discrepancia interpretativa sustantiva y procesal.

Si bien es cierto que, aún pueden emerger nuevos puntos de fricción (por ejemplo, sobre los contratos realizados a través de ETT o los contratos formativos), puede decirse que, a grandes rasgos, las principales tesis interpretativas ya han sido recogidas en las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha, de modo que todas las cartas están sobre la mesa.

De hecho, que tenga constancia, ya se dan 4 claras discrepancias interpretativas susceptibles de casación ante el Tribunal Supremo:

– sobre el abono de los 20 días en extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinidos no fijos (contradicción entre, por un lado, las SSTSJ Galicia 30 y 17 de enero 2017, rec. 4245/2016 y 3864/2016; y 26 de octubre 2016, rec. 2059/2016; y Asturias 8 de noviembre 2016, rec. 2142/2016; y, por otro lado, las SSTSJ Castilla la Mancha 14 de diciembre 2016, rec. 1388/2016; y Madrid 5 de diciembre 2016, rec. 820/2016).

– sobre el abono de los 20 días en extinción ajustada a derecho de contratos de obra y servicio en empresas no públicas (contradicción entre, por un lado, la STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016, rec. 1539/2016; y, por otro lado, las SSTSJ País Vasco 18 de octubre 2016, rec. 1872/2016; y Galicia 30 de noviembre 2016, rec. 3277/2016).

– sobre los requisitos formales a cumplimentar en estos supuestos extintivos (contradicción entre, por un lado, la STSJ Madrid 5 de octubre 2016, rec. 264/2014; y, por otro, la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016, rec. 1690/2016).

– sobre los límites del principio de congruencia procesal (contradicción entre, por un lado, la STSJ Cataluña 30 de diciembre 2016, rec. 3593/2016; y, por otro lado – entre otras -, la STSJ País Vasco 15 de noviembre 2016, rec. 1990/2016).

En paralelo, no debe olvidarse que la Abogacía del Estado presentó un recurso de casación a la STSJ Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 264/2014) que, resolviendo el caso de la Sra. de Porras, precipitó todo el conflicto.

En este contexto, la intervención del Alto Tribunal es muy esperada. De hecho, por el momento no se ha pronunciado, a pesar de que ya se han dado algunas ocasiones para que, en hipótesis, hubiera podido hacerlo.

En una ocasión, de forma explícita, ha negado la aplicación de la doctrina "de Diego Porras" en base a un argumento esencialmente procesal (STS 7 de noviembre 2016, rec. 755/2015). Con ocasión del comentario de esta sentencia (aquí y aquí), entonces, apuntaba (como hipótesis) que este enfoque podría estar avanzando el posicionamiento que el TS iba a mantener sobre esta cuestión (dando prevalencia a los elementos procesales).

Y, en dos ocasiones más, pese a que, en hipótesis, también hubiera podido pronunciarse (extinciones ajustadas a derecho de contratos temporales), ha omitido por completo cualquier referencia a la doctrina "de Diego Porras" (SSTS 23 de noviembre 2016, rec. 690/2015; y 28 de febrero 2017, rec. 1366/2015).

El hecho de que en este último caso (de nuevo) no se haya hecho ningún tipo de referencia a esta doctrina podría estar evidenciando que el TS no tiene intención de reconocer de oficio la indemnización de 20 días (al menos, para las extinciones anteriores a septiembre 2016 y *sub iudice* con posterioridad). Lo que podría estar confirmando mi pronóstico inicial – esto es, la voluntad de dar prevalencia a la dimensión procesal.

Lo cierto es que esta tesis, hipotéticamente, estaría confirmando el planteamiento de la STSJ Cataluña 20 de diciembre 2016 (rec. 3593/2016), que aboga por una concepción restrictiva del principio de congruencia. No obstante, debe tenerse en cuenta que, si así fuera, en aras a la seguridad jurídica, también sería deseable que el TS tratara de cohonestar esta línea interpretativa con su propia doctrina (entre otras, STS 6 de octubre 2015, rec. 2592/2014) y con la del TJUE, que proclama la necesidad de garantizar el principio de efectividad.

No obstante, la ausencia de toda cita a la doctrina "de Diego Porras" en estas dos últimas sentencias del Alto Tribunal también podría tener otra lectura. Teniendo en cuenta que hay 3 cuestiones prejudiciales pendientes de resolución ante el TJUE (ver aquí), que su Presidente ha manifestado que "no entendieron bien el problema", que la Comisión de Expertos únicamente se centró en la regulación del contrato de interinidad y que el Gobierno abiertamente ha decidido postergar la decisión al respecto (dada la inseguridad jurídica que impera), no es descabellado pensar que el Tribunal Supremo esté considerando que, por el momento, no le corresponde dar una respuesta al conflicto y, de algún modo, esté tratando de ganar tiempo.

Si se confirmara mi hipótesis, sólo nos queda esperar al TJUE…

Tribuna publicada en Confilegal 31/03/2017

Contratos temporales, Tribunales e incertidumbres (Tribuna Expansión)

28 enero, 2017 ibdehereComentarios Legislación, Opinión

Publicado en:

2017 (Enero) - Contratos temporales, Tribunales e incertidumbres (Tribuna Expansión)

La famosa sentencia del TJUE en el asunto Diego Porras, relativa a la indemnización por extinción de una trabajadora interina del Ministerio de Defensa, ha sacudido significativamente la ya de por sí convulsa realidad jurídico-laboral, generando numerosas dudas interpretativas. Desde entonces, las reacciones doctrinales académicas y de destacados miembros de la judicatura y de la abogacía, alineándose o criticando su fundamentación, han sido abundantes. En síntesis, las principales preguntas que subyacen en este conflicto y que (hoy por hoy) no tienen una respuesta unívoca, serían las siguientes:

Primera, más allá de los contratos interinos, qué otras modalidades de contratación temporal pueden exigir la indemnización de 20 días y, en todos estos casos, qué requisitos formales deben seguirse.

Segunda, en qué medida la prohibición de discriminación de la Directiva 1999/70 (Cláusula 4ª) es extensible a trabajadores y empleadores “privados”.

Y, tercera, si esta indemnización puede reconocerse de oficio por los Tribunales (especialmente, en las extinciones anteriores al caso Diego Porras y sub iudice con posterioridad).

Pues bien, han pasado algunos meses y las primeras reacciones judiciales han empezado a corporeizar la disparidad de enfoques y dificultades técnicas apuntadas desde un primer momento por la doctrina.

El Tribunal Supremo se ha referido a la sentencia del TJUE en una ocasión. No obstante, ha dictaminado que no es procesalmente oportuno pronunciarse al respecto. En otro supuesto, en cambio, pudiéndolo hacer, la ha omitido por completo.

En suplicación, los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) se han pronunciado en diversas ocasiones. El TSJ de Cataluña recientemente ha descartado el reconocimiento de los 20 días, porque se vulneraba el principio de congruencia y ha instado a la interposición de una nueva acción. De hecho, con anterioridad a esta sentencia, si el empleador es "público", y con independencia del tipo de contrato temporal, se ha ido reconociendo los 20 días de oficio de forma unánime. Por otra parte, el TSJ del País Vasco y la sede de Málaga del de Andalucía han discrepado en la extinción de contratos de obra y servicio con empleadores "privados" (explicitándose, cuando se ha denegado, la posibilidad de exigir la diferencia indemnizatoria al Estado).

De hecho, no es descartable que la disparidad de interpretaciones se incremente. Por todo ello, y mientras no se produzca una reforma legal, la intervención del Tribunal Supremo (muy esperada) será determinante.

En paralelo, aún no ha trascendido ninguna conclusión oficial del Comité de Expertos nombrados por el Gobierno y los interlocutores sociales para tratar de buscar una solución consensuada a esta situación. Y el Ejecutivo, siguiendo el acuerdo de investidura pactado con Ciudadanos, ha manifestado que un contrato temporal con indemnización creciente podría ser una solución (lo que plantearía no pocas dudas de compatibilidad con la citada doctrina Diego Porras).

A su vez, podría suceder que el TJUE matice o rectifique su propia doctrina, pues, aún debe dar respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia y un Juzgado de lo Social de Madrid que, en esencia, "cuestionan" el núcleo de su fundamentación.

Para concluir, es obvio que, en este momento, la incertidumbre es muy superior a la que sería deseable y, dado que la seguridad jurídica está particularmente comprometida, probablemente, convendría un cambio normativo. No obstante, ¿no creen que sería –cuanto menos– paradójico que se reformara la legislación interna y, posteriormente, el TJUE rectificara su propia doctrina?

Tribuna publicada en el Diario "Expansión" (28/01/17)

Funcionarios interinos, doctrina TJUE “Castrejana López” y derecho a readmisión obligatoria previa a declaración de indefinidos no fijos (y ¿es extensible al ámbito laboral?)

20 diciembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Diciembre) - Funcionarios interinos, doctrina TJUE “Castrejana López” y derecho a readmisión obligatoria previa a declaración de indefinidos no fijos (y ¿es extensible al ámbito laboral?)

El TJUE, en fecha 14 de septiembre 2016, dictó, junto al famoso caso “de Diego Porras”, dos sentencias más: casos C-184/15 y C-197/15, Asuntos acumulados, “Martínez Andrés” y “Castrejana López”; y C-16/15, Asunto “Pérez López”.

En estas “otras” dos sentencias se evidencia la manifiesta inadecuación del modelo de contratación del empleo público (funcionarial y estatutario) – en este sentido, los comentarios del Prof. Eduardo Rojo, recopilados en este documento, son absolutamente imprescindibles.

En concreto, el TJUE en los asuntos acumulados “Martínez Andrés” y “Castrejana López”, en esencia, dictamina lo siguiente:

Primero. En la medida en que (…) no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Concluyendo 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”.

En este sentido, creo que es importante reparar en el fragmento resaltado, porque, a mi modo de ver, como detallaré en el análisis crítico de esta entrada, en los términos en los que está desarrollado en la propia sentencia **se aleja sustancialmente de los efectos jurídicos prototípicos derivados de la declaración de un trabajador indefinido no fijo**.

Segundo. A la luz del principio de efectividad del Acuerdo Marco, el mismo

“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”,

Hasta la fecha (salvo error u omisión) se había dictado una única sentencia citando expresamente la doctrina de una de estas “otras” dos sentencias (aunque ya se habían dictado algunas otras con carácter previo recogiendo un planteamiento similar).

En concreto, la STSJ C-A Andalucía\Sevilla 30 de septiembre 2016 (rec. 250/15), resolviendo la solicitud de que se reconozca “la condición de personal estatutario indefinido” de una trabajadora sanitaria del sector público (auxiliar administrativa), acogiéndose a la doctrina del Asunto “Pérez López” (C-16/15), la declara interina “hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición”.

Pues bien, la segunda concreción de estas importantes sentencias del TJUE se ha producido en la reciente STSJ C-A País Vasco 12 de diciembre 2016 (rec. 735/2013), que da respuesta precisamente a la cuestión prejudicial del Asunto “Castrejana López”. A diferencia de la sala andaluza, en este caso, **la relación de servicio está extinguida**. Detalle que, como se observará, es determinante.

A la luz de los detalles del caso y de su fundamentación, en esta entrada se abordará su análisis crítico y también el de la citada sentencia del TJUE, casos C-184/15 y C-197/15, Asuntos “Castrejana López” y “Martínez Andrés”.

Especialmente porque (como he avanzado), **en casos de extinción, debe evaluarse en qué medida ha reconocido un derecho a la readmisión obligatoria (“obligación de reincorporación”) previo a la declaración de indefinido no fijo (que sería ciertamente discutible a la luz de la doctrina jurisdiccional social)**.

1. Detalles del caso y fundamentación

En síntesis, el caso versa sobre un funcionario interino (Arquitecto) del Ayuntamiento de Vitoria cuya relación de servicio temporal se extendió durante 18 años (1995-2013).

El TSJ País Vasco (en una fundamentación particularmente breve) entiende que la respuesta que debe dar al caso está condicionada por dos factores:

Primero. El auto en virtud del cual la sala planteó la cuestión prejudicial y en el que se concluye que la contratación ha sido abusiva, contraria a derecho.

Segunda. La respuesta que proporciona el TJUE a la cuestión prejudicial y que puede resumirse en que debe aplicarse la

"misma jurisprudencia consolidada en el orden social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, **anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija**, por tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza" [la negrita es mía].

Tercero. No reconoce importe indemnizatorio alguno por los daños sufridos porque no se ha probado ni su existencia ni su cuantificación.

2. Valoración crítica: en caso de extinción, la calificación de indefinido no fijo no implica un derecho previo a la readmisión forzosa (o ¿a partir de ahora si?)

Al respecto, me gustaría plantear las siguientes valoraciones críticas (5) y una previa:

Una previa sobre los indefinidos no fijos, el Acuerdo Marco y la Doctrina "de Diego Porras".

Aunque no esté directamente relacionada con un aspecto discutido en estos casos, a la luz de todo lo expuesto y, tal y como he expuesto en otras entradas recientes (aquí y aquí), es claro que los trabajadores indefinidos no fijos (o "interinos de hecho") quedan amparados por el Acuerdo Marco y, a la luz de la doctrina "de Diego Porras", la extinción por cobertura reglamentaria de la plaza debería exigir el abono de la misma indemnización que la prevista para los interinos por vacante.

Primero. El efecto "equiparador" entre contratos "de duración determinada" por aplicación de las medidas destinadas a evitar su utilización abusiva (Cláusula 5ª del Acuerdo Marco)

En la sentencia "de Diego Porras", el TJUE niega que la prohibición de discriminación (Cláusula 4ª del Acuerdo Marco) sea aplicable cuando se comparan dos contratos temporales (porque queda fuera del ámbito de aplicación de la propia Directiva).

No obstante, en el caso "Castrejana López", si el Tribunal interno dictamina que "no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos" (apartado 49), el TJUE posibilita que se exija el mismo tratamiento en el orden administrativo que el previsto en el social, sin necesidad de abordar si efectivamente ambas situaciones eran efectivamente asimilables (lo que, dicho sea de paso, en mi opinión, podrían plantearse algunas dudas).

Extremo que, a mi modo de ver, resulta especialmente relevante, pues, matiza la propia conclusión extraíble del caso "de Diego Porras" recién apuntada.

Segunda. ¿La calificación de indefinido no fijo incluye un derecho previo a la readmisión en caso de extinción previa?

La interpretación que lleva a cabo la Sala C-A de la "jurisprudencia consolidada" del orden social no la comparto en absoluto, pues, hasta la fecha, en ningún caso, los Tribunales Sociales han declarado que, si se produce una extinción, la readmisión sea un efecto prototípico previo de la declaración de indefinidos no fijos (salvo que, obviamente, forme parte de un despido colectivo y sea calificada de nula – que no es el caso).

Lo que en estos casos se ha establecido, en cambio, es que la extinción es injustificada y, por consiguiente, debe abonarse la indemnización establecida para el despido improcedente.

En definitiva, el TSJ del País Vasco (alejándose – a mi entender – sustancialmente de la "jurisprudencia consolidada" social) estaría aplicando *de facto* una doctrina que se aproximaría a la de la "nulidad por fraude de ley", para, posteriormente, una vez restablecida la relación de servicio, aplicar la doctrina de los indefinidos no fijos.

De hecho, debe recordarse que son los trabajadores "fijos" *ex* EBEP, los que tienen un derecho a la readmisión en caso de que se declare "improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave" (art. 96.2 del EBEP).

De modo que si se pretendía equiparar la respuesta a la prevista en la jurisdicción social, parece que lo lógico hubiera sido que, dado que se ha producido una extinción, únicamente se le hubiera reconocido el derecho a una indemnización por despido improcedente.

Tercera. ¿Dónde se encuentra el origen de esta doctrina recogida por el TJUE?

El origen de esta (a mi entender, desviada) interpretación del TSJ del País Vasco se encuentra en los términos en los que formula la cuestión prejudicial al TJUE.

Con la particularidad que esta "aproximación" acaba "condicionando" el propio fallo del TJUE (llevándole a sostener una tesis que no se ajusta a la realidad de la doctrina jurisprudencial del orden social y que se adopta como referente y determinante para resolver el caso).

En la misma Sentencia del TJUE (apartados 27 y 28) se recoge que el Tribunal remitente señala que

"27. No obstante, dado que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo sólo se pronuncia en litigios relativos a funcionarios de carrera, no existe una jurisprudencia uniforme en relación con el personal estatutario temporal o con los funcionarios interinos. En efecto, aunque algunos tribunales niegan con carácter general la posibilidad de asimilar el personal estatutario temporal o los funcionarios interinos a los trabajadores indefinidos no fijos, existen otros supuestos en los que los efectos de la extinción de tal relación de servicio temporal han podido asimilarse a los resultantes de la extinción de una relación laboral indefinida no fija, **en particular respecto de la obligación de reincorporación**" [la negrita es mía].

"28. En consecuencia, el tribunal remitente se plantea la conformidad con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70 de una norma nacional, o de la práctica de los tribunales nacionales, que no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos **el derecho al mantenimiento de su relación de servicio**, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos"[la negrita es mía].

Y, posteriormente, el TJUE – ya en el desarrollo de su propia fundamentación – afirma (apartado 46)

"Sobre este particular, el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, **el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo**" [la negrita es mía].

Y, finalmente, como ya se ha apuntado, en la propia conclusión de la sentencia

"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" [la negrita es mía].

A la luz de los fragmentos transcritos, puede apreciarse que el tribunal remitente habla de la "**obligación de reincorporación**" y, posteriormente, el TJUE emplea la expresión "**mantenimiento en su puesto de trabajo/relación de servicio**".

Podría pensarse que esta última expresión únicamente se refiere a las situaciones en las que la relación temporal no se ha extinguido, no incluyendo la obligación de reincorporación.

No obstante, en los términos en los que está formulada la cuestión prejudicial, la exposición del tribunal remitente y la que lleva a cabo el TJUE no permitan afirmar categóricamente que en la expresión "mantenimiento en su puesto de trabajo/de la relación de servicio" en ningún caso queda subsumida la "obligación de reincorporación".

Por consiguiente, salvo que esté equivocado en mi apreciación (que no descarto porque, a estas alturas, debo admitir que uno empieza a dudar de todo…) creo que el TSJ del País Vasco, al formular la cuestión prejudicial, ha inducido al TJUE a sostener una interpretación de la doctrina del orden jurisdiccional social que no se ajusta a su formulación originaria (al menos, tal y como yo la entiendo).

Por todo ello, **el planteamiento del TSJ del País Vasco debería ser corregido** en la propia jurisdicción contenciosa.

Y, aunque pueda resultar contradictorio, a mi entender, la doctrina "Castrejana López" no empece que pueda hacerse. Especialmente porque nada hace pensar que, a pesar de la literalidad de las conclusiones, el TJUE esté exigiendo (si o si) que la readmisión obligatoria "deba ser la única" medida en los casos de extinción previa.

En efecto, de la lectura de la propia sentencia se extrae que para el TJUE lo relevante es que se prevea "alguna" medida para combatir el abuso, sin concretar cuál (pues, no es una cuestión que le corresponda determinar ni tampoco fije la Directiva).

Corrobora esta apreciación el hecho que el TJUE afirma que la respuesta para los indefinidos no fijos del ámbito social (apartado 53) "**podría ser** una medida apta" (no lo impone) y, además (apartado 54), la solución laboral debe imponerse

"a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal".

Por consiguiente, **no puede afirmarse que el TJUE exija una reincorporación obligatoria si se produce con carácter previo una extinción (pudiendo, por consiguiente, ser matizada/corregida sin vulnerar el efecto útil del Acuerdo Marco y la interpretación que ha llevado a cabo el TJUE)**.

Cuarta. ¿Esta doctrina ("desviada") del TJUE "Castrejana López" es extensible al ámbito laboral?

A pesar de lo apuntado, podría suceder que la jurisdicción C-A no corrija el criterio.

En tal caso, deberíamos plantearnos si esta interpretación (exclusiva/propia del ámbito administrativo) puede provocar, si se me permite un término propio del ciclismo, un efecto "goma":

En efecto, si la jurisdicción contenciosa, a la luz de la sentencia del TJUE asunto "Castrejana López", mantiene la posibilidad de "anular la extinción" y declarar una relación indefinida no fija, nos encontraríamos que, tal previsión sería más protectora que la prevista en el orden social.

Y, llegados a este estadio, podría plantearse (el efecto "goma" anunciado) si debería exigirse también en el ámbito social, al menos a los indefinidos no fijos.

No obstante, no parece que esto pueda "imponerse" a la luz del Acuerdo Marco, pues, el TJUE en la sentencia "Castrejana López" establece que (apartado 40)

“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”.

Lo que, no obstante, no impediría que se valorara desde el punto de vista de otras disposiciones del derecho comunitario (por ejemplo, ¿el art. 21.1 CDFUE?).

Sin duda, otra potencial fuente de conflicto …

3. Conclusión final

En entradas anteriores también he criticado la falta de precisión del TJUE en el asunto “de Diego Porras”.

Sin pretender eximir al TJUE de la responsabilidad que eventualmente pudiera serle imputable, ciertamente, no debería sorprendernos que le cueste comprender los matices del retorcidamente alambicado (y creo que la reiteración se queda corta) marco que (gracias a la manifiesta pasividad del Legislador) nos rige y, en consecuencia, su finura analítica brille por su ausencia.

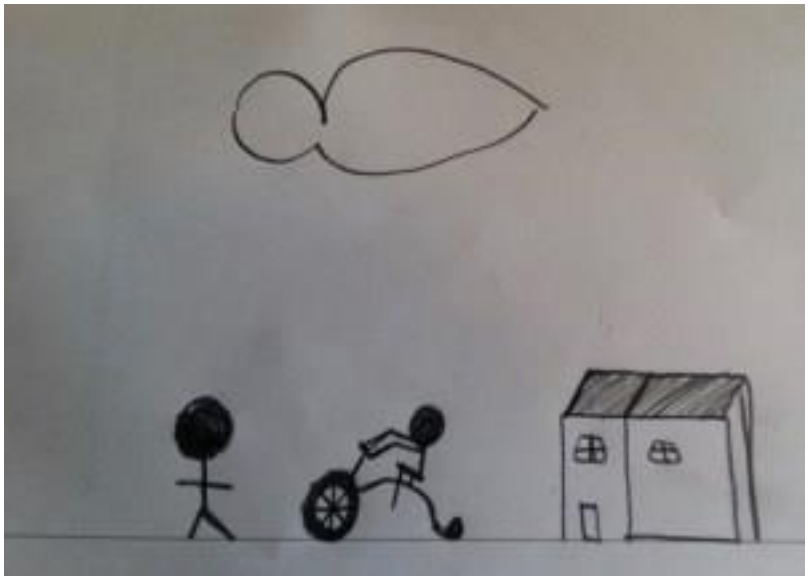
De modo que no nos queda más remedio que permanecer a la expectativa de nuevos sobresaltos.

Una alternativa al contrato único (Tribuna: Agenda Pública)

15 diciembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia, Comentarios Legislación

Publicado en:

2016 (Diciembre) – Una alternativa al contrato único (Tribuna: Agenda Pública)



A la luz de la sentencia del TJUE en el caso "de Diego Porras" y en el marco de la lucha por reducir la acentuada segmentación del mercado de trabajo español que subyace, he defendido ("La extinción del contrato de trabajo y sus costes"– Cinco Días 27/9/16) la necesidad de que el Legislador articule una matriz normativa que sea sensible al comportamiento estratégico de sus destinatarios a la hora de cumplir las normas. Especialmente, porque la legislación laboral, quizás, ha pecado de autosuficiente al pensar que la mera promulgación de la norma (promoviendo la contratación indefinida) era suficiente para persuadir a los ciudadanos a seguirla. Las altas (y persistentes) tasas de temporalidad así lo sugieren.

No obstante, en aquél momento (por razones de espacio), me limité a apuntar que, como posible solución, el problema puede afrontarse desde la perspectiva del **fraccionamiento de los costes**, previendo la posible reacción de los individuos a los mismos, pero sin concretar cuál era mi propuesta al respecto.

Recientemente (15/12/2016) he planteado en **Agenda Pública** una matriz conceptual que, en hipótesis, podría incidir en la atenuación de la acentuada segmentación y que, dicho sea de paso, podría erigirse en una alternativa a los planteamientos que gravitan alrededor del concepto de contrato único.

Especialmente, porque esta propuesta (y creo que conviene destacarlo) **no afectaría al principio de extinción causal, ni a su control judicial, ni tampoco estaría condicionando el fomento de la contratación indefinida a un ineludible incremento de los perjuicios que deben asumir los trabajadores en caso de extinción**.

Aunque, en breve, me gustaría publicar el texto completo (que por razones de espacio tampoco ha podido incluirse en la citada publicación), puede accederse al texto de la propuesta **en este enlace**.

Aunque invito a su lectura completa, no obstante, me gustaría resaltar una de las conclusiones de la citada propuesta:

"creo que la solución a la excesiva segmentación del mercado de trabajo puede afrontarse desde otra perspectiva. Y también estoy convencido que la situación actual exige un cierto grado de audacia y valentía por parte de los responsables políticos e interlocutores sociales. Hasta la fecha, el inmovilismo ha sido palpable y el precio que está pagando la sociedad por ello excesivamente elevado".

Indefinidos no fijos, cobertura de vacante e indemnización según “de Diego Porras”

12 diciembre, 2016 ibdehereComentarios Legislación

Publicado en:

2016 (Diciembre) – Indefinidos no fijos, cobertura de vacante e indemnización según “de Diego Porras”

¿Los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por cobertura de la vacante deben quedar amparados por la doctrina “de Diego Porras”?

El carácter “indefinido” de esta “modalidad” podría llevar a pensar que la citada doctrina no es aplicable en estos casos al ser “no temporal”.

No obstante, a mi modo de ver, existen elementos para entender que deberían “correr la misma suerte” que los interinos por vacante y percibir una indemnización de 20 días (aunque, por el momento, no tengo constancia que ninguna sentencia haya reconocido esta indemnización a los interinos por vacante).

Exposición que trataré de articular a partir de tres bloques argumentativos:

Primero: indefinidos no fijos deben recibir la misma protección que los interinos por vacante

Los trabajadores indefinidos no fijos e interinos por vacante han mantenido una regulación "paralela" en lo que a la extinción contractual se refiere (STS 27 de mayo de 2002, rec. 2591/2001).

Y, a partir de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), como se recordará, en ambos casos ya no es posible acudir a la conocida como "amortización simple" (ver al respecto extensamente en estas entradas).

En concreto, en virtud de esta sentencia (y siguiendo un planteamiento, a mi entender, discutible) los interinos por vacante ya no están sometidos a condición, sino a término:

"estamos ante una obligación a plazo, a término, y no ante una obligación sujeta a condición resolutoria explícita o implícita (…).

De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4.2 del RD 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del EBEP)".

Y, en relación a los indefinidos no fijos, la "amortización simple" debe reconducirse a la resolución objetiva (la aplicación de la DA 20ª ET a estos casos "es indudable") y no a una condición (como sí mantenía la STS 22 de julio 2013, rec. 1380/2012).

En principio, esta doctrina "se limita" a neutralizar la posibilidad de recurrir a la "amortización simple" y podría pensarse que no afecta a la doctrina anterior del TS sobre los efectos extintivos derivados de la cobertura de vacante en ambas "modalidades" (interinos por vacante e indefinidos no fijos). No obstante, lejos de esta afirmación, a mi entender, la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) también tiene una clara repercusión en la naturaleza jurídica del fenómeno que provoca la ineficacia contractual en estos casos.

Como se sabe, ambas "modalidades" contractuales exigen la cobertura de la plaza. Y, explícitamente, en el caso de los indefinidos no fijos la jurisprudencia ha establecido que (STS\Pleno 20 de enero 1998, rec. 317/1997):

"el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo".

Y, en virtud de esta misma sentencia, estos contratos se extinguen en el momento que se produce reglamentariamente

"y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

Y, posteriormente, la STS [Sala General] 27 de mayo de 2002 (rec. 2591/2001) confirma este criterio:

"la ocupación, definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud el contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción del contrato. Esta causa tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, y ello porque desde que una Sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina de esta Sala contenida en la mencionada Sentencia de 20 de Enero de 1998, está cumpliendo lo previsto en el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores, a saber declara la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal y en concreto y por contraria al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores -al que está sujeta también la Administración Pública- se pronuncia la

ineficacia legal de la cláusula de temporalidad no acomodada a dicho precepto; y sustituye dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato, expresamente establecida en nuestra meritada Sentencia, a saber la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los Principios constitucionales".

Pronunciamiento que también afirma que

"no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) 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".

Y, posteriormente, las SSTS 20 de julio 2007 y 19 de febrero 2009 sostienen que

"la posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad".

A la luz de lo expuesto, es claro que el contrato "indefinido no fijo" puede válidamente extinguirse si se da una determinada "circunstancia".

Y, en relación a esta "circunstancia", si para los interinos por vacante, como se ha apuntado, la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) ha afirmado que la cobertura de la plaza describe un término (*certus an*), esto es, *ex* apartado c) del art. 49.1 ET (y no *ex* apartado b) en coherencia (si no se quiere incurrir en una posible antinomia), parece lógico entender que también lo sea para los indefinidos no fijos.

Por consiguiente, si se admite que lo que provoca la ineficacia contractual participa de la misma naturaleza jurídica en ambas modalidades contractuales, podría afirmarse que, en estos casos, los indefinidos no fijos a estos efectos – si se me permite – "también son contratos temporales". De modo que la cobertura de vacante de los indefinidos no fijos debería ser compensada del mismo modo que los interinos por vacante.

Es claro que esta afirmación evidencia que el empleo público tiene un "desajuste conceptual" preocupante (y sería muy recomendable una reformulación normativa – a ser posible, con carácter de urgencia).

Especialmente si se repara que este planteamiento describe, además, un argumento "circular" (o, si se prefiere, contradictorio):

si la cobertura de la vacante es una obligación que emerge en el instante que el contrato es calificado como indefinido no fijo, podría decirse que, *de facto*, se está convirtiendo a los "indefinidos no fijos" en "interinos por vacante"

[de hecho, recuérdese que la jurisprudencia en una primera fase, en vez de referirse a los "indefinidos no fijos", hablaba de "interinidad de hecho" – entre otras, STS 7 febrero 1990 (RJ 1990\838) -; y el Fº 4 del Voto Particular a la STS\Pleno 20 de enero 1998 (rec. 317/1997) critica que no es posible distinguir a los indefinidos no fijos de los interinos por vacante].

No obstante, el carácter "circular" (o contradictorio) de este "planteamiento" que se ha apuntado emerge en el instante que los "interinos por vacante" que exceden de un determinado término (art. 70.1 EBEP), a su vez, deben ser calificados como "indefinidos no fijos" (que, como he apuntado, son *de facto* "interinos de hecho").

Dejando de lado esta "particularidad conceptual" (derivada de una "discutible" distinción conceptual entre interinos por vacante e indefinidos no fijos) y retomando el hilo de mi exposición, mi afirmación anterior (que – recuérdese – sostiene la equiparación indemnizatoria entre indefinidos no fijos e interinos por vacante) podría tratar de rebatirse afirmando que, a la luz de la doctrina del TJUE "Huétor Vega", a los indefinidos no fijos cuyo contrato se ha extinguido por la cobertura de la plaza bastaría con compensarles conforme a lo previsto en el art. 49.1.c) ET (12 días).

De hecho, antes de la doctrina "de Diego Porras", así lo ha mantenido el TS en diversas ocasiones [SSTS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014); 31 de marzo 2015 (rec. 2156/2014); 15 de junio 2015 (rec. 2924/2014) y 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2015) – aunque no de un modo uniforme: SSTS 21 de julio 2015 (rec. 2672/2014); y 19 de mayo 2015 (rec. 2552/2014)].

No obstante, como trataré de exponer en el siguiente apartado, en virtud del efecto útil de la Directiva 1999/70, existen elementos para entender que *sólo cabe reconocer* la indemnización de 20 días.

En todo caso, y como apunte final de este epígrafe, repárese que en estos casos en los que el TS ha reconocido esta compensación *ex* art. 49.1.c ET, lo ha hecho entendiendo que el contrato se extingue de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1.b ET. Lo que, a mi modo de ver (como se ha expuesto), podría ponerse en duda porque si existe idéntica obligación de cubrir la plaza en interinos por vacante e indefinidos no fijos y la efectiva cobertura en los primeros debe calificarse como un término, parece oportuno entender que en el caso de los segundos la cobertura participe también de idéntica naturaleza. De otro modo, creo que la argumentación incurriría en una posible antinomia difícilmente superable.

Segundo: el efecto útil de la Directiva 1999/70 induce a pensar que la compensación debe ser de 20 días.

La calificación de indefinido no fijo es una medida "reactiva" ante una diversidad de fenómenos heterogéneos.

Si bien es cierto que puede darse en supuestos que no conllevan ninguna ilicitud previa (por ejemplo, reversión de servicios públicos y aplicación del art. 44 ET), en la mayor parte de los casos se da como reacción al incumplimiento previo del marco normativo: esto es, un uso "inadecuado" de la contratación temporal, una cesión ilegal o un exceso del período de tiempo para la cobertura de una vacante (art. 70.1 EBEP).

En definitiva, asumiendo que cumple una finalidad "protectora" (y así, lo mantuvo la STS 22 de julio 2013, rec. 1380/2012: "el contrato indefinido no fijo constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales en por las Administraciones Públicas) no tendría excesivo sentido que tengan menor protección que la que se les dispensaría sin ella.

Esto es, resultaría complejo de justificar que la medida protectora dirigida a, por ejemplo, corregir una contratación temporal irregular (como es la calificación de indefinido no fijo) se traduzca en una menor compensación (percibirá 12 días si se cubre la plaza) que la que disfrutaría si no se hubiera aplicado dicha protección y el trabajador siguiera calificándose como temporal (en cuyo caso, hubiera recibido 20 días).

De hecho, la cláusula 5 de la Directiva 1999/70 pretende la adopción de medidas dirigidas a evitar (disuadir) el uso abusivo de la contratación temporal. Si la compensación pasara de 20 a 12 días en estos casos, lejos de disuadir, el marco normativo nacional estaría promoviendo el abuso. Lo que, obviamente, iría en contra del efecto útil del Acuerdo Marco.

Si los interinos por vacante pudieran ser objeto de "amortización simple", entonces, su "conversión" en indefinidos no fijos y posterior extinción por cobertura de la plaza podría "justificar" una menor compensación. O, al menos, podría discutirse si esta mayor protección (no posibilidad de amortización simple a los indefinidos no fijos y si, en cambio, en los interinos por vacante) compensa una menor compensación económica en caso de extinción por cobertura de vacante de los indefinidos no fijos (12 días en vez de 20). No obstante, como se sabe, al no darse la premisa de partida (la amortización simple no es posible en ningún caso), automáticamente hace estéril seguir esta línea argumentativa (corroborando la necesidad de que la compensación sea la misma).

En definitiva, podría entenderse que el efecto útil del Acuerdo Marco exigiría que la cobertura reglamentaria de la vacante de los indefinidos no fijos reciba idéntica compensación que la prevista para los interinos por vacante.

Tercero: la STS 7 de noviembre 2016 corroboraría esta tesis.

Desde esta perspectiva, la referencia a la doctrina "de Diego Porras" en la reciente STS 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016 – un comentario al respecto en esta entrada) tendría pleno sentido.

Como se recordará, se trata de una sentencia relativa a un trabajador interino calificado como indefinido no fijo, en la que el Alto Tribunal, por primera vez, se refiere a la citada doctrina del TJUE. No obstante, por motivos procesales, no entra a valorar su impacto en este caso, reconociendo el importe indemnizatorio de 12 días a la luz de la doctrina del TJUE "Huétor Vega".

En concreto, la sentencia afirma:

"No es este el momento de pronunciarnos sobre los efectos que sobre esta materia haya de producir la reciente STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto De Diego Porras, C- 596/14), ya que quien recurre es la parte demandada y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización. Sin embargo, sí hemos de estar a los criterios que hemos venido estableciendo en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público".

La mención a la doctrina "de Diego Porras" en este caso, ha sido objeto de crítica por un sector muy autorizado de la doctrina laboral (Profesor M.C. Rodríguez-Piñero Royo).

No obstante, (quizás, esté equivocado pero) a mi modo de ver, aunque la STS 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016) no hace ninguna de estas disquisiciones apuntadas en esta entrada, a mi entender, hay elementos para pensar que en la afirmación anteriormente transcrita subyace la discusión que acabo de exponer (o una derivada de la misma). Especialmente porque se refiere a un "interino de hecho" (indefinido no fijo).

Por consiguiente, la referencia a la doctrina "de Diego Porras" en esta sentencia tendría pleno sentido. O, dicho de otro modo, lejos de fomentar mayor confusión, sería coherente con el conflicto que la famosa doctrina del TJUE plantea – además de contribuir a corroborar la tesis que defiendo.

Conclusión

Por todo lo expuesto, creo que hay elementos para entender que la cobertura reglamentaria de la plaza de un indefinido no fijo/interino de hecho debería ser compensada del mismo modo que en el caso de que suceda lo mismo a un interino por vacante.

En cualquier caso, siguiendo la línea argumentativa del Prof. Eduardo Rojo (y que reitera en una ineludible entrada reciente), es importante tener en cuenta

"que el debate actual sobre la cuantía de la indemnización no debe hacernos perder de vista que el principal, o uno de los principales problemas, del mercado de trabajo en España es el uso altamente abusivo e irregular de la contratación temporal, y que hay que adoptar medidas adecuadas para impedir que ello se mantenga en el próximo futuro. El debate generado por las sentencias del TJUE es una excelente oportunidad para ello".

Espero (y deseo) que no dejemos escapar esta oportunidad y, sobre todo, que hallemos una solución a la altura del reto que se nos plantea.

Diego Porras: STSJ País Vasco reconoce 20 días a interino por sustitución de empresa privada (y un importante voto particular)

7 diciembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Diciembre) - Diego Porras: STSJ País Vasco reconoce 20 días a interino por sustitución de empresa privada (y un importante voto particular)

La STSJ País Vasco 15 de noviembre 2016 (rec. 1990/2016) ha reconocido una indemnización de 20 días a la extinción de un interino por sustitución contratado por una empresa privada.

Aunque la sentencia se alinea con las dos sentencias anteriores del mismo Tribunal (y, en especial, con la relacionada con el empleador privado – ver en esta entrada y en esta), la relevancia de este pronunciamiento radica, esencialmente, en que es la primera vez que se reconoce esta compensación a esta modalidad temporal y en estas condiciones (empresa privada) y, además (y muy especialmente), contiene un contundente (e interesante) voto particular.

A fin de no reiterar lo expuesto en anteriores entradas, en esta ocasión, tras una breve referencia a la fundamentación del fallo, centraré el análisis en los aspectos más destacados del voto particular:

1. Fundamentación de la sentencia:

Confirmada la regularidad de la contratación temporal y la ausencia de su uso fraudulento, el TSJ estima que debe reconocer la citada indemnización de 2o días a la luz de la citada doctrina "de Diego Porras" del TJUE, en base a los siguientes motivos:

Primero. Dicho reconocimiento se acomoda a la petición del actor de que la extinción impugnada se acompañe de los pronunciamientos legales inherentes y 'con abono, en todo caso, de las cantidades

dejadas de percibir' (hecho octavo de la demanda), sin que sea óbice que su pretensión principal vaya dirigida a la declaración de la improcedencia del cese".

Segundo. Tal y como ha recogido la misma Sala en sus dos sentencias anteriores, no hay vulneración del principio de congruencia.

Tercero. La cláusula 4 del Acuerdo Marco, debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho Social de la Unión (art. 21.1 CDFUE) que no puede ser interpretado de manera restrictiva y que procede la aplicación directa horizontal (entre particulares).

Cuarto. Las labores del trabajador interino son semejantes a las de un trabajador indefinido.

2. El voto particular: crítica contundente al TJUE y a la cuestión prejudicial del TSJ Madrid

La fundamentación del voto particular divide entre consideraciones generales, una crítica a la Sentencia del TJUE y la afectación en los principios de seguridad jurídica y del procedimiento.

A. Consideraciones generales

Primero. Tras recordar que el Derecho Comunitario prevalece sobre el Derecho Interno en términos globales, que la Jurisprudencia comunitaria lo hace sobre la interna, que sólo los Reglamentos (por su propia naturaleza), son susceptibles de producir efecto directo y que Acuerdo Marco citado no es un Reglamento resalta que

"El efecto de las Directivas se concreta, siempre que sean incondicionadas y suficientemente precisas, a su posible invocación por los particulares en sus relaciones con el Estado, pero no entre particulares".

Segundo: Los obstáculos que la legislación interna pueda mostrar para la efectividad del Derecho Comunitario, en general, y de las Directivas, en particular, cuenta con el mecanismo compensador de la posibilidad de exigir responsabilidad al estado incumplidor por los daños y perjuicios que genere la ausencia de adaptación del Derecho Interno.

Tercero: La denominada "interpretación conforme" no puede conducir a que se fuerce de forma indebida la normativa interna. El citado principio no implica nunca que una Directiva cree obligaciones para los particulares por sí misma e independientemente de una ley interna de adaptación. La obligación del juez nacional de emplear la Directiva como referencia al aplicar e interpretar el Derecho Interno no puede conducir a una conclusión *contra legem* del Derecho Nacional.

Y, **cuarto:** teniendo en cuenta que la Jurisprudencia no figura entre las fuentes de la relación laboral (*ex* art. 3 ET) y que tiene carácter complementario (*ex* art. 1.6 CC), afirma que "la posibilidad legal de interponer recurso de casación para la unificación de doctrina significa que el último pronunciamiento judicial no es la sentencia del TJUE, que los demás órganos judiciales hayan de acatar sin más, sino el que emane del Tribunal Supremo español".

B. Sobre la sentencia del TJUE

Según el Magistrado, de la lectura de la sentencia se aprecian las siguientes circunstancias:

Primera. La sentencia reconoce que el trabajador interino tiene derecho a una indemnización al finalizar el contrato, pero no señala el importe de aquélla.

Segunda. Equipara el derecho a la indemnización del interino no con cualquier otra modalidad de contrato temporal sino con el contrato indefinido.

A partir de las mismas, formula **contundentes valoraciones críticas** sobre la sentencia del TJUE y la cuestión prejudicial del TSJ de Madrid:

“Estas dos circunstancias alertan tanto de la escasa claridad del pronunciamiento judicial como del muy discreto conocimiento que muestra sobre la legislación nacional española en materia de contratos de trabajo.

Esto último, probablemente favorecido por lo poco afortunados que fueron los términos en que la cuestión prejudicial fue planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (…). El planteamiento de la cuestión adolecía de un evidente error, que la sentencia del TJUE o no constató o no se ocupó de tener conocimiento exacto de la regulación legal de las indemnizaciones en el Derecho del Trabajo español”.

Dicho esto, el hecho de que **el TJUE no especificara el importe de la indemnización** (y aunque hubiera sido razonable una equiparación para todos los contratos temporales de 12 días) hace que **los importes posibles hubieran podido ser**:

“La indemnización legal puede ser la de 20 días por año de servicio (Art. 53.1 b ET); o la de 33 días por año de servicio (Art. 56.1 ET); o la de un mes de salario (Art. 49.1 g ET)”.

Para el VP, el reconocimiento de 20 días en este caso,

“ni lo reconoce la sentencia del TJUE ni esa es la indemnización correspondiente a la extinción (indebida) de un contrato indefinido”.

Circunstancia que lleva al Magistrado ha plantearse dos cuestiones:

Primera: ¿porqué se ha escogido este importe (y no otro)?

Segunda: ¿qué relación existe entre la extinción contractual por causas objetivas y el contrato de interinidad?.

En relación a la primera cuestión: si el criterio ha sido su reconocimiento automático, el Magistrado señala que

“También opera así la indemnización prevista por el Art. 49.1 g) ET (muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario) y por el Art. 49.1 c) ET (contrato temporal para obra o servicio determinado), en cuantía respectiva de un mes de salario y de 12 días de salario por cada año de servicio”.

En relación a la segunda cuestión afirma que no existe ninguna relación.

“ninguna; absolutamente ninguna. La extinción por causas objetivas persigue la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de los restantes puestos de trabajo en situaciones de crisis económica o necesidad de adaptación a las nuevas exigencias del mercado; en tanto que el contrato de interinidad se extingue cuando finaliza el proceso de selección de cobertura del puesto o cuando se reincorpora al mismo el trabajador titular que tenía derecho a la reserva de su plaza”.

Por este motivo concluye

“solucionar la ausencia del derecho a la indemnización del interino cesado, acudiendo a la cuantía de la extinción del contrato por causas objetivas no sólo no lo reconoció la sentencia del TJUE sino que además carece de fundamento legal”.

C. Sobre la vulneración del principio de seguridad jurídica.

“Se está reconociendo el derecho a la indemnización por finalización del contrato de interinidad a través de la vía judicial, lo que, a diferencia de la vía legal, impide establecer un régimen transitorio. Por una elemental aplicación del principio de seguridad jurídica, las empresas tienen derecho a que el contrato de interinidad se regule por la normativa vigente en el momento de la suscripción. (…) resulta legalmente inviable imponer a la empresa un gravamen económico sobrevenido, puesto que tal gravamen, para ser legal, ha de ser conocido por la empresa con anterioridad a concertar el contrato, con el fin de que pueda prestar su consentimiento, sabedor de las consecuencias económico-indemnizatorias que deriven de la extinción del mismo”.

D. Sobre la vulneración de los principios procesales

El reconocimiento de oficio de la indemnización

"vulnera los principios procesales básicos de justicia rogada e igualdad de las partes litigantes, introduciendo un desequilibrio manifiestamente causante de indefensión para la demandada, debido a que ésta resulta condenada por causa no invocada por la contraparte y, por ello, sin oportunidad de efectuar alegaciones en su defensa".

E. Conclusión

"En consecuencia y por todo lo expuesto, imponer a la empresa una condena indemnizatoria no establecida legalmente requería la concurrencia de unos factores de rigor jurídico, que en el presente caso no se dan".

3. Valoración crítica: un nuevo episodio de la saga.

En relación a esta sentencia y, en particular, sobre el voto particular, me gustaría exponer las siguientes (breves) valoraciones (8)

Primera. Sobre la fundamentación de la Sentencia y, en particular, el recurso al art. 21.1 CDFUE (y para evitar reiteraciones) ya he manifestado mi opinión crítica (en esta entrada y esta).

Segunda. Debe destacarse que la sentencia no hace ninguna referencia a los aspectos formales (ni tampoco a los efectos jurídicos derivados de su incumplimiento).

Tercera. En relación al voto particular, ciertamente, la contundencia de algunas de las afirmaciones críticas es muy destacable.

Cuarta. Es claro que la controversia procesal es un aspecto especialmente relevante para los casos *sub iudice* y la reacción del TS será determinante (su intervención a instancia del Ministerio Fiscal *ex* art. 219.3 LRJS no sería descartable).

Quinta. Por otra parte, en los casos en los que estén implicados "empleadores sometidos al ordenamiento jurídico privado", también tendrá una destacada relevancia la interpretación sobre el efecto directo horizontal de las Directivas delimitada recientemente por la importante STS 8 de junio 2016 (rec. 207/2015) [recuérdese relacionada con las vacaciones y retribuciones variables – un comentario al respecto].

Sexta. En cuanto a la seguridad jurídica, comparto el planteamiento expuesto por el Voto Particular. No obstante, la doctrina judicial y la jurisprudencia, en otros casos, ha obviado (a mi pesar) la falta de transitoriedad de los cambios jurisprudenciales. Así, por ejemplo, en las extinciones de indefinidos no fijos e interinos por vacante anteriores a junio de 2014 y *sub iudice* con posterioridad (y más concretamente, a las extinciones anteriores a la reforma de 2012 y *sub iudice* con posterioridad a junio de 2014 – ver al respecto en estas entradas).

Séptima. Comparto también que la sentencia del TJUE carece de la precisión técnica que hubiera sido deseable (así lo expuse en el primer comentario a la misma).

Y, en este sentido, dado que el TJUE no lo especifica, (a mi entender) acierta el Magistrado al preguntarse porqué a nivel interno no se ha valorado (al menos, para descartarlo) una equiparación con la indemnización por extinción *ex* art. 49.1 g) ET (especialmente porque participa de suficientes elementos "operativos" como ser también una – potencial – "candidata").

Y, **octava** (para concluir). Además de la sentencia del TS (no entrando a valorar la doctrina "de Diego Porras" por motivos procesales – aquí un comentario), son 8 los pronunciamientos vertidos en suplicación sobre esta cuestión hasta la fecha – todos ellos referidos a extinciones anteriores a septiembre 2016 (un comentario de todos ellos en estas entradas):

– 1 TSJ Madrid: interino en empresa pública y 20 días (caso “de Diego Porras”);

– 4 TSJ Andalucía\Málaga: 3 eventuales en empresa pública y 20 días (de oficio); y 1 obra y servicio en empresa privada y 12 días.

– y 3 TSJ País Vasco: 1 obra y servicio en empresa pública y 20 días (de oficio); 1 obra y servicio en empresa privada y 20 días (de oficio); y 1 interino por sustitución en empresa privada y 20 días (de oficio).

A partir de lo expuesto, es claro que el reconocimiento de oficio y cuando interviene una empresa pública es una línea interpretativa que está adquiriendo fuerza en suplicación. En el sector privado, aunque se han dado menos casos, por el momento parece que existe mayor disparidad.

En todo caso, es importante destacar que la fuerza de los argumentos procesales podría acabar imposibilitando su reconocimiento para todos los casos (“públicos” o “privados”) anteriores a septiembre’16 y *sub iudice* con posterioridad. Entonces, la posible reclamación al Estado que se abriría añadiría, a mi entender, un pronunciado “acento político (o presión)” a esta compleja situación.

En paralelo, creo que es importante resaltar que estas reacciones judiciales, están “dando vida” a la disparidad de enfoques y dificultades técnicas ya anticipadas por la doctrina académica y de destacados miembros de la judicatura y de la abogacía. Por consiguiente, no es descartable que la disparidad interpretativa en sede judicial se incremente con el paso del tiempo.

De modo que, si se me permite una recomendación, me temo que lo mejor será que “tomemos asiento porque esto no ha hecho más que empezar…”.

Diego Porras: El carácter privado de la empleadora impide indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio (STSJ Andalucía 16/11, rec. 1539/16)

30 noviembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Noviembre) - Diego Porras: El carácter privado de la empleadora impide indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio (STSJ Andalucía 16/11, rec. 1539/16)

En una entrada reciente, he analizado el contenido de la STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016 (rec. 1515/2016) que reconoce una indemnización de 20 días a una extinción de un contrato eventual de un Ayuntamiento de Marbella (un comentario al respecto en esta entrada).

La fundamentación de esta sentencia, como apuntaba entonces, replica el contenido de otra de la misma fecha dictada por la misma sala (rec. 1411/2016) en otro contrato eventual de una trabajadora social de la Ciudad Autónoma de Melilla.

No obstante, en esa misma fecha, el mismo Tribunal dicta dos sentencias más. Una de ellas (rec. 1750/2016) relativa a un contrato eventual idéntico al del Ayuntamiento de Marbella; y, la otra (rec. 1539/2016), a un contrato de obra o servicio formalizado por una empresa filial de Tragsa (aprovecho la ocasión para agradecer a los compañeros de Club Laboral-Social la publicación de los textos de todas las sentencias).

En este segundo caso, la sede de Málaga del TSJ Andalucía deniega la indemnización, dado el carácter privado de la empleadora y que las Directivas de la UE no tienen efecto directo horizontal, entre particulares.

Detalles del caso

La demandante inició su relación laboral la empresa Tecnologías y Servicios Agrarios S.A. (filial de Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima) el 18 de mayo de 2010 mediante contrato para obra o servicio determinado, previéndose que la duración del contrato sería hasta la finalización de los trabajos de su especialidad y categoría dentro del objeto de dicho contrato (asistencia técnica e infraestructura para el primer nivel de soporte en informática y telemática para los Órganos Judiciales, Fiscalías, Registros Civiles y demás instalaciones del ámbito de la administración de justicia), encomienda de gestión que había sido adjudicada por la Secretaría General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia a la empresa demandada.

Esa relación laboral fue modificada en diversas ocasiones a consecuencia de una nueva encomienda y una posterior prórroga de la misma.

Finalizado el contrato (31 de mayo 2014), la trabajadora interpone acción de despido y en la instancia se desestima al entender que no puede estimarse que el contrato pueda calificarse como indefinido, en virtud del art. 15.5 ET, porque las sucesivas modificaciones contractuales son prórrogas de un mismo contrato (no existiendo, por consiguiente, diversos contratos).

Disconforme, interpone recurso de suplicación reiterando el suplico de la demanda.

Fundamentación del fallo

El TSJ Andalucía\Málaga confirma el criterio de la instancia, pues, estima que las sucesivas modificaciones contractuales no son unos nuevos contratos, sino una manifestación de la continuación de la encomienda de gestión en el marco de la cual se firmó el contrato inicial (la nueva encomienda y su prórroga tuvieron el mismo objeto que la primera).

De modo que afirma:

“Si se trató de un único contrato es evidente que dicha relación laboral no había devenido fija, al no serle de aplicación lo prevenido en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la demandante no celebró dos o más contratos temporales, sino uno solo prorrogado en tres ocasiones. Y si dicha relación seguía siendo temporal es evidente que el cese de la demandante cuando finalizó el servicio determinado objeto de ese contrato no es constitutivo de despido.

Por ello, la sentencia recurrida, al desestimar la demanda, no ha incurrido en infracción alguna de los artículos 15.5 y 56 del Estatuto de los Trabajadores”.

Ahora bien, llegados a este extremo, el TSJ se plantea cuáles son las “consecuencias naturales de la extinción, conforme a derecho, del contrato temporal”.

Partiendo de la base de que el propio Tribunal ha admitido la indemnización de 2o días, dado que el contenido de la doctrina “de Diego Porras” es “directamente aplicable a todos los contratos temporales concertados por las distintas Administraciones Públicas”, procede a analizar si, en este caso, la empresa demanda (Tecnologías y Servicios Agrarios S.A., filial de Tragsa), puede ser calificada como una empresa pública o no.

Y a esta cuestión responde que no puede calificarse como Administración Pública, pues, el Real Decreto 1072/2010 que desarrolla el régimen jurídico de Tragsa y de sus filiales, declara que fuera de sus relaciones con las Administraciones Públicas y sus poderes adjudicadores, el resto de las actuaciones empresariales de Tragsa y sus filiales se regirá por las normas de general aplicación a las sociedades mercantiles (y así también se recoge en la DA 25ª RDLeg 3/2011).

Corrobora este planteamiento la STS 6 de julio 2016 (rec. 229/2015) que (con cita de la STC 8/2015), concluye que las sociedades mercantiles estatales

"aunque forman parte del sector público empresarial estatal, no son Administraciones Púbicas, de manera que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado"

Llegados a este extremo, esto es, asumiendo que la empresa demandada se rige por el ordenamiento jurídico privado, sostiene (reproduzco el fragmento dada su relevancia):

"Las Directivas de la Unión Europea no tienen efecto directo horizontal, entre particulares -a estos efectos, la empresa demandada es un particular- excepto en el caso de que desarrollen normas antidiscriminatorias. Y de acuerdo con los Tratados de la Unión Europea el tratamiento diferente entre trabajadores fijos y trabajadores temporales no puede considerarse como una discriminación en sentido propio.

Por ello, la Sala concluye, al contrario que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de octubre de 2016 -recurso 1872/2016- , que el contenido de la antes aludida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene efecto directo en la relación laboral de demandante y empresa demandada, y que tampoco cabe hacer una "interpretación conforme" del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores con el contenido de dicha sentencia, dados los términos claros y contundentes que no dejan lugar a dudas de que la indemnización correspondiente al cese del contrato temporal de la demandante era de doce días por año de duración del mismo".

No obstante, apunta que la trabajadora tiene la posibilidad de

"reclamar frente al Estado, con base en la incorrecta transposición de la Directiva 1999/70 al derecho interno, la diferencia entre la indemnización percibida y la indemnización correspondiente a veinte días de salario por año trabajado, como consecuencia del cese de la misma producido el 31 de mayo de 2014".

Valoración crítica: un fallo ajustado (y la casación está servida).

La argumentación de la sentencia del TSJ País Vasco relativa al sector privado (rec. 1872/16 – un comentario en esta entrada) se fundamentaba directamente en la aplicación del art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Entonces, apuntaba (lo reproduzco sintetizadamente):

"No obstante, si he interpretado correctamente su fundamentación, pueden plantearse algunas objeciones, a mi modo de ver, relevantes.

Repárese que, al obviar la discusión acerca de la eficacia directa horizontal del Acuerdo marco, es discutible que la doctrina "de Diego Porras", y la interpretación del Acuerdo Marco que sostiene, sea realmente aplicable al caso.

En la medida que no justifica la aplicación del Acuerdo Marco entre privados (principio de interpretación conforme), a mi modo de ver, es discutible que pueda afirmarse que hay elementos normativos comunitarios que permitan sostener que la extinción de los contratos temporales es asimilable a la de los

indefinidos y/o que, incluso, la indemnización pueda ser calificada como una condición de trabajo (cosa que el TSJ del País Vasco da por hecho a pesar de no justificar que el Acuerdo Marco es aplicable a conflictos de esta naturaleza).

A mayor abundamiento, repárese que la propia STJUE "de Diego Porras" no entra a valorar la eventual diferencia de trato existente entre contratos temporales porque el Acuerdo Marco describe un ámbito de "operatividad estanco" (dirigido a evitar la desigualdad únicamente entre temporales e indefinidos y no entre temporales entre sí).

Luego, a mi modo de ver, sin negar la eficacia directa del principio recogido en el art. 21.1 de la Carta, es discutible que dicho precepto por sí mismo, sin tener en cuenta el contenido específico del Acuerdo Marco (que no se ha demostrado aplicable a este caso), sea suficiente para apreciar la existencia de un trato desigual entre contratos temporales e indefinidos porque no puede acudirse a los parámetros de comparabilidad que describe éste (de otro modo, si fuera posible, convertiría en redundante al propio Acuerdo Marco).

Por consiguiente, en hipótesis, aunque el art. 21.1 de la Carta sea de aplicación directa entre privados, los elementos para apreciar si se está dando un trato diferenciado injustificado entre contratos temporales e indefinidos quedarían "devaluados" (o "cortocircuitados") porque (al no acudir al principio de interpretación conforme) no se estaría dando el *prius* de comparabilidad que, precisamente, posibilitaría la aplicación del art. 21.1 de la Carta.

De modo que, a mi modesto entender, en la medida que de acuerdo con el derecho interno sería discutible que pudiera predicarse una "asimilación" entre la extinción de un contrato temporal y la resolución causal (hasta la sentencia "de Diego Porras" era pacífico que no lo eran), quizás, podría entenderse que concurren elementos para sostener que el TSJ del País Vasco en aplicación del Acuerdo Marco ha llevado a cabo una interpretación *contra legem* del derecho interno".

El planteamiento expuesto creo que estaría "alineado" con el mantenido por la STSJ Andalucía/Málaga 16 de noviembre 2016 (rec. 1539/2016).

En cualquier caso, la casación está servida (mientras tanto, la posibilidad de reclamar al Estado podría resultar especialmente "perturbador" para los responsables políticos).

Otras entradas al respecto en este enlace

Un nuevo episodio “de Diego Porras”: Extinción de contrato eventual e indemnización de 20 días según el TSJ Andalucía (y controversias pendientes)

29 noviembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Noviembre) - Un nuevo episodio “de Diego Porras”: Extinción de contrato eventual e indemnización de 20 días según el TSJ Andalucía (y controversias pendientes)

Hasta la fecha, la doctrina del TJUE “de Diego Porras” (ver al respecto en estas entradas) ha sido aplicada en suplicación en tres ocasiones: en un supuesto de extinción de un contrato interino (STSJ Madrid 5 de octubre 2016, rec. 246/2014 – ver en esta entrada), en una extinción de un contrato por obra o servicio formalizado en el sector público y en otro en el sector privado (SSTSJ País Vasco [2] 18 de octubre 2016, rec. 1872/16 y 1962/16 – ver en esta entrada y esta).

Por su parte, la STS 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016), ciñéndose a una dimensión estrictamente procesal, no la ha aplicado porque “quien recurre es la parte demandada [un Ayuntamiento] y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización” y, posteriormente, “Siendo

la cuestión del derecho a indemnización (sin discusión sobre su cuantía)" (ver al respecto en esta entrada).

Pues bien, la STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016 (rec. 1515/2016) acaba de aplicar la misma doctrina que en los anteriores casos en suplicación en una extinción ajustada a derecho de un contrato eventual celebrado en un Ayuntamiento.

De hecho, esta sentencia reproduce la argumentación y el fallo mantenido en otra sentencia de la misma Sala y fecha (16 de noviembre 2016, rec. 1411/2016) – a la que no he tenido acceso.

[Con posterioridad a la publicación de esta entrada ha trascendido que, en total, son 4 las sentencias del TSJ de Andalucía\Málaga sobre esta cuestión. A las dos citadas, debe añadirse las siguientes: rec. 1750/2016; y 1539/2016. Y, una de ellas no reconoce la indemnización de 20 días, dado el carácter privado de la empleadora (un comentario al respecto en esta entrada)].

Veamos los detalles del caso y, en particular, los argumentos esgrimidos para extender la indemnización de 20 días a la extinción de un contrato eventual.

En la parte final de esta entrada se incluye además, una referencia a las diversas cuestiones controvertidas que la doctrina TJUE plantea.

1. Detalles del caso

En concreto, la trabajadora estaba incluida en la bolsa de trabajo de operarios del Área de recogida de Residuos Sólidos Urbanos y era llamada para cubrir necesidades de dicha área, suscribiendo al efecto contratos de carácter eventual o interinidad, con intervalos prolongados de no prestación de servicios entre contrato y contrato.

Tal y como consta en la sentencia, en el año 2015 se formalizaron dos contratos eventuales por acumulación de tareas de una duración de 3 meses cada uno y mediando 11 días entre la finalización de uno y el comienzo del siguiente. En concreto, las causas alegadas, respectivamente, son:

– "concesión a los operarios del equipo de licencias para atender a las necesidades del servicio, que se ven incrementadas con motivo de la Semana Santa y el inicio de la temporada estival"; y

– "contratación que se efectúa como excepcionalidad por acumulación de tareas por el disfrute de las vacaciones, compensaciones y asuntos propios del personal durante el 2015 y el inicio de la campaña estival".

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Málaga de 2 de junio 2016 desestima la demanda de despido improcedente (por entender que la extinción es ajustada) y reconoce la indemnización de 12 días. Disconforme la trabajadora, interpone un recurso de suplicación.

2. Fundamentación de la sentencia

Reconocida la extinción procedente en la instancia, en base a que el TS (sentencia 7 de diciembre 2011, rec. 935/2011) ha admitido que el déficit de plantillas en la Administración Pública puede constituir una causa de eventualidad, el TSJ Andalucía (siguiendo el parecer de las sentencias 15 de septiembre 2016, rec. 1183/2016 y 16 de noviembre de 2016, rec. 1564/2016) confirmará este criterio, reconociendo la indemnización prevista en el art. 53.1.b ET.

Sin perjuicio de lo que posteriormente expondré en relación a la legalidad de la causa alegada, no obstante, el interés principal de la sentencia, obviamente, radica en la argumentación esgrimida para reconocer un importe indemnizatorio superior al legalmente previsto para la extinción de un contrato eventual.

Y, al respecto (como se ha apuntado), en esta sentencia se sigue el criterio de otra de la misma sala de 16 de noviembre 2016 (rec. 1411/2016), en la que se analiza la finalización de un contrato eventual en el contexto de la insuficiencia de plantilla de la Administración Pública empleadora.

Tras reproducir los aspectos más relevantes de la STJUE 14 de septiembre 2016 (asunto C-596/14, de Diego Porras), los motivos que llevan al TSJ a reconocer esta indemnización pueden agruparse en dos bloques: procesales y sustantivos.

A. Argumentos procesales: no violación del principio de congruencia

1. A pesar de que nada consta en la demanda rectora de autos ni en el escrito de interposición del recurso de suplicación, la sentencia estima que de oficio

"este tribunal puede abordar las consecuencias indemnizatorias derivadas de la válida extinción de un contrato temporal en el marco de la modalidad procesal de despido".

Y, a su entender, esta afirmación queda corroborada a la luz de la siguiente doctrina del TS. Por un lado, las SSTS 13 de enero 2014 (rec. 430/2013) y 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014),

"en los supuestos en los que el trabajador impugna un pretendido despido objetivo por alegada nulidad o improcedencia (…) no es necesario que se tenga que instar expresamente en la demanda la pretensión concreta de una específica indemnización".

Y, por otro lado, la STS 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2014) que reconoce de oficio una indemnización por extinción de un contrato temporal (*ex* antigua DTª 13 ET) a un interino cuyo contrato se ha extinguido por la cobertura reglamentaria de la plaza.

2. En virtud de los principios proclamados en el art. 74 de la LRJS, y, en particular, del principio de concentración, llega

"a la conclusión de que en la modalidad de despido, declarada judicialmente la procedencia de la extinción del contrato temporal por concurrir la válida causa, deben analizarse las consecuencias naturales de dicha extinción, a saber, las indemnizatorias que correpondan pues obligar al trabajador a acudir a un proceso distinto para su determinación (…) supondría una carga temporal y económica para el trabajador contraria a los principios descritos, a los que podríamos añadir el de celeridad".

3. El principio general del derecho de que "quien puede lo más puede lo menos", de modo que "tal principio puede tener reflejo en la modalidad por despido afirmando que quien pide la indemnización de 45/33 días de servicios (…) está pidiendo la indemnización que corresponda (inferior) por la válida extinción de su contrato, establecida en el art. 49.1.c ET".

En definitiva, concluye, no se vulnera el principio de congruencia porque "fijar la indemnización correspondiente a dicha extinción no altera esencialmente la naturaleza de la acción ni modifica los términos del debate".

Además, tampoco puede afirmarse que el análisis de la indemnización a la luz de la doctrina "de Diego Porras" (vertida en un contrato de interinidad) altere los términos del debate (con posible indefensión), porque el

"TJUE no ha creado nuevo derecho hasta entonces inexistente, sino que lo que ha hecho ha sido evidenciar el trato desigual por lo que, el análisis de la indemnización que corresponda por la válida extinción del contrato temporal deberá ser objeto de respuesta judicial salvando el trato desigual y discriminatorio respecto de un trabajador fijo comparable".

B. Argumentos sustantivos: extensión a eventuales y concurrencia de situación comparable

En el plano sustantivo, el TSJ entiende que, fundamentalmente, debe dar respuesta a las siguientes cuestiones (que responderá afirmativamente):

– por un lado, si la doctrina "de Diego Porras" es aplicable a un contrato eventual; y,

– por otro, si concurre un escenario comparable que permita la aplicación de la doctrina del TJUE.

La respuesta (afirmativa) a la primera de las cuestiones se fundamenta en los siguientes argumentos:

Primero. A partir de la eficacia vertical del Acuerdo Marco, entiende que el concepto de "condiciones de trabajo" que mantiene el TJUE es aplicable a cualquier contrato temporal y no únicamente a los interinos.

De modo que, al estar referida la doctrina del TJUE a todos los contratos temporales, "nos encontramos ante un 'acto claro' a efectos de excluir la necesidad de planteamiento de una nueva cuestión prejudicial".

Segundo. En el concepto de contrato temporal del Acuerdo Marco debe integrarse los contratos eventuales celebrados por un Ayuntamiento.

Tercero. "La extinción de la relación de trabajo se produce por una causa estructuralmente análoga a las descritas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores (productivas y organitzativas), independientes de la voluntad de los trabajadores y que podrían sustentar la extinción de otras relaciones de trabajo de carácter fijo con derecho al percibo de la correspondiente indemnización, de donde se extrae la conclusión de que no concurren datos objetivos y transparentes para justificar la extinción del contrato eventual con una indemnización de 12 días de salario por año de servicio, mientras que la extinción por causas objetivas del trabajador fijo llevaría aparejada una indemnización de 20 días de salario por año de servicio pues, según la sentencia del TJUE, no es justificación objetiva del trato desigual 'el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo'".

Para dar respuesta (afirmativa) a la segunda de las cuestiones, el TSJ afirma que

"pocas dudas le surgen a la Sala puesto que las labores desempeñadas por los trabajadores recurrentes, en atención a la naturaleza de la actividad desarrollada en el Ayuntamiento son plenamente equiparables a las del resto de trabajadores fijos que desarrollan su actividad en la atención a los administrados que demandan ayudas sociales".

3. Valoración crítica

En relación a la fundamentación esgrimida por esta sentencia, pueden plantearse las siguientes valoraciones críticas (3).

Primera. En relación a la legalidad del contrato eventual

A mi modo de ver, la legalidad del contrato eventual es discutible:

En primer lugar, porque no se sigue el criterio de la STS 10 de julio 2013 (rec. 1991/2012), que – como recoge la propia sentencia – exige la obligación de concretar con claridad y precisión la causa de temporalidad (consignando el nombre de los trabajadores sustituidos y de la causa o causas de la sustitución); y

En segundo lugar, porque, como recoge la propia sentencia, tratándose de un municipio que cuenta con una mayor actividad en Semana Santa y verano a causa del turismo, quizás (dado su carácter absolutamente cíclico y previsible), hubiera podido entenderse que se trata de un trabajo fijo-discontinuo.

Sin duda, se trata de una cuestión relevante, pues, de confirmarse esta tesis, la extinción no hubiera podido ser calificada de ajustada, la doctrina "de Diego Porras" no hubiera podido aplicarse (ver al respecto en esta entrada) y, consiguientemente, debería habérsele reconocido la indemnización por despido improcedente.

Segunda. En relación a los aspectos procesales.

En el plano procesal, los TTSSJJ de Andalucía y País Vasco están manteniendo una interpretación similar en lo que al principio de congruencia se refiere.

Y, en este sentido (al igual que en las sentencias del TSJ del País Vasco), puede resultar controvertido que "se estime 'parcialmente' el recurso", cuando lo que se reconoce no había sido expresamente solicitado (de hecho, se desestima la pretensión de la trabajadora – la calificación de improcedencia de la extinción).

Como contrapunto, aunque no son supuestos coincidentes, como se sabe, la reciente STS 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016) no ha reconocido la indemnización porque quien recurre es la parte demandada y "no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización" (y, aunque no lo explicita, se enmarcaría en la prohibición de "reformatio in peius").

También es significativo que el TSJ Andalucía recurra, entre otras, a las SSTS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014) y 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2014) para justificar su intervención de oficio y la reciente STS 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016) también lo haga, pero para defender la indemnización prevista en la DT 13ª ET (RDLeg 1/95).

En cualquier caso, la aplicación de la doctrina "de Diego Porras" a las extinciones producidas con anterioridad y *sub iudice* con posterioridad plantea una importante controversia procesal que deberá ser unificada.

Tercera. En relación a los aspectos sustantivos

De toda la argumentación del TSJ Andalucía, tratándose de la extinción de contratos eventuales, me gustaría focalizar la atención en la siguiente afirmación:

"La extinción de la relación de trabajo se produce por una causa estructuralmente análoga a las descritas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores (productivas y organitzativas)".

Se trata, sin duda, de un elemento central, pues, este es el argumento que posibilita la comparabilidad de "condiciones de trabajo/importes indemnizatorios" entre contratos temporales e indefinidos.

No obstante, si bien es cierto que es un argumento que, en términos similares, han empleado el TSJ País Vasco y el TSJ Madrid, no lo puedo compartir porque se aleja radicalmente del origen y la naturaleza jurídica de las instituciones implicadas.

Como ya he apuntado (en esta entrada y en esta), a nivel interno, debe distinguirse entre la extinción por cumplimiento del término y por resolución causal; y, a nivel comunitario, es clara la distinción entre extinción por motivo inherente (cumplimiento de un término) y no inherente (por causas objetivas, por ejemplo).

En este sentido, como ya he expuesto con anterioridad,

Si el fin de la obra y servicio (cumplimiento del término) y la resolución causal son supuestos extintivos "asimilables", es razonable estimar que la extinción de los contratos temporales también debería incluirse en el cómputo de los despidos colectivos *ex* Directiva 98/59 (entendiéndose consiguientemente que son supuestos extintivos "no inherentes"). Cosa que, como se sabe, el TJUE aún no ha admitido.

En cambio, si se entiende que la extinción de los contratos temporales no debe incluirse en dicha delimitación del despido colectivo *ex* Directiva 98/59 (por mantener su carácter "inherente"), debería colegirse que, en realidad, no son "asimilables" – o, cuanto menos, "no lo son tanto" (lo que afectaría lógicamente a su conceptuación a la luz del Acuerdo Marco tal y como propone el TSJ del País Vasco y el TSJ de Andalucía).

Mantener el carácter "asimilable" a nivel del Acuerdo Marco de la extinción de los contratos temporales e indefinidos y, al mismo tiempo, diferenciado ("inherente" y "no inherente") a nivel de la Directiva 98/59, plantearía unos problemas de consistencia – a mi entender –**difícilmente superables**.

Por otra parte, no creo que en el contrato eventual la llegada del término describa un excedente de plantilla equiparable al previsto en los arts. 51 y 52.c ET. Especialmente, porque, si bien es cierto que la empresa ha contratado porque concurren "circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso

de pedidos", téngase en cuenta que la ineficacia contractual se produce, no porque las mismas ya no concurran, sino, y principalmente, porque se ha cumplido el término pactado (o alguna de sus prórrogas) – ver al respecto, STS 4 de febrero 1999 (rec. 2022/1998).

Desde este punto de vista, por consiguiente, siguen existiendo elementos para poner en duda que la extinción de contratos temporales e indefinidos puedan ser comparables (y la cuestión prejudicial planteada por el TSJ Galicia parece que iría en esta línea).

Por otra parte, de un modo similar al TSJ País Vasco (y a diferencia del TSJ Madrid), el TSJ de Andalucía (acertadamente) no recurre a las categorías conceptuales de improcedencia/procedencia para referirse a la extinción de este tipo de contratos ni tampoco hace referencia a la necesidad de seguir los requisitos formales del art. 53 ET.

4. Valoración final: controversias pendientes (ETT, período de prueba, apoyo emprendedores, condición, contratos formativos, primer empleo joven, relevo y contratos temporales con discapacitados, indefinidos no fijos y requisitos formales)

Aunque no comparto la argumentación que sostiene la doctrina "de Diego Porras", no cabe duda que, salvo que el TJUE la rectifique y/o el Legislador intervenga, los Tribunales están obligados a aplicarla (art. 4.bis LOPJ). Y, en este escenario, aún quedan pendientes algunas incógnitas relevantes que, de modo muy breve, me gustaría apuntar (sin ánimo de exhaustividad).

Aunque, "en mi descargo", vaya por delante que son valoraciones a "vuelapluma" y, por tanto, susceptibles de ser corregidas en caso de error y/o a la luz de mejor doctrina.

De cara a facilitar la exposición, distinguiré entre extinciones anteriores a la doctrina del TJUE y *sub iudice* con posterioridad y extinciones posteriores a la misma, por un lado; y, en función de la naturaleza pública o privada de la empleadora, por otro.

Extinciones anteriores:

En el plano procesal

En las extinciones anteriores a la doctrina "de Diego Porras" y *sub iudice* con posterioridad parece que la controversia principal tenderá a gravitar principalmente sobre los aspectos procesales y, probablemente, el margen de "flexibilidad" que pueda atribuirse al principio de congruencia jugará un papel destacado.

Empresas de trabajo temporal

En el plano sustantivo también pueden plantearse algunas controversias en relación a los contratos temporales celebrados a través de ETT.

Especialmente, porque, si bien quedan al margen del Acuerdo Marco y, por ende, de esta doctrina del TJUE (al menos, *a priori*, de un modo directo), es claro que una disparidad indemnizatoria (del 40%) generaría notables tensiones (convirtiéndose en un poderoso incentivo para el uso intensivo de esta modalidad de interposición; aunque "arriesgado" si no concurre la causa de temporalidad, pues, puede declararse como cesión ilegal *ex*, entre otras, STS 19 de febrero 2009, rec. 2748/2007).

No obstante, aunque la indemnización no se incluya explícitamente en el art. 11 Ley 14/1994 (ni en el art. 3 Directiva 2008/104), asumiendo la interpretación del concepto "condiciones de trabajo" que defiende el TJUE para el Acuerdo Marco en el caso "de Diego Porras" (incluyendo, recuérdese a la indemnización por extinción), no sería descartable que fuera posible entender que el importe de la indemnización de 20 días también sea predicable a los contratos temporales celebrados por ETT.

En este sentido, recuérdese que el art. 5.1 de la Directiva 2008/104 afirma (y de un modo similar el art. 11 Ley 14/1994)

"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".

Contratos temporales y período de prueba (incluido contrato indefinido apoyo emprendedores)

Del mismo modo, también pueden plantearse algunas dudas respecto a aquellos contratos temporales cuya duración coincida con la del período de prueba pactado (recuérdese, posibilidad admitida por las SSTS 12 de julio, RJ 1988\5805; y 4 de marzo 2008, RJ 2008\3482).

A priori, no parece que debiera abonarse indemnización alguna, pues, los contratos indefinidos con el mismo período de prueba no tienen derecho a indemnización alguna.

En relación al período de prueba del **contrato indefinido de apoyo a los emprendedores**, a mi entender, la solución necesariamente pasa por tener en cuenta un aspecto previo: el art. 4.3 Ley 3/12 es contrario al art. 4.4 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, pues así lo ha entendido el CEDS en sus conclusiones XX-2 (2013). Y, al respecto, es importante tener en cuenta que (cito al Prof. L. Jimena Quesada):

"aunque España no haya aceptado todavía el mecanismo judicial de reclamaciones colectivas establecido mediante el Protocolo de 1995, las decisiones adoptadas por el CEDS en relación con los países que sí han aceptado dicho mecanismo son obviamente aplicables a nuestro país cuando resuelvan casos sustancialmente análogos" (extensamente en esta entrada).

De modo que, el desistimiento producido más allá del período de prueba previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, el art. 14 ET debe entenderse (automáticamente) como un despido improcedente.

Contratos sometidos a condición

Tampoco creo que los contratos sometidos a "condición" queden integrados en el marco del Acuerdo Marco, pues, las "condiciones objetivas" a las que hace referencia, parece que se estaría refiriendo únicamente a la categoría "certus an" y no, en cambio, a la de "incertus an".

La enumeración que contiene la cláusula 3.1 no parece dejar margen de duda que sólo se refiere a esta categoría (esto es, "certus an", en sus modalidades de "incertus quando" o "certus quando"):

"condiciones objetivas, tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado".

Contratos formativos

En cambio, en relación a los contratos formativos, *a priori*, no parece que puedan plantear controversia, pues, en virtud de la Cláusula 2 del Acuerdo Marco pueden quedar excluidos del mismo (y así lo ha recogido explícitamente el art. 15.6 del ET).

Además, es probable que, dada su naturaleza, no sea posible su comparación con un trabajador indefinido.

Contratos temporales con personas con discapacidad (*ex* DA 1ª Ley 43/2006), Contrato primer empleo joven (*ex* art. 12 Ley 11/2013) y Contratos de relevo temporales (art. 12.7 ET)

Personalmente, no creo que el listado de modalidades contractuales previsto en el último apartado del párrafo 5 del art. 15 permita afirmar que las mismas quedan al margen del principio de no discriminación (cláusula 4 del Acuerdo Marco).

Recuérdese que dicho apartado establece:

“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”.

Pues bien, el hecho de que puedan quedar descartadas de las medidas para evitar la utilización abusiva (cláusula 5 del Acuerdo Marco), a mi modo de ver, no las debería excluir automáticamente de las previstas para la no discriminación.

De hecho, la doctrina del TJUE en el caso “de Diego Porras” corroboraría este planteamiento en el momento que ha exigido un trato igual a los contratos de interinidad (a pesar de estar incluidos en el citado párrafo del art. 15.5 ET).

Por consiguiente, en la medida que los contratos temporales con personas con discapacidad (*ex* DA 1ª Ley 43/2006), el contrato primer empleo joven (*ex* art. 12 Ley 11/2013) y los contratos de relevo temporales (*ex* art. 12.7 ET) están claramente sometidos a un término (“certus an”), a la luz de la doctrina “de Diego Porras”, la extensión de la indemnización a estos colectivos, a mi entender, únicamente dependerá de que su trabajo sea comparable al de un trabajador indefinido.

Indefinidos no fijos

Los trabajadores “indefinidos no fijos” deberían tener derecho a la compensación de 20 días prevista para los interinos (por vacante), especialmente, porque en la medida que su contrato de trabajo puede extinguirse por la cobertura reglamentaria de la vacante puede entenderse que son “interinos de hecho” (una exposición detallada al respecto en esta entrada).

Requisitos formales

A mi modo de ver, el incremento de la indemnización a 20 días no debería conllevar ningún tipo de modificación sobre los requisitos formales vinculados a la extinción de un contrato temporal. La remisión al art. 53 ET no me parece oportuna porque se refiere a un supuesto de ineficacia contractual muy alejado del derivado del cumplimiento de un término.

Extinciones posteriores

Respecto de las **extinciones efectuadas con posterioridad a la citada doctrina**, aunque (de momento) no (me) consta ninguna sentencia que así lo haya reconocido (salvo error u omisión, todas las publicadas hasta la fecha están referidas a extinciones anteriores), “parece” que, al menos, a la luz de los criterios de suplicación, los contratos de obra y servicio, eventuales e interinos pueden exigir un importe de 20 días con un máximo de 12 meses al finalizar el contrato (y, en relación al resto de modalidades, me remito a lo expuesto en el epígrafe anterior).

Naturaleza Pública/Privada del empleador

Dado que la Directiva no tiene eficacia directa entre particulares, podría suceder que la doctrina “de Diego Porras” sólo sea aplicable a las “entidades públicas” (ver al respecto en esta entrada y en esta).

Si no fuera aplicable a las privadas, en éstas se abriría la posibilidad de reclamar la diferencia al Estado.

En definitiva (y, para poner fin a esta extensa entrada), me gustaría reiterar que estas valoraciones las formulo con la debida “cautela”, propia del momento (y siempre salvo mejor doctrina). La intervención del TS en relación a todas estas cuestiones será determinante y, obviamente, estas apreciaciones quedan totalmente a expensas de una posible intervención Legislativa y/o una nueva intervención del TJUE tras, al menos, la cuestión prejudicial del TSJ de Galicia.

Mientras tanto, me temo que la incertidumbre seguirá predominando y no quedará más remedio que permanecer expectantes.

Otras entradas al respecto en este enlace

El TS no reconoce la indemnización de 20 días a la extinción de un interino

26 noviembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Noviembre) - El TS no reconoce la indemnización de 20 días a la extinción de un interino

Los Tribunales internos están empezando a aplicar la doctrina "de Diego Porras" (ver al respecto en estas entradas). Y, en este sentido, la intervención del TS es muy esperada.

No obstante, el Alto Tribunal en el primer caso que ha podido aplicarla no lo ha hecho (sentencia 7 de noviembre 2016, rec. 766/2016). A pesar de que el objeto del recurso gravita sobre el derecho a la indemnización, siguiendo su propia doctrina, se ha limitado a reconocer la indemnización prevista en la DT 13ª ET (esto es, 12 días) y no la establecida en el art. 53.1.b ET de 20 días.

Se trata de la extinción de un contrato de trabajo de un trabajador interino del Ayuntamiento de Cunit que ha visto extinguido su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza.

1. Detalles del caso

Siguiendo la propia exposición de la sentencia:

“Ofertada la plaza para su cobertura por concurso-oposición, siendo cubierta por una tercera persona, lo que motivó que el Ayuntamiento comunicara la finalización del contrato del demandante.

La sentencia del Juzgado de instancia afirmaba la condición de indefinido no fijo del demandante por haber arrancado la relación laboral mediante una prestación de servicios que inicialmente no se sujetó de modo expreso ninguna modalidad temporal concreta. Partiendo de tal premisa tanto la sentencia de instancia [SJS Tarragona núm. 3 de 23 de enero de 2014, autosnúm. 684/2013] como la de suplicación [STSJ Cataluña 27 de noviembre de 2014 rec. 3375/2014] entendieron que era válida la finalización del vínculo contractual por la cobertura reglamentaria de la plaza, pero que la terminación ha de llevar aparejado el reconocimiento al trabajador de la indemnización prevista para los contratos temporales del art. 49.1 c) ET”.

El Ayuntamiento de Cunit presenta un recurso de casación sosteniendo que la indemnización prevista en la letra c) para la finalización de los contratos temporales para obra o servicio determinado o por circunstancias de la producción no es extensible a otros supuestos, como es el caso de la cobertura de la plaza en los casos de los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas.

Argumenta también que la sentencia entra en contradicción con la STSJ Cataluña 21 de octubre de 2014 (rec. 4194/2014), dictada en procedimiento de despido seguido frente al mismo Ayuntamiento y en el que está implicado un trabajador de la misma categoría profesional y que ha visto extinguido su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza, sin reconocérsele indemnización alguna.

Concurrente el requisito de contradicción (“La contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS no puede ser aquí más evidente”) el TS entra a valorar el fondo de la cuestión.

2. Fundamentación de la sentencia

Como primera cuestión, y absolutamente relevante, el TS afirma:

“No es este el momento de pronunciarnos sobre los efectos que sobre esta materia haya de producir la reciente STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto De Diego Porras, C- 596/14), ya que quien recurre es la parte demandada y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización. Sin embargo, sí hemos de estar a los criterios que hemos venido estableciendo en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público”.

Llegados a este punto el TS resuelve la cuestión a partir de la doctrina que emana de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) – ver al respecto en estas entradas.

En concreto afirma:

“En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET, y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos”.

Y, posteriormente, afirma:

“La norma [el art. 49.1.c y la DT 13ª ET] resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149)]”.

Doctrina que, recuerda, en esencia establece que:

“es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya 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”.

De modo que, en virtud de esta doctrina (y siguiendo el criterio de pronunciamientos anteriores, SSTS 15 de junio y 6 de octubre 2015, rec. 2924/2014 y 2592/2014; y 4 de febrero 2016, rec. 2638/2014) afirma:

“la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público”.

Elementos que, en conjunto le permiten concluir que

“Siendo la cuestión del derecho a indemnización (sin discusión sobre su cuantía) el único punto que se somete el conocimiento de esta Sala, procede desestimar el recurso”

3. Valoración crítica: ¿prevalecerán los aspectos procesales en los casos ‘sub iudice’ para no aplicar “de Diego Porras”?

A diferencia de las sentencias que se han dictado en suplicación sobre la materia, en la que los Tribunales están reconociendo de oficio los importes indemnizatorios (las dos sentencias del TSJ del País Vasco – ver en esta entrada y esta), en esta ocasión, el TS ha optado por no abordar esta cuestión.

El hecho de que el trabajador sea un interino calificado como indefinido no fijo (o “interino de hecho”) no debería impedir que se le reconozca la misma indemnización que eventualmente les pudiera corresponder a los interinos por vacante (extensamente ver al respecto en esta entrada).

No obstante, el TS no la reconoce – recuérdese -, sosteniendo, en un primer momento, “que quien recurre es la parte demandada y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización” y, posteriormente, “Siendo la cuestión del derecho a indemnización (sin discusión sobre su cuantía)”.

Sin duda, se trata de una cuestión hasta cierto punto “paradójica”, pues, precisamente, uno de los principales argumentos de tales pronunciamientos en suplicación es que el TS había reconocido de oficio una indemnización (y su cuantía) en estos casos.

Por otra parte, recuérdese que la doctrina que cita la sentencia 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016) para reconocer los 12 días de indemnización se refiere a los supuestos siguientes:

– STS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014): Después de la doctrina jurisprudencial de 24 de junio 2014, la amortización de un indefinido no fijo llevada a cabo por el proceso reglamentario (con respeto a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que han conducido al nombramiento para la plaza ocupada), no puede calificarse como despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato (*ex* art. 49.1 b ET), reconociéndose el derecho a percibir la indemnización por extinción de un contrato temporal (atendiendo al Auto del TJUE 11-12-2014, asunto 86/14).

En términos similares, STS 31 de marzo 2015 (rec. 2156/2014); y STS 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2015).

– STS 15 de junio 2015 (rec. 2924/2014): se reconoce el derecho a la indemnización *ex* art. 49.1.c y DT 13ª RDL 1/1995 solicitada subsidiariamente por una trabajadora indefinida no fija.

No obstante, también debe tenerse en cuenta que en otras ocasiones no se ha reconocido indemnización alguna pese a la cobertura reglamentaria de la plaza:

– No se reconoce indemnización en la STS 21 de julio 2015 (rec. 2672/2014) relativa a un trabajador indefinido no fijo.

– STS 19 de mayo 2015 (rec. 2552/2014): Cobertura de plaza de una trabajadora interina por vacante (que excede de los 3 años ex art. 70.1 EBEP). No se reconoce indemnización.

Ciertamente, esta disparidad de criterios no describe el mejor de los escenarios posibles.

En cualquier caso, la sentencia 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016) es un pronunciamiento importante, especialmente porque sin detallarlo, podría estar avanzando la doctrina que va a seguir el propio Tribunal (¿prevalencia de los aspectos procesales para negar los 20 días?) respecto de los casos *sub iudice* anteriores a la citada doctrina del TJUE.

Por otra parte, como un elemento más para el debate, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina "Martínez Andrés" y "Castrejana López" (sentencia 14 de septiembre 2016, C-184/15 y C-197/15), relativa a la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco, el TJUE ha afirmado que el principio de efectividad "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" (ap. 63).

Sin duda, debemos permanecer a la expectativa.

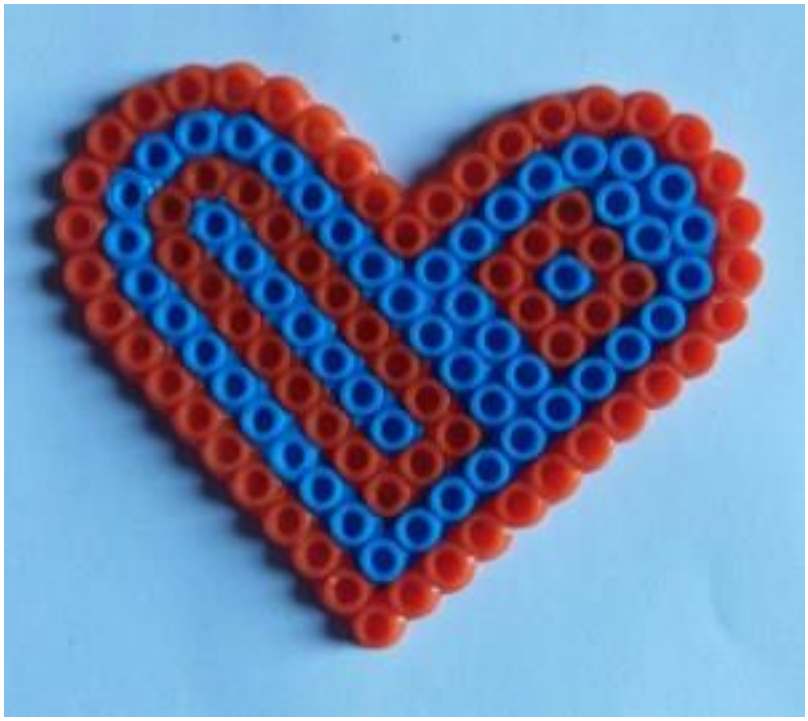
Más sobre esta sentencia en esta entrada: "2016 (Diciembre) – Indefinidos no fijos, cobertura de vacante e indemnización según "de Diego Porras""

Extinción (injustificada) de un indefinido no fijo: límites de la doctrina TJUE “de Diego Porras”

21 noviembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Noviembre) - Extinción (injustificada) de un indefinido no fijo: límites de la doctrina TJUE “de Diego Porras”



La conocidísima doctrina “de Diego Porras” del TJUE (ver al respecto en estas entradas) está empezando a ser aplicada por los tribunales internos.

El pasado 17/11/16 “El País” publicaba una noticia con el siguiente titular: “El fallo de la UE lleva a un juez a declarar improcedente el despido de una interina. Una auxiliar de enfermería recibirá 33 días por año trabajado y no 20 días“.

En concreto, en un fragmento de la noticia se afirma:

“Un juez de lo social de Madrid, siguiendo en parte la senda marcada por los magistrados comunitarios, ha fallado que una interina que trabajaba para la comunidad de Madrid no solo tiene derecho a percibir una indemnización tras perder su empleo, sino que debe cobrar la que corresponde a un despido improcedente”.

En términos similares, el 18/11/16, el diario "ABC" titula: "Un juzgado declara como despido improcedente el cese de una trabajadora interina. El tribunal ha tomado como referencia el fallo de la Justicia europea sobre la indemnización de trabajadores temporales"

Por su parte, la "Central Sindical Independiente y de Funcionarios" (CSIF), publicaba una nota de prensa (remitida muy amablemente por el compañero Pere Vidal) titulada así: "Sentencia pionera. CSIF logra que la justicia declare como despido improcedente el cese de una trabajadora interina", adjuntando el texto de la sentencia del Juzgado de lo Social nº4 de Madrid, 3 de noviembre 2016.

En la citada nota se afirma:

"La sentencia tiene carácter pionero y va más allá que los fallos recientes del TSJ de Madrid y País Vasco, considerando, no ya que se está produciendo una discriminación en la indemnización, sino que el cese de la trabajadora en sí mismo tiene carácter de despido improcedente al considerar el juzgado que su relación laboral es de 'indefinida no fija'".

Pues bien, el objeto de esta entrada es abordar el estudio de esta sentencia, especialmente, porque, lejos de lo que se recoge ("llamativamente") en estas noticias y, avanzado la valoración crítica final, a mi modo de ver, es muy forzado (o, incluso, erróneo) afirmar que la solución que contiene la misma pueda vincularse a la citada doctrina del TJUE.

1. Los detalles del caso

Una trabajadora es contratada por la Residencia de Mayores Reina Sofía, con la categoría de Auxiliar de Enfermería, a través de un contrato de interinidad para cobertura de vacante el 2/7/2003. Adjudicada la plaza, derivada del proceso de consolidación de empleo, su contrato es extinguido el 30/9/2016.

La trabajadora disconforme interpone demanda de despido, solicitando su nulidad, o bien, la improcedencia.

2. Fundamentación de la sentencia

Descartada la concurrencia de algún indicio que permita estimar la existencia de un despido nulo (pues, la mera extinción del contrato por cobertura de la plaza *ex* art. 8.1 RD 2720/1998, no es suficiente), la sentencia procede a analizar si la extinción puede calificarse como improcedente.

Y, en este sentido, aplicando el art. 70 EBEP (y con apoyo de la STSJ Galicia 29 de junio 2016, rec. 1234/2015) concluye (con acierto) que el contrato de la actora debe calificarse como indefinido no fijo.

Llegados a este estadio, la sentencia, en aplicación de la STS 24 de junio 2016 (rec. 217/2013) – que reproduce extensamente -, concluye que la extinción debería haberse tramitado conforme al art. 52 ET.

En este momento, la sentencia tras reproducir los elementos más destacados de la STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), Asunto de Diego Porras, y de la STSJ Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 246/2016), afirma que el nuevo escenario "hay que ponerlo en relación" con la STS 24/6/14 y concluye:

"no se puede discriminar a la actora en cuanto a indemnización por la extinción de la relación laboral, y tal y como establece el TS en sentencia 24/6/14 hay que acudir a los art. 51 o 52.c del ET, en este caso al no ser despido un despido colectivo y ser extinción por causas objetivas, habría que acudir al art. 52 del ET".

De modo que, tras reproducir literalmente los art. 51, 52 y 53 del ET, concluye que, en la medida que en la comunicación remitida a la trabajadora se le indica que la plaza ha sido reglamentariamente cubierta, "aunque escueta, la causa se ha expresado", y por lo tanto se ha dado cumplimiento al art. 53.a ET.

No obstante, prosigue la sentencia, en la medida que no se ha puesto a disposición de la trabajadora la indemnización (ni tampoco se ha hecho constar que la resolución era por causa económica – lo que hubiera justificado su entrega en la fecha extintiva), concluye que la extinción debe calificarse como improcedente.

3. Valoración crítica: ¿porqué se recurre en este caso a la doctrina "de Diego Porras"?

En relación a esta sentencia (sobre la que también se ha manifestado críticamente el Profesor Eduardo Rojo – en una entrada, como siempre, imprescindible) me gustaría exponer las siguientes valoraciones (4):

Primera. Comparto con la sentencia que la relación de trabajo deba calificarse como indefinida no fija en virtud del art. 70 EBEP.

De hecho, aunque no lo cite, este criterio se alinea con el de la STS 14 de julio 2014 (rec. 1847/2013):

"Para llegar a tal conclusión, la Sala de suplicación argumenta que el contrato de interinidad por vacante de autos había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 [12/Abril] y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 [18/Diciembre], la relación contractual había devenido indefinida no fija".

Doctrina que siguen las SSTS 15 de julio 2014 (rec. 1833/2013); y 14 de octubre 2014 (rec. 711/2013).

Segunda. También comparto que, tratándose de una trabajadora indefinida no fija, en aplicación de la doctrina de la STS 24 de junio 2014, ya no puede acudirse a la amortización simple y, por consiguiente, su resolución debe canalizarse a través de lo previsto en los arts. 51 o 52.c) ET (extensamente al respecto en estas entradas).

En este sentido, siguiendo con la argumentación de la citada STS 14 de julio 2014 (rec. 1847/2013):

"la extinción de una relación de tales características debiera haberse sometido a las previsiones de los arts. 51 y /o 52 ET. Y descartada la nulidad por superación de los umbrales del despido colectivo -también pretendida en la demanda-, la Sala de suplicación declara improcedente el despido".

Tercera. Discrepo que su extinción deba calificarse como improcedente únicamente porque no se haya puesto a disposición la indemnización. O, dicho de otro modo, entender que con la notificación remitida a la trabajadora se ha dado cumplimiento a la "comunicación" (y ¿justificación?) de la causa resolutoria resulta (en mi opinión) ciertamente muy forzado.

En todo caso, llegados a este estadio, como apunta el Prof. E. Rojo:

"Aquí hubiera podido concluir la sentencia (…). Pero, de forma harto sorprendente, la sentencia dedica un fundamento jurídico, el séptimo, a los 'efectos de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (por error se dice 2015) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima)'".

Lo que nos lleva a la última valoración crítica.

Y, **cuarta.** No comprendo los motivos que llevan a la sentencia a citar la doctrina "de Diego Porras" (en términos similares, el Prof. E. Rojo: "sin ninguna razón que lo justifique, la sentencia hace amplias referencias a la dictada por el TJUE"):

– En primer lugar, porque, a mi modo de ver, la aplicación de esta doctrina está condicionada a que la extinción contractual del contrato temporal se ajuste a derecho (lo que, en absoluto, sucede en este caso).

– En segundo lugar, porque a pesar de que el fallo la cita, no se aprecia qué incidencia real acaba teniendo en la definitiva calificación de la improcedencia. De hecho, el recurso a la doctrina "de Diego

Porras" en la fundamentación no aporta ningún elemento relevante a los efectos de la resolución (o, al menos, no soy capaz de identificarlo).

Lo que, en el fondo, es lógico, pues, al tratarse de una extinción no ajustada a derecho (improcedente) no había posibilidad alguna que la citada doctrina pudiera ser aplicada en este caso.

– En tercer lugar, porque en los siguientes contratos:

temporales acausales/irregulares (por tanto, indefinidos) extinguidos sin causa (y sin seguir el procedimiento legalmente descrito);

temporales extinguidos *ante tempus* sin causa (y sin seguir el procedimiento legalmente descrito);

indefinidos e indefinidos no fijos extinguidos sin causa (y sin seguir el procedimiento legalmente descrito);

pues bien, en todos estos casos, el ordenamiento jurídico prevé idénticas respuestas jurídicas (improcedencia o, eventual, nulidad *ex* art. 51).

De modo que, asumiendo que la respuesta legal es idéntica, no existiría base para entender que en este caso se da un trato diferenciado injustificado que permita la remisión a la doctrina "de Diego Porras". De hecho, esta realidad (como he tenido ocasión de exponer en diversas ocasiones) pone en duda la fundamentación de la STJUE de 14 de septiembre 2016.

Valoración que, por cierto, también parece subyacer en la reciente cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de fecha 2 de noviembre (ver, una breve exposición de la misma en la reciente entrada del Prof. E. Rojo).

– Y, en cuarto lugar, porque este mismo resultado (extinción improcedente) se hubiera obtenido aunque la famosa sentencia del TJUE no se hubiera dictado (de hecho, desde 2014, el Tribunal Supremo – como se ha apuntado – está manteniendo este criterio).

En definitiva, y para concluir, no creo que la sentencia se esté ajustando a la doctrina comunitaria (pues, se remite a ella en un caso en el que no es aplicable), ni tampoco las notícias que se han hecho eco de la misma hayan interpretado con suficiente precisión su contenido.

Como concluye el Prof. E. Rojo: la "saga continua"…

Indemnización de 20 días por extinción de contrato de obra y servicio en sector público y privado: análisis crítico a SSTSJ País Vasco (2) 18/10/16

28 octubre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Octubre) - Indemnización de 20 días por extinción de contrato de obra y servicio en sector público y privado: análisis crítico a SSTSJ País Vasco (2) 18/10/16

En una entrada reciente he podido abordar brevemente un aspecto crítico a la reciente STSJ País de Vasco 18 de octubre 2016 (núm. 1962/16) que extiende la indemnización de 20 días por año a la extinción ajustada a derecho de una trabajadora de una fundación pública con un contrato de investigación.

En esencia (recuerdo), en esta entrada sostengo que hay un problema de consistencia (¿insuperable?) si se admite que los contratos temporales e indefinidos son "asimilables" a la luz del Acuerdo marco; y, en cambio, se entiende que son diferentes a los efectos de la Directiva 98/59 y la delimitación del despido colectivo (de modo que los temporales no computan porque su extinción se refiere a un motivo "inherente" al trabajador). Además, también apuntaba que a la luz del derecho interno y del comunitario existen elementos para sostener que la equiparación entre la extinción de un contrato temporal y la resolución por causas de empresa es "discutible".

Por otra parte, como apuntaba en la citada entrada, el propio TSJ del País Vasco anunció la existencia de otra sentencia extendiendo esta indemnización al sector privado. Finalmente, este pronunciamiento ha sido publicado (sentencia 18 de octubre 2016, rec. 1872/16).

El objeto de esta entrada es abordar con cierto detalle ambos pronunciamientos (recordando que al respecto también puede consultarse el imprescindible comentario que sobre el primero de ellos ha llevado a cabo el Profesor Eduardo Rojo).

Para el análisis que me propongo llevar a cabo me referiré a cada sentencia por su numeración (dado que son de la misma fecha) y empezaré por la primera que fue publicada (la 1962/16, "sector público").

Asimismo, es importante advertir que en la medida que la Sentencia 1872/16 ("sector privado") comparte la mayor parte de la fundamentación de la Sentencia 1962/16 ("sector público"), su exposición se centrará únicamente en los aspectos que las diferencian.

Finalmente, también me gustaría avanzar que, dada esta sustancial identidad, la valoración crítica se formulará conjuntamente.

La Sentencia "1962/16" ("sector público")

1. Detalles del caso:

La Sentencia 1962/16, como se ha apuntado, reconoce la indemnización de 20 días a una trabajadora de la Fundación Vasca de Investigación e Innovación sanitaria a través de un contrato de trabajo para la realización de un proyecto de investigación durante un año y formalizado en 2012.

Alcanzada la duración inicialmente pactada, se acuerda (al encontrarse sucesivamente financiación para ello) su continuidad en tres ocasiones, por un período de un año cada una, menos la última, de 7 meses. Finalmente, en el momento que el contrato se extingue en diciembre de 2015, por cumplimiento del término fijado en el último acuerdo, la trabajadora acumula 3 años y 7 meses.

Demandada la fundación por despido, por entender que la relación contractual en realidad era indefinida, la instancia desestima la pretensión de la trabajadora. Disconforme con este fallo, presenta un recurso de suplicación.

2. Fundamentación del fallo

La sentencia 1962/16 tras descartar (por diversas razones) que la relación contractual fuera indefinida y que sea aplicable el apartado 5 del art. 15 ET (la existencia de un único contrato y el carácter público de la empleadora es determinante a pesar de que la relación se prolonga durante 3 años y 7 meses), acaba entendiendo (al igual que en la instancia) que la extinción se ha ajustado a derecho.

No obstante, en la medida que durante la tramitación del recurso, se ha dictado la STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), caso "de Diego Porras", el TSJ debe resolver si "lo allí solventado es aplicable a este litigio, tanto desde una perspectiva procesal, como sustantiva".

Como punto de partida, entiende que puede proceder a este análisis porque el conflicto que se plantea es esencialmente jurídico (pues, debe dilucidarse si se está vulnerando el principio de igualdad en el importe indemnizatorio entre temporales e indefinidos) y, además, congruente (en base a los argumentos que expondrá con posterioridad).

De modo que su fundamentación se centrará a resolver estos dos aspectos (procesal y sustantivo), que expondré por separado:

1. Superación de los "obstáculos procesales": sentencia congruente y no acumulación indebida de acciones

La Sentencia 1962/16, en primer lugar, se enfrenta a la importante cuestión de si abordar este aspecto es contrario o no al principio de congruencia – art. 218.1 LEC (en duda, pues, "ni en la vista oral, como

tampoco en la formalización/impugnación del recurso se suscita una cuestión de ese tenor"); y, en segundo lugar, si se da una acumulación indebida de acciones.

– En relación al art. 218.1 LEC, se trata de una cuestión absolutamente trascendente, pues, en caso de estimarse la congruencia, se abriría las puertas a que todos los casos *sub iudice* puedan reconocer o no de oficio el citado importe indemnizatorio.

Y, en este sentido, articula una batería de argumentos para tratar de fundamentar que su decisión no puede ser calificada de incongruente:

– **En primer lugar,** entiende que no se vulnera el art. 218 LEC, principalmente, porque la jurisprudencia no ha estimado que incurriera en incongruencia en diversas ocasiones. Y, muy particularmente, en las "amortizaciones simples" de trabajadores indefinidos no fijos (antes – y después – del cambio de doctrina de junio de 2014), pues, ha reconocido de oficio la indemnización prevista para los contratos temporales (ver extensamente al respecto en estas entradas). Además, viene a sostener que "algo parecido" hizo el TSJ Madrid en el caso anteriormente referenciado:

"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".

– **En segundo lugar,** en apoyo de su posicionamiento, entiende que en la medida que se está dilucidando un eventual caso de despido,

"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".

De modo que, concluye,

"la circunstancia de que la Sala no haya compartido el criterio de la trabajadora 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".

– De otro modo, y **en tercer lugar**, entiende que se vulneraría los principios de concentración, celeridad, economía procesal y de efectividad (propio, éste último de la doctrina comunitaria, STJUE 14-9-2016, C-184/15 y C-197/15), pues, se estaría exigiendo a la trabajadora a articular un nuevo litigio pero únicamente para concretar una suma ya preanunciada (pues, los parámetros utilizados para el cálculo de la indemnización en caso de despido y de extinción de un contrato temporal son idénticos).

– **En cuarto lugar**, entiende que, si bien no es un principio de "aplicación automática en el orden laboral", en este ámbito concreto puede predicarse "quien puede (pide) lo más, puede (pide) lo menos":

"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'-".

– Y, **en quinto lugar**, a la luz de la doctrina constitucional (*ex* STC 14/1985) tampoco puede entenderse que se altere la naturaleza de la acción por despido en su momento entablada por la actora, 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.

– En otro orden de consideraciones, **tampoco entiende que se produzca una acumulación indebida de acciones**, precisamente, en base a la propia doctrina del TS anteriormente referenciada sobre los indefinidos no fijos; y porque, además, a la luz de la doctrina "de Diego Porras", lo que en el fondo se está dilucidando es una diferencia de trato sin justificación. De modo que un debate de estas características no puede entenderse ajeno al proceso de despido (quedando amparada la acumulabilidad).

– Y, finalmente, como último escollo procesal a superar, **tampoco entiende la interpretación que sostiene "vulnere el principio de protección de confianza legitima** que pudiera aquí tener la empleadora sobre el montante indemnizatorio". Especialmente, porque este principio no puede amparar la aplicación

de una norma nacional contraria al derecho de la UE (ver al respecto particularmente la aportación del Profesor Eduardo Rojo).

2. Aspectos sustantivos: la doctrina "de Diego Porras" es aplicable al caso

En el plano sustantivo, el TSJ País Vasco tiene que dilucidar si la doctrina "de Diego Porras" es aplicable a este caso.

Cuestión que resuelve afirmativamente, en esencia, a partir de la definición de contrato temporal *ex* cláusula 3.1 del Acuerdo Marco (caracterizado por la finalización en base a "condiciones objetivas") y el principio de no discriminación en las condiciones de trabajo (la indemnización – entiende, como el TJUE – es una de ellas) que proclama la cláusula 4.1.

Estas dos premisas son el punto de partida de la argumentación del TSJ que, a partir de entonces, se desarrolla del siguiente modo:

Primero: Como punto de partida recalca dos aspectos relevantes. En primer lugar, la extinción del contrato temporal es ajustada a derecho; y, en segundo lugar, la naturaleza pública de la empleadora (y que, en el fondo, permite eludir el carácter indefinido de la relación contractual), permite sostener la eficacia directa del Acuerdo Marco.

Segundo: el hecho de que el caso "de Diego Porras" se refiera a un contrato de interinidad y en éste deba entenderse por obra o servicio no obstaculiza la aplicación de dicha doctrina, pues, puede subsumirse en el concepto de contrato "de duración determinada" que emplea la cláusula 3.1 del Acuerdo.

Tercero: asume la doctrina del TJUE sobre la identidad entre la extinción de un contrato temporal por cumplimiento del término y la resolución causal por causas de empresa:

"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'*".

Cuarto: esta referencia a los arts. 51.1 y 52.c) ET no debe llevar a pensar que son exigibles los mismos requisitos formales que los exigidos para el despido objetivo (como, recuérdese, sí parece sugerirse de la STSJ Madrid 10 de octubre 2016).

Quinto: a pesar de esta identidad, ambos supuestos tienen previstos importes indemnizatorios desiguales, sin una causa que lo justifique.

Sexto: asumiendo que el Acuerdo Marco pretende evitar el trato desigual entre contratos indefinidos y temporales, centra el foco de atención en determinar si la situación laboral de la actora es o no comparable a la de un trabajador/a fijo/a de la misma empresa. Y, al respecto, concluye favorablemente.

Y, **séptimo:** a la luz de todo lo expuesto, concluye

"no existe una justificación objetiva y razonable para que la actora no perciba la misma indemnización que la establecida para una trabajadora fija que fuera despedida por causas objetivas-productivas, ya que la situación extintiva es idéntica".

La Sentencia "1872/2016" ("sector privado")

1. Detalles del caso:

El presente caso tiene su origen en un contrato de trabajo temporal de obra o servicios para prestar, entre otros, los servicios de conserjería y limpieza formalizado con una empresa multiservicios y su vinculación a la duración de una contrata (para prestar los mismos servicios) en una comunidad de propietarios (CP).

En el momento que la CP decide poner fin a la contrata (con la empresa "saliente"), se extingue el contrato temporal y ante el hecho de que la CP formaliza una nueva contrata con otra empresa multiservicios ("entrante"), que no incluye formalmente el servicio de limpieza, el trabajador reclama, entre otros aspectos, la existencia de una sucesión de plantillas y, por ende, que la extinción debe calificarse como un despido improcedente.

La sentencia de instancia desestima que se haya producido un despido, entendiendo que se ha producido una extinción ajustada a derecho. El trabajador, disconforme, presenta recurso de suplicación.

Repárese que, más allá de la cuestión relativa a la eventual existencia de una sucesión de plantilla, el elemento verdaderamente diferenciador con respecto a la sentencia 1962/16 es la naturaleza privada de la empleadora.

2. Fundamentación de la sentencia

La sentencia 1872/16, al igual que la instancia, entiende que la extinción contractual es ajustada, en esencia, porque a pesar de que a la contrata saliente (en virtud del principio de especialidad) le es de aplicación el convenio colectivo de limpieza, en aplicación del mismo principio, no puede decirse lo mismo respecto de la entrante (en particular, porque no consta que formalmente la CP haya acordado con la "entrante" que también desarrolle tareas de limpieza).

En consecuencia, en la medida que la contrata "entrante" no presta un servicio de limpieza, queda excluida del ámbito de aplicación del convenio del sector y, por ende, no está obligada a asumir la plantilla de la "saliente". Por otra parte, en la medida que tampoco la ha asumido de forma unilateral, tampoco puede entenderse que se ha producido una sucesión de plantilla *ex* art. 44 ET.

A partir de este instante, entiende que la extinción del contrato temporal es ajustada a derecho. De modo que, al igual que en la sentencia 1962/16, vuelve a plantearse si la doctrina "de Diego Porras" es aplicable al caso. Y, llegados a este estadio, el TSJ centra su fundamentación en un aspecto procesal y en otro sustantivo.

1. Superación de los "obstáculos" procesales:

La fundamentación de estos aspectos es idéntica a la formulada con ocasión de la sentencia 1962/16. De modo que me remito a lo expuesto con anterioridad.

2. Aspectos sustantivos

Los aspectos sustantivos también son idénticos a los formulados con ocasión de la sentencia 1962/16, salvo en lo vinculado a la naturaleza privada de la empleadora y la consiguiente discusión relativa a la aplicación directa horizontal de la Directiva entre particulares. Veamos, a continuación, la argumentación esgrimida en esta sentencia.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el TSJ – empleando sus propias palabras – no "especula" con la aplicabilidad de tal eficacia en este litigio y en virtud del principio de interpretación conforme. De hecho, entiende que 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".

Y, en concreto, asumiendo que lo que, en esencia, se está dilucidando es un eventual discriminación entre contratos indefinidos y temporales, "no se puede aplicar en estos supuestos una norma interna que merezca ese calificativo tan negativo".

Y, en este estadio, recurre al art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (que es derecho originario europeo). En la medida que esta disposición, en esencia, prohíbe toda discriminación (y es *"un principio general del Derecho de la Unión")*, concluye que es directamente aplicable en un litigio entre particulares.

A partir de este instante, reproduce todos los argumentos anteriormente descritos y alcanza la misma resolución que en el caso 1962/16.

3. Valoración crítica a las sentencias "1962/16" y "1872/16"

Al igual que las sentencias citadas, la valoración crítica a las mismas debe distinguir entre el plano procesal y el sustantivo:

A. En el plano procesal

Sintéticamente, **en el plano procesal**, es claro que el reconocimiento de oficio de las indemnizaciones de los indefinidos no fijos por parte del TS es un argumento muy poderoso (aunque no el único como evidencia la extensa justificación) para tratar de evitar que las sentencias puedan ser calificadas como incongruentes.

No obstante, también es cierto que, en el fondo, esta interpretación relega a un segundo plano la relevancia del principio procesal de congruencia, pues (de acuerdo con lo previsto en la STS 14 de octubre 2013, rec. 68/2013) la existencia de "consecuencias legales inherentes" adquieren prevalencia haciendo innecesaria la inclusión de estas pretensiones en la demanda (al menos en los supuestos extintivos).

Como apunta el Profesor Eduardo Rojo, el TSJ no ha querido dejar ningún cabo suelto "en su fundamentación de cómo ha decidido que era posible, por no ser incongruente, entrar a conocer de la aplicación de la doctrina del TJUE". Propósito que – añado -, quizás, trate de anticiparse a la más que probable intervención del TS en casación.

Sea como fuere, este planteamiento tiene una extraordinaria importancia práctica, pues, como se ha apuntado, está abriendo la puerta para que el importe de 20 días sea reconocido aunque en la vista oral, como en la formalización/impugnación del recurso no se haya suscitado una cuestión de ese tenor.

B. En el plano sustantivo

En el plano sustantivo, me gustaría exponer las siguientes valoraciones críticas sobre las citadas sentencias:

1. Sobre la "asimilación" entre la extinción de un contrato temporal y la resolución causal;

2. Sobre la aplicación directa del art. 21.1 de la Carta y la no justificación de la aplicación directa del Acuerdo Marco a un conflicto entre particulares; y,

3. Sobre los aspectos formales asociados a la extinción de un contrato temporal.

1. Sobre la "asimilación" entre la extinción de un contrato temporal y la resolución causal

Como punto de partida, es importante reparar que las sentencias no cuestionan ninguno de los elementos doctrinales del caso "de Diego Porras".

De hecho, en base a la prevalencia del derecho de la UE frente al interno, la primacía de la jurisprudencia comunitaria al resolver cuestiones prejudiciales a través del TJUE y la obligatoria sujeción de los Tribunales internos a la misma, al inicio de su fundamentación afirma:

"podrá discutirse en cuanto a la validez de los principios que la inspiran, como algunas voces apuntan, pero ese es un debate meramente doctrinal. De tal manera que hoy por hoy la tesis allí desarrollada es la interpretación que hemos de seguir y sin perjuicio de que pueda debatirse la aplicación práctica de algunos de sus extremos".

De modo que el TSJ del País Vasco aplica esta doctrina en bloque. Lo que significa que, por un lado, admite la calificación de la indemnización como una condición de trabajo y, por otro lado, (muy importante) que la extinción por cumplimiento del término y la resolución por causas de empresa pueden calificarse como supuestos extintivos por "motivos objetivos" ("la terminación del contrato [de investigación/obra o servicio] es asimilable a la que se conoce como causa '*productiva'*").

Y, en este sentido, como ya expuse en una entrada anterior y he sintetizado al inicio de esta, no comparto esta asimilación ni conforme al derecho interno ni del comunitario, evidenciándose que hay elementos para entender que la discusión excede lo meramente doctrinal (describiendo, en cambio, una posible cuestión prejudicial).

2. Sobre la aplicación directa del art. 21.1 de la Carta y la no justificación de la aplicación directa del Acuerdo Marco a un conflicto entre particulares

Por otra parte, en el caso de la sentencia relativa al sector privado (sentencia 1872/16), además de estas cuestiones apuntadas en el apartado anterior, repárese que el TSJ del País Vasco entiende que no es necesario acudir a la discusión sobre la aplicación directa horizontal del Acuerdo entre particulares (va por otros "derroteros"), porque estima que es aplicable el art. 21.1 de la Carta (su naturaleza originaria le atribuye eficacia directa).

No obstante, si he interpretado correctamente su fundamentación, pueden plantearse algunas objeciones, a mi modo de ver, relevantes.

Repárese que, al obviar la discusión acerca de la eficacia directa horizontal del Acuerdo marco, es discutible que la doctrina "de Diego Porras", y la interpretación del Acuerdo Marco que sostiene, sea realmente aplicable al caso.

En la medida que no justifica la aplicación del Acuerdo Marco entre privados (principio de interpretación conforme), a mi modo de ver, es discutible que pueda afirmarse que hay elementos normativos comunitarios que permitan sostener que la extinción de los contratos temporales es asimilable a la de los indefinidos y/o que, incluso, la indemnización pueda ser calificada como una condición de trabajo (cosa que el TSJ del País Vasco da por hecho a pesar de no justificar que el Acuerdo Marco es aplicable a conflictos de esta naturaleza).

De hecho, el propio TSJ del País Vasco en la sentencia 1690/16 ("público") es consciente que la naturaleza pública o privada del conflicto es un aspecto relevante a la luz de la doctrina "de Diego Porras" porque afirma:

"la común identidad pública en la figura del empleador evita otro debate y que el propio TJUE elude, presumimos por esa misma cuestión, cual es la eficacia vertical de la Cláusula 4, del Acuerdo Marco, o su aplicación directa al presente litigio, al ser el contenido indubitado y suficientemente preciso –TJUE, sentencias de 12-9-2013, C-614/11 y 12-12-2013, C-267/12".

A mayor abundamiento, repárese que la propia STJUE "de Diego Porras" no entra a valorar la eventual diferencia de trato existente entre contratos temporales porque el Acuerdo Marco describe un ámbito de "operatividad estanco" (dirigido a evitar la desigualdad únicamente entre temporales e indefinidos y no entre temporales entre sí).

Luego, a mi modo de ver, sin negar la eficacia directa del principio recogido en el art. 21.1 de la Carta, es discutible que dicho precepto por sí mismo, sin tener en cuenta el contenido específico del Acuerdo

Marco (que no se ha demostrado aplicable a este caso), sea suficiente para apreciar la existencia de un trato desigual entre contratos temporales e indefinidos porque no puede acudirse a los parámetros de comparabilidad que describe éste (de otro modo, si fuera posible, convertiría en redundante al propio Acuerdo Marco).

Por consiguiente, en hipótesis, aunque el art. 21.1 de la Carta sea de aplicación directa entre privados, los elementos para apreciar si se está dando un trato diferenciado injustificado entre contratos temporales e indefinidos quedarían "devaluados" (o "cortocircuitados") porque (al no acudir al principio de interpretación conforme) no se estaría dando el *prius* de comparabilidad que, precisamente, posibilitaría la aplicación del art. 21.1 de la Carta.

De modo que, en mi modesto entender, en la medida que, de acuerdo con el derecho interno, sería discutible que pudiera predicarse una "asimilación" entre la extinción de un contrato temporal y la resolución causal (hasta la sentencia "de Diego Porras" era pacífico que no lo eran), quizás, podría entenderse que concurren elementos para sostener que el TSJ del País Vasco en aplicación del Acuerdo Marco ha llevado a cabo una interpretación *contra legem* del derecho interno.

3. Sobre los aspectos formales exigibles a la extinción de un contrato temporal

Un aspecto relevante es que el TSJ del País Vasco, a diferencia del TSJ de Madrid, no sugiere (muy acertadamente a mi entender) que en la extinción de los contratos temporales sean extrapolables los requisitos formales previstos para el despido objetivo.

Por otra parte, aunque el TSJ del País Vasco (a diferencia del TSJ de Madrid) no lo explicita, también creo que es acertado que no recurra a las categorías conceptuales asociadas a la calificación de la resolución causal (procedencia/improcedencia).

4. Conclusión

A la luz de todo lo expuesto, y más allá de las (a mi modo de ver, relevantes) objeciones que puedan plantearse a estos pronunciamientos del TSJ del País Vasco (y del TJUE), para concluir, parece claro que nos encontramos ante uno de los muchos episodios que la doctrina "de Diego Porras" nos va a deparar.

Como viene siendo costumbre últimamente, no tendremos más remedio que permanecer expectantes.

Más aportaciones al respecto en estas entradas

Extensión de indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio: objeciones a la STSJ País Vasco 18/10/16

24 octubre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Octubre) - Extensión de indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio: objeciones a la STSJ País Vasco 18/10/16

Las reacciones judiciales al caso "de Diego Porras" no se han hecho esperar. A la STSJ Madrid 10 de octubre 2016 (que, como se recordará, extiende la indemnización de 20 días a una trabajadora interina de una Administración Pública – ver extensamente en esta entrada), debe sumarse la sentencia del TSJ País de Vasco 18 de octubre 2016 (núm. 1962/16).

La importancia de este último pronunciamiento radica en que es la primera vez que en suplicación se extiende la indemnización de 20 días a un contrato temporal por obra y servicio en el sector público.

No obstante, según El País (20/10/2016)

"La presidenta de la sala, la magistrada Garbiñe Biurrun, (…) ha anunciado que en los próximos días hará público otro fallo similar, que iguala ese derecho de los trabajadores fijos y eventuales, pero en esta ocasión en el sector privado".

Mientras este pronunciamiento no se haga público (y podamos conocer el detalle de su fundamentación), la STSJ País de Vasco 18 de octubre 2016 (núm. 1962/16) debe complementarse con las dictadas para el personal estaturio (ver extensamente al respecto esta entrada del blog del Profesor Eduardo Rojo).

En la medida que el Profesor Eduardo Rojo también ha publicado un comentario sobre la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (núm. 1962/16) permítanme que me remita a su exhaustivo y acertado análisis.

De modo que (sin perjuicio de un eventual estudio más detallado en otro momento por mi parte) dedicaré esta entrada a exponer una valoración crítica sobre uno de los elementos centrales de la fundamentación **sustantiva** de la sentencia.

No obstante, antes de proceder a esta exposición crítica, me gustaría recalcar lo siguiente: no quisiera que se interpretara que, al centrarme únicamente en esta dimensión sustantiva, niegue/minusvalore la relevancia (trascendente) de los aspectos procesales que (de forma pormenorizada) describe el TSJ del País Vasco.

Especialmente, porque si se asume que la sentencia es congruente, que no se da una acumulación indebida de acciones y que no se vulnera el principio de protección de confianza legitima (como sostiene el TSJ del País Vasco), se está abriendo la puerta para que el importe de 20 días sea reconocido aunque en la vista oral, como en la formalización/impugnación del recurso no se haya suscitado una cuestión de ese tenor (a su vez, es posible que, con la detallada exposición desarrollada al respecto, el TSJ del País Vasco trate de anticiparse a una más que probable intervención del TS en casación).

Centrándome, ahora sí, en la dimensión sustantiva, me gustaría destacar el siguiente argumento (absolutamente central) empleado por el TSJ del País Vasco (previa declaración de la prevalencia del derecho de la UE frente al interno, la primacía de la jurisprudencia comunitaria al resolver cuestiones prejudiciales a través del TJUE y la obligatoria sujeción de los Tribunales internos a la misma):

FDº 9: "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'*".

Pues bien, **al margen de la discusión acerca de la conveniencia (o no) de equiparar los importes indemnizatorios de los contratos temporales y los indefinidos** (sobre la que me gustaría exponer mi opinión en breve), debo admitir que – en el plano técnico-jurídico – no me convencen los motivos por los que, a la luz del Derecho interno y de la UE, puede sostenerse esta "asimilación":

– A nivel interno (hasta que se dictó la doctrina "de Diego Porras"), era pacífico que la ineficacia contractual por cumplimiento del término y por resolución causal estaban claramente diferenciadas (y, como se sabe, esta heterogeneidad justificaba tratamientos normativos distintos) – ver extensamente en esta entrada; y

– A nivel comunitario (especialmente, de acuerdo con el Acuerdo Marco y la Directiva 98/59), desde mi punto de vista (como ya he podido exponer en otras ocasiones – aquí y aquí – pero me gustaría reiterar) se plantean algunas "dudas/objeciones" (relevantes):

1. La referencia a las 'condiciones objetivas', según el Acuerdo marco, son coincidentes con lo que, a nivel interno, se identifica con el 'principio de causalidad en la contratación temporal'.

En efecto, la necesidad de que concurran 'condiciones objetivas' o una 'causa de temporalidad' responden miméticamente a la necesidad de evitar la celebración de contratos temporales vinculados únicamente a un término, precisamente, por la facilidad que con su admisión podía incurrirse en el abuso de derecho y las consiguientes dificultades probatorias para los trabajadores (ver al respecto,

extensamente, Beltran de Heredia Ruiz, I. 'El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad 'en la actividad''. *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 209 – 228).

2. Si bien es cierto que la expresión 'motivo no inherente' ex Directiva 98/59 delimita el eje gravitatorio del despido colectivo y que el mismo responde a un planteamiento no plenamente coincidente con la extinción causal de nuestro modelo, no quita que el TJUE, quizás, hubiera debido tener en cuenta la dicotomía 'extinción por *motivo no inherente'* y 'extinción por *motivo inherente'*. Especialmente, porque la extinción por el cumplimiento del término se halla extramuros del concepto de "motivo no inherente", perteneciendo al espectro de la extinción por 'motivos inherentes'.

En efecto, el término (esto es, un contrato temporal) describe una ineficacia contractual 'pactada entre las partes del contrato' al iniciarse la relación contractual. Lo que, dicho en otras palabras, significa que trabajador y empresario han acordado expresamente que su vinculación se prolongará durante un determinado período de tiempo (de modo que, cuando se alcanza, el contrato deviene ineficaz por su cumplimiento). Desde esta perspectiva, sería difícil sostener que la extinción se ha producido por motivos 'no inherentes a la persona del trabajador' (pues, ha sido explícitamente consentida).

Corroboraría este argumento el hecho de que, precisamente, la normativa comunitaria (Directiva 98/59) es sensible a esta circunstancia (o distinción entre 'inherente' y 'no inherente') cuando excluye del cómputo de las extinciones colectivas las provocadas por la llegada del término pactado.

La inserción de estas objeciones en la matriz conceptual "asimiladora" que propone el TSJ del País Vasco plantearía, a mi modo de ver, la siguiente (compleja) dicotomía:

Si (como sostiene el TSJ del País Vasco) **el fin de la obra y servicio (cumplimiento del término) y la resolución causal son supuestos extintivos "asimilables", es razonable estimar que la extinción de los contratos temporales también debería incluirse en el cómputo de los despidos colectivos *ex* Directiva 98/59 (entendiéndose consiguientemente que son supuestos extintivos "no inherentes"). Cosa que, como se sabe, el TJUE aún no ha admitido.**

En cambio, si se entiende que la extinción de los contratos temporales no debe incluirse en dicha delimitación del despido colectivo *ex* Directiva 98/59 (por mantener su carácter "inherente"), debería colegirse que, en realidad, no son "asimilables" – o, cuanto menos, "no lo son tanto" (lo que afectaría lógicamente a su conceptuación a la luz del Acuerdo Marco tal y como propone el TSJ del País Vasco).

Mantener el carácter "asimilable" a nivel del Acuerdo Marco de la extinción de los contratos temporales e indefinidos y, al mismo tiempo, diferenciado ("inherente" y "no inherente") a nivel de la Directiva 98/59, plantearía unos problemas de consistencia – a mi entender – **difícilmente superables**.

En definitiva (y apartándome del planteamiento del TSJ País Vasco), a la luz de lo expuesto, no creo que las discusiones que gravitan alrededor del caso "de Diego Porras" sean meramente "doctrinales". Especialmente porque, salvo que esté errado en mi valoración, su asunción podría estar poniendo en entredicho uno de los elementos descriptores fundamentales del despido colectivo según la Directiva 98/59 (en síntesis, qué debe entenderse por motivo "inherente" y "no inherente").

Y la cuestión es, a mi entender, tan relevante que, quizás, podría precipitar una eventual intervención del TJUE vía cuestión prejudicial.

En definitiva (concluyendo esta breve entrada), creo que, en aras a la solidez y coherencia de la matriz conceptual que vertebra nuestro modelo de relaciones laborales, hubiera sido muy conveniente que el TSJ del País Vasco (o quien sostenga esta "asimilación" en futuras resoluciones judiciales) hubiera tratado (o trate) de desarrollar una "integración interpretativa pacífica" de la doctrina "de Diego Porras" con los vectores conceptuales que emergen de la Directiva 98/59 y del propio Acuerdo Marco (y que fundamentan las dos objeciones que he descrito).

No obstante (aunque quizás esté nuevamente equivocado), me resulta muy díficil proyectar una interpretación que jurídicamente haga posible este integración (salvo que se produzca una redefinición de las categorías conceptuales nucleares).

Permaneceremos expectantes.

Doctrina TJUE “de Diego Porras”: Primeras reacciones judiciales (STSJ Madrid 5/10/16)

5 octubre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Octubre) - Doctrina TJUE “de Diego Porras”: Primeras reacciones judiciales (STSJ Madrid 5/10/16)

Las primeras reacciones judiciales a la doctrina “de Diego Porras” no se han hecho esperar y el TSJ Madrid, tras elevar en diciembre de 2014 ante el TJUE una petición de decisión prejudicial, ha reconocido el derecho de la trabajadora interina a percibir la misma indemnización que la prevista para el despido objetivo (Sentencia 5 de octubre 2016). Esto es, 20 días por año trabajado (con un máximo de 12 meses).

Procedo a continuación a exponer algunas valoraciones (de urgencia), con las cautelas que una “reacción” de estas características exige:

Conclusión principal:

La primera conclusión que puede extraerse de la citada sentencia es que sólo se refiere a la extinción de un contrato de interinidad. Y, en este sentido, no sorprende que el TSJ Madrid haya adoptado este posicionamiento.

De modo que no ha entrado a valorar si el mismo importe indemnizatorio es predicable a otros contratos temporales.

Valoración sobre la licitud del contrato temporal:

Por otra parte, es importante tener en cuenta que, a pesar de que la trabajadora entiende que el contrato de trabajo de interinidad es ilegal (pues, las funciones de secretaria de dirección no eran las que desempeñaba la trabajadora a quien sustituía – "categoría de oficial de actividades técnicas y oficios"), el TSJ Madrid no entra a valorar esta cuestión en base a que

"ya consta que a partir de 2007 ha sido secretaria particular del Subdirector General de Planificación y programas, perteneciente a la Dirección General de Armamento y Material y ello no desvirtúa que (…), estuviese adscrita al puesto de trabajo perteneciente a la Sra. M".

A partir de esta afirmación, sostiene que la relación contractual temporal es lícita y, por ende, su extinción en virtud de la reincorporación de la sustituida también (en virtud de la STS 17 de diciembre 2012, rec. 4175/2011).

Se trata, sin duda, de un aspecto fundamental, pues, si efectivamente la relación contractual temporal era ilícita, probablemente debería de haberse calificado como una trabajadora indefinida no fija y, por ende, su extinción injustificada, y por tanto, improcedente. Lo que, probablemente, no hubiera motivado la cuestión prejudicial.

Desde este punto de vista, salvo mejor doctrina, sorprende que el TSJ de Madrid, admita que el ejercicio de funciones distintas a las que desempeñaba la trabajadora sustituida no suscite ningún tipo de controversia a los efectos de la legalidad del contrato de interinidad.

En cualquier caso, esta cuestión, ciertamente, no parece que deba tener excesiva relevancia práctica, pues, el TJUE ya ha dictado la doctrina "de Diego Porras".

Valoración sobre la justificación de la equiparación del importe indemnizatorio de los interinos y los indefinidos por causas objetivas

Llegados a este estadio, el TSJ de Madrid procede a proyectar su aplicación al caso enjuiciado.

Como punto de partida, inicia la argumentación a partir de un planteamiento discutible, pues, en la línea del TJUE, entiende que la extinción del contrato por la llegada del término es equiparable a la extinción por causas objetivas. En concreto afirma que la extinción se produce

"en virtud de una causa objetiva -en el sentido de no reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad empresarial- con una estructura causal análoga a las que el artículo 52 del ET denomina 'causas objetivas', en cuanto a su través se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral".

Personalmente, no puedo compartir este planteamiento a partir del marco jurídico interno y comunitario (como ya he tenido ocasión de exponer en esta entrada y en esta), pues, a nivel interno, debe distinguirse entre la extinción por cumplimiento del término y por resolución causal; y, a nivel comunitario, es clara la distinción entre extinción por motivo inherente (cumplimiento de un término) y no inherente (por causas objetivas, por ejemplo).

A su vez, salvo mejor doctrina, a diferencia de lo que expone el TSJ Madrid, es discutible que el carácter sobrevenido e inesperado (impredecible) de la incorporación de la sustituida deba tener un efecto en la naturaleza jurídica del contrato de la sustituta.

Siguiendo con la equiparación conceptual entre la extinción por expiración del término y la resolución causal, el TSJ Madrid (en lo que constituye – a mi entender – un argumento central) afirma que

"Nuestra ley al autonomizar ciertas causas objetivas como instrumentos de la contratación temporal aboca al pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realizan similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue. La cuestión no estriba en la consideración de que las causas del artículo 52 precitado sean aplicables al contrato de interinidad – que lo son – sino que la causa extintiva que se ha aplicado, conforme a la ley española, a la actora, negándole así cualquier derecho indemnizatorio, no le sería de aplicación si su contratación no fuera temporal, en cuyo caso tendría siempre, al menos, un derecho indemnizatorio de 20 días de salario por año trabajado si en la empresa se produjera la situación de exceso de trabajadores en relación con los puestos de trabajo reales desde la perspectiva de la productividad mercantil".

Asumiendo, la (clara) diferenciación entre los contratos temporales y los indefinidos, en lo que a las causas de ineficacia por el cumplimiento de la duración pactada se refiere, a mi entender, en este pasaje el TSJ Madrid está presentando como homogéneas categorías conceptuales heterogéneas. Perdón por la reiteración, pero una cosa es la extinción por cumplimiento del plazo (voluntariamente pactada y, per ende, – empleando las categorías del derecho comunitario – por motivos "inherentes" al trabajador) y otra muy distinta es la motivada por una causa resolutoria sobrevenida (por motivos "no inherentes" del trabajador).

La sentencia, llegados a este punto, esto es, asumiendo que existe una situación equiparable entre contrato interino e indefinido, afirma que

"no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal [TJUE]".

Afirmación consecuente con la línea argumental de la sentencia del TJUE.

Un aspecto importante de la sentencia es que para el TSJ Madrid la equiparación de los importes indemnizatorios implica también la de los requisitos formales descritos para el despido objetivo (al menos, el del preaviso y el de la puesta a disposición de la indemnización). Especialmente, porque entiende que el incumplimiento de la puesta a disposición de la indemnización (tal y como prevé el art. 53.1.b ET) no debe tener un impacto en la calificación de la extinción (porque en su opinión es excusable). Circunstancia que desvela una dimensión particularmente compleja, pues, se está hablando de supuestos extintivos claramente diferenciados y con efectos jurídicos también diversos.

En la lógica del TJUE descrita en el caso "de Diego Porras", puede entenderse que, a la luz del art. 53.1.c ET, se acuda a la necesidad de compensar al trabajador por el periodo de preaviso incumplido (especialmente para, desde el punto de vista de las consecuencias económicas que se derivan, evitar un trato desigual con respecto a los indefinidos equiparables) y, desde este punto de vista, se entiende que el TSJ Madrid también haga referencia. No obstante, esta equiparación suscita, a su vez, nuevos interrogantes, pues, queda por determinar si el preaviso del art. 53.1.c prevalece sobre la denuncia del art. 49.1.c ET y en qué medida.

No obstante, a mi modo de ver, es muy discutible que, hablando de la extinción de un contrato temporal por cumplimiento del término, se recurra a las categorías conceptuales de procedencia o improcedencia (propias de la resolución causal). En puridad, parece díficil que la extinción de un contrato por cumplimiento del término pueda calificarse como "procedente".

Conclusión (provisional)

En definitiva, para concluir este comentario de urgencia (con los posibles errores de apreciación que pudieran derivarse y siempre sin perjuicio de otras valoraciones que pudieran derivarse de un estudio más detallado de la sentencia), parece que, de momento, la cuestión relativa a la eventual extensión de la indemnización por despido objetivo al resto de contratos temporales deberá esperar. Por tanto, siguen siendo muchas las incógnitas que quedan por determinar.

El hecho de que los Tribunales puedan reconocer de oficio tales importes en los casos *sub iudice*(en virtud, entre otras, de la STS 6 de octubre 2015, rec. 2592/2014), quizás, acelere la esperada intervención del Tribunal Supremo al respecto.

Permanecermos a la expectativa.

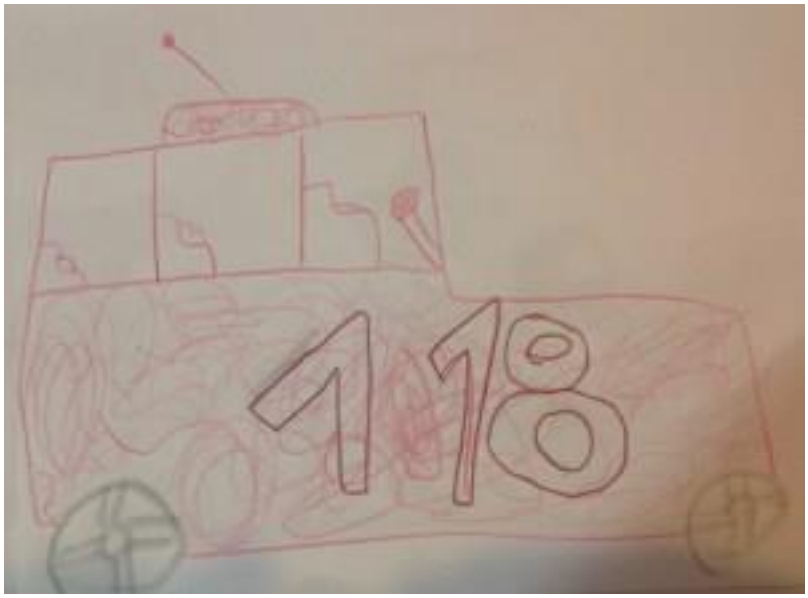
Otras entradas al respecto en este enlace

Más valoraciones críticas sobre el caso del TJUE “de Diego Porras”

28 septiembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Septiembre) - Más valoraciones críticas sobre el caso del TJUE “de Diego Porras”



A través de la amable invitación de la Profesora Argelia Queralt de la Universitat de Barcelona, he tenido la ocasión de revisar las notas del comentario (de urgencia) a la importante sentencia del TJUE sobre el caso “de Diego Porras” publicado en este blog.

Con el título “Sobre la indemnización de los interinos y su posible extensión al resto de contratos temporales (Caso TJUE “de Diego Porras”)“, he publicado una entrada en el blog de la *Revista Catalana de Dret Públic* incidiendo nuevamente en los principales aspectos críticos ya expuestos.

No obstante, sin perjuicio de otras valoraciones que fruto de un análisis más pormenorizado pudieran extraerse en un futuro (posibilidad – debo admitir -no descartable, dada la complejidad de la cuestión), me gustaría destacar dos novedades con respecto a lo apuntado en mi anterior entrada, que ahondan en mi planteamiento crítico a la sentencia, y que he añadido en esta nueva aproximación (pasando a exponerlas, a continuación, brevemente):

Una de las principales objeciones que se han planteado a la sentencia del TJUE, como se sabe, es que no ha tenido en cuenta que la extinción por el cumplimiento del término y por resolución por motivos objetivos (causal), tienen una naturaleza jurídica claramente diferenciada (lo que sugeriría que, a diferencia del criterio del TJUE, la existencia de un trato desigual estaría plenamente justificado).

Pues bien, podría sostenerse, en cambio, que la sentencia no aborda esta distinción (y, por ende, es ajustada) porque, precisamente, a los ojos del marco normativo europeo (y del TJUE), en los despidos colectivos (Directiva 98/59) la vinculación de la indemnización a la concurrencia de una causa extintiva carece de relevancia (porque, se condiciona al parámetro “motivos no inherentes a la persona del

trabajador”). Planteamiento que se vería fortalecido en la medida que, en paralelo, el propio Acuerdo marco, tampoco estaría condicionando la contratación temporal a la concurrencia de una “causa de temporalidad” (en esencia, porque se refiere a “condiciones objetivas”).

No obstante, como contrapuntos a esta matriz argumentativa (y, por tanto, como factores debilitadores de la solidez técnica de la sentencia), podría sostenerse lo siguiente:

1. La referencia a las “condiciones objetivas”, de acuerdo con el Acuerdo marco, son plenamente coincidentes con lo que, a nivel interno, se identifica con el “principio de causalidad en la contratación temporal”.

En efecto, la necesidad de que concurran “condiciones objetivas” o una “causa de temporalidad” responden miméticamente a la necesidad de evitar la celebración de contratos temporales vinculados únicamente a un término, precisamente, por la facilidad que con su admisión podía incurrirse en el abuso de derecho y las consiguientes dificultades probatorias para los trabajadores (ver al respecto, extensamente, Beltran de Heredia Ruiz, I. “El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad ‘en la actividad’”. *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 209 – 228).

2. Si bien es cierto que la expresión “motivo no inherente” delimita el eje gravitatorio del despido colectivo y que el mismo responde a un planteamiento no plenamente coincidente con la extinción causal de nuestro modelo, no quita que el TJUE debería haber tenido en cuenta la dicotomía “extinción por *motivo no inherente*” y “extinción por *motivo inherente*”. Especialmente, porque la extinción por el cumplimiento del término se halla extramuros del concepto de “motivo no inherente”, perteneciendo al espectro de la extinción por “motivos inherentes”.

En efecto, el término (esto es, un contrato temporal) describe una ineficacia contractual “pactada entre las partes del contrato” al iniciarse la relación contractual. Lo que, dicho de otro modo, significa que trabajador y empresario han acordado expresamente que su vinculación se prolongará durante un determinado período de tiempo (de modo que, cuando se alcanza, el contrato deviene ineficaz por su cumplimiento). Desde esta perspectiva, sería difícil sostener que la extinción se ha producido por motivos “no inherentes a la persona del trabajador” (pues, ha sido explícitamente consentida).

Corroboraría este argumento el hecho de que, precisamente, la normativa comunitaria (Directiva 98/59) es sensible a esta circunstancia (o dicotomía entre “inherente” y “no inherente”) cuando excluye del cómputo de las extinciones colectivas las provocadas por la llegada del término pactado.

En definitiva, teniendo en cuenta estas precisiones (añadiéndolas a las ya expuestas con anterioridad), la omisión de la distinción entre ineficacia por resolución causal e ineficacia por la llegada de un término por parte del TJUE en este caso es, cuanto menos, (seriamente) objetable.

A la luz de lo expuesto, no es descartable que los tribunales internos opten por desmarcarse de la exigencia de generalización de los importes indemnizatorios que, *a priori*, se extrae de la fundamentación de la sentencia.

Permaneceremos a la expectativa.

– Sobre esta cuestión también puede leerse la Tribuna publicada en el diario “Cinco Días”: La extinción de un contrato de trabajo y sus costes

Sobre la indemnización de los interinos y su posible extensión al resto de contratos temporales (Caso TJUE “de Diego Porras”) – Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

28 DE SETEMBRE DE 2016 EAPC4 COMENTARIS

PUBLICADO EN:

2016 (Septiembre) - “Sobre la indemnización de los interinos y su posible extensión al resto de contratos temporales (Caso TJUE “de Diego Porras”). En blog de la Revista Catalana de Dret Públic.

La STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), asunto de Diego Porras, resuelve una cuestión prejudicial que versa sobre la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.
En esencia, aunque está referida a un contrato de interinidad, la trascendencia de esta sentencia se halla en el hecho de que de su formulación, eventualmente, podría extraerse que el citado Acuerdo Marco exige la equiparación de las indemnizaciones por extinción entre los contratos indefinidos y los temporales.

Las reacciones de las diversas formaciones políticas y de los interlocutores sociales ante esta eventual extensión no se han hecho esperar, suscitando un extraordinario impacto mediático y son múltiples las interpretaciones (y posibles/probables efectos) que se han extraído de su texto.

Sin pretender recoger y sintetizar esta disparidad de planteamientos, en las líneas que siguen se tratará de exponer la interpretación que, modestamente, entiendo puede extraerse de la citada sentencia (y que resume y complementa lo expuesto en un comentario anterior –de urgencia– en mi blog).
El origen de la controversia
En síntesis, el origen de la petición se halla en un litigio entre la Sra. Ana de Diego Porras y el Ministerio de Defensa, relativo a la calificación de la relación laboral de interinidad que vincula a las partes y al abono de una indemnización como consecuencia de la extinción de dicha relación.

Declarada en la instancia la adecuación de la causalidad en la contratación temporal y de las condiciones de finalización, el TSJ 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, no obstante, se plantea si la trabajadora tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato.

Según la descripción que efectúa la STJUE de14 de septiembre 2016,

«…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, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa».

Entendiendo el TSJ de Madrid que ninguna razón objetiva parece justificar dicha diferencia de trato, plantea 4 cuestiones prejudiciales sobre la interpretación que debe darse a la citada cláusula 4.

La respuesta a las cuestiones prejudiciales
El TJUE, tras entender que la expresión «condiciones de trabajo», a las que hace referencia el Acuerdo marco, «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», concluye que el mismo

«…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. 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».

La argumentación que esgrime el TJUE para sostener esta afirmación, en síntesis, se articula sobre los siguientes elementos:

Primero: el Acuerdo marco prohíbe un trato desigual entre trabajadores temporales e indefinidos por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada (salvo que esté debidamente justificado).

Segundo: se dan las circunstancias necesarias para estimar que las situaciones comprometidas (indemnización por extinción en contratos temporales e indemnización por extinción en contratos indefinidos) son comparables.

Tercero: no concurre una razón objetiva (de acuerdo con los apartados 1 o 4 de la cláusula 4) que justifique un trato diferenciado porque

«…ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas».

Una (modesta) valoración crítica

De la lectura de la sentencia, pueden extraerse las siguientes diez valoraciones:

Primera. Es obvio, que esta medida incrementa el nivel de protección de los trabajadores interinos y, en los términos en los que está formulada, podría llegar a suponer lo mismo para el conjunto de trabajadores temporales. Y, de confirmarse, tanto el sector público como el privado no serían ajenos a su impacto (suscitándose la duda de si el próximo Gobierno sería partidario de mantenerla en 20 días o no). No obstante, a pesar de la eventual equiparación en los importes de las indemnizaciones por extinción del contrato, también debe advertirse que, de acuerdo con el marco vigente, es poco probable que ello impacte significativamente en la pronunciada segmentación del mercado de trabajo. Especialmente porque la resolución por causas objetivas de un contrato indefinido (y, en especial, por "causas de empresa"), además, conlleva ciertos costes de "gestión/litigación" que la siguen haciendo menos atractiva (en términos de coste y tiempo) que su alternativa.

Segunda. De la lectura de la sentencia se observa que el TJUE no ha tenido en cuenta que la resolución por causas objetivas del contrato indefinido (entre las que se incluye, como se ha apuntado, las "causas de empresa") no es equiparable a la extinción por la llegada de un término. Mientras que, en el primer caso, nos hallamos ante un caso de ineficacia contractual sobrevenida (a mi modo de ver, aunque no es pacífico, por excesiva onerosidad –que supone una alteración en el equilibrio de las prestaciones, afectando a la causa del contrato); en el otro caso, nos estamos refiriendo a la ineficacia contractual derivada del cumplimiento del contrato (esto es, la llegada del plazo inicialmente pactada por las partes– mutuo acuerdo inicial).

El importe de la indemnización en la resolución por "causas objetivas" se enmarca en el ámbito de la resolución contractual inimputable del empresario y a la lógica de la responsabilidad objetiva. Mientras que la prevista para los contratos temporales, es una reacción del legislador para, en consonancia del citado Acuerdo marco, tratar de evitar el abuso en la contratación temporal sucesiva (penalizando económicamente su uso).

Esta disparidad en la naturaleza jurídica sería suficiente como para entender que las situaciones no son, en realidad, comparables y, por consiguiente, concurrirían "razones objetivas" que justificarían suficientemente la existencia de un trato diferenciado.

Tercera. A mayor abundamiento, sorprende que el TJUE no repare que entre una causa de extinción "objetiva" –o "legal", en la terminología de la sentencia– y la motivada por la llegada de un término media una diferencia sustancial: la vinculada al contrato indefinido es causal y la otra no (porque, conviene reiterar, describe un supuesto de ineficacia contractual por cumplimiento de lo pactado). Lo que significa que, en la primera, si no concurre un motivo suficiente, o bien, se producen ciertos incumplimientos formales, el importe puede llegar a 33 días (o 45 para determinados períodos). Y, aunque el caso que da origen a la sentencia se refiere a un contrato temporal legal, desde el punto de vista que subyace en la misma (esto es, fijándose únicamente en el importe cuantitativo de las indemnizaciones –y no en el impacto de la concurrencia o no de una causa extintiva), el TJUE hubiera podido entender que la indemnización "legal" no era de 20 días, sino de 33/45. Aspecto que añade (si cabe) mayor confusión.

Cuarta. Podría sostenerse que la sentencia no aborda la distinción apuntada en el apartado anterior (y, por ende, es ajustada) porque, precisamente, a los ojos del marco normativo europeo (y del TJUE), en los despidos colectivos (Directiva 98/59) la vinculación de la indemnización a la concurrencia de una causa extintiva carece de relevancia (porque, se condiciona al parámetro "motivos no inherentes a la persona

del trabajador"). Planteamiento que se vería fortalecido en la medida que, en paralelo, el propio Acuerdo marco, tampoco estaría condicionando la contratación temporal a la concurrencia de una "causa de temporalidad" (en esencia, porque se refiere a "condiciones objetivas").
No obstante, como contrapuntos a esta matriz argumentativa, podría sostenerse lo siguiente:

1. La referencia a las "condiciones objetivas", de acuerdo con el Acuerdo marco, son plenamente coincidentes con lo que, a nivel interno, se identifica con el "principio de causalidad en la contratación temporal".

En efecto, la necesidad de que concurran "condiciones objetivas" o una "causa de temporalidad" responden miméticamente a la necesidad de evitar la celebración de contratos temporales vinculados únicamente a un término, precisamente, por la facilidad que con su admisión podía incurrirse en el abuso de derecho y las consiguientes dificultades probatorias para los trabajadores (ver al respecto, extensamente, Beltran de Heredia Ruiz, I. "El principio de causalidad en la contratación temporal y la protección de la estabilidad 'en la actividad'". *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 209 – 228).

2. Si bien es cierto que la expresión "motivo no inherente" delimita el eje gravitatorio del despido colectivo y que el mismo responde a un planteamiento no plenamente coincidente con la extinción causal de nuestro modelo, no quita que el TJUE debería haber tenido en cuenta la dicotomía extinción por "motivo no inherente" y extinción por "motivo inherente". Especialmente, porque la extinción por el cumplimiento del término se halla extramuros del concepto de "motivo no inherente", perteneciendo al espectro de la extinción por "motivos inherentes".

En efecto, el término (esto es, un contrato temporal) describe una ineficacia contractual "pactada entre las partes del contrato" al iniciarse la relación contractual. Lo que, dicho de otro modo, significa que trabajador y empresario han acordado expresamente que su vinculación se prolongará durante un determinado período de tiempo (de modo que, cuando se alcanza, el contrato deviene ineficaz por su cumplimiento). Desde esta perspectiva, sería difícil sostener que la extinción se ha producido por motivos "no inherentes a la persona del trabajador" (pues, ha sido explícitamente consentida).

Corroboraría este argumento el hecho de que, precisamente, la normativa comunitaria (Directiva 98/59) es sensible a esta circunstancia (o dicotomía entre "inherente" y "no inherente") cuando excluye del cómputo de las extinciones colectivas las provocadas por la llegada del término pactado.

En definitiva, teniendo en cuenta lo expuesto, la omisión de la distinción entre ineficacia por resolución causal e ineficacia por la llegada de un término por parte del TJUE en este caso es, cuanto menos, objetable.

Quinta. Ahondando en esta afirmación, el hecho de que el TJUE no tenga en cuenta que los contratos temporales también pueden verse afectados por una resolución por causas objetivas (entre ellas, por "causas de empresa") antes de la llegada del término, es probablemente el elemento que debilita con más intensidad la argumentación de la sentencia. Especialmente porque, desde este punto de vista, es difícil sostener que, en el plano de los importes indemnizatorios (su cuantía) efectivamente la dicotomía se halle entre extinción por "causa legal" en los indefinidos (20 días) y extinción por "causa legal" en los temporales (12 días). Pues, si nos ceñimos a las causas "objetivas" (entre ellas, recuérdese, las citadas "causas de empresa"), se colige que en ambos casos las indemnizaciones se calculan a partir de idénticos parámetros (20 días). Y, por ende, es difícil entender que exista una disparidad.
Sexta. Por otra parte, a diferencia de lo que sostiene el TJUE, sin excesivo fundamento a mi entender, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el importe de la indemnización se esté refiriendo a las "condiciones de empleo" y no a las "condiciones de trabajo" (sobre las que sí debe exigirse la igualdad). Recuérdese que la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) –referida recuérdese a la amortización simple de indefinidos no fijos– afirma lo siguiente:

«…esta cláusula [la 4ª del Acuerdo marco] se refiere a las condiciones de trabajo, entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos. Si no fuera así, sería obvio también que la diferencia a efectos de extinción del contrato de duración determinada y un contrato indefinido responde a razones objetivas.

»Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria».

Y es lógico que así sea, pues, se trata de modalidades contractuales de naturaleza claramente diferenciada.

Séptima. La valoración conjunta de todos estos elementos, permitiría razonablemente entender que se trata de realidades claramente heterogéneas, esto es, cuya naturaleza jurídica está delimitada de un modo preciso. Lo que significaría que la existencia de tratamientos normativos diferenciados estaría totalmente justificada. O, dicho de otro modo, la previsión de respuestas legislativas específicas no debería suponer una violación del principio de igualdad.
Octava. Lo que probablemente no esté justificado es que, tratándose de contratos sometidos a un término, los contratos de interinidad no perciban la misma indemnización que el resto de contratos temporales. Por consiguiente, quizás, lo más lógico hubiera sido que la violación del principio de igualdad se hubiera proclamado con respecto a estas modalidades de contratos temporales y no con respecto a los contratos indefinidos. No obstante, el propio TJUE entiende que:
«…las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (auto de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57)».

Novena. Podría entenderse que la sentencia se refiere únicamente a los trabajadores interinos y, por consiguiente, a partir de ahora, la situación debería permanecer sin cambios respecto al resto de trabajadores temporales. No obstante, en tal caso, la matriz resultante sería particularmente compleja, pues, los contratos temporales no interinos tendrían una indemnización legal que oscilaría entre 8 y 12 días; y, a su vez (conviene no olvidar) la extinción de los contratos formativos seguirían sin tener derecho a una indemnización (de acuerdo con el art. 49.1.c ET).

Esta disparidad interpretativa, aunque, según el TJUE, quedaría al margen del Acuerdo marco (como acaba de exponerse), plantearía importantes dudas desde el punto de vista del principio de igualdad.

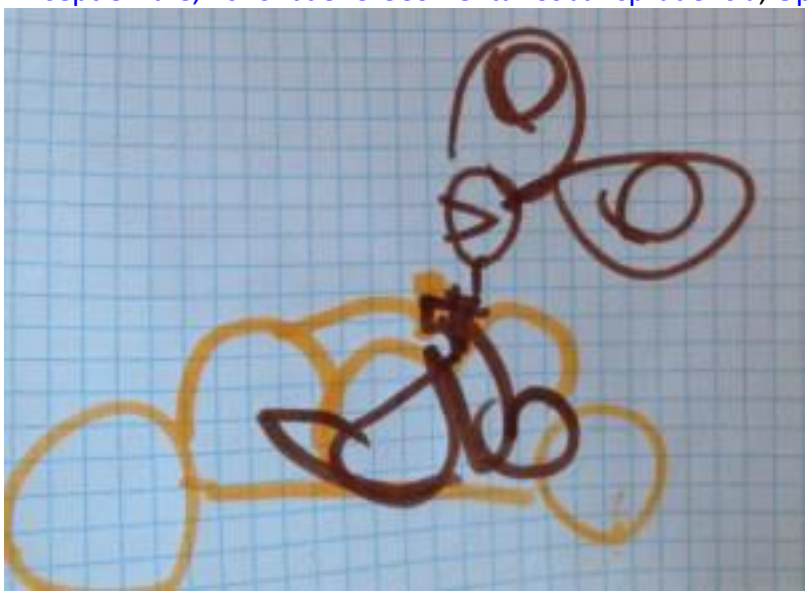
y **Décima.** A la luz de todo lo expuesto, y entendiendo que la sentencia hubiera podido ser más precisa desde un punto de vista técnico, no cabe duda que deberemos permanecer a la expectativa de las "reacciones" normativas y/o judiciales que se sucedan a partir de ahora. Y, de hecho, (precisamente, por las carencias argumentativas descritas), no es descartable que los tribunales internos opten por desmarcarse de la exigencia de generalización que, *a priori*, se extrae de la fundamentación de la sentencia.
En cualquier caso, tratando de observar este cuestión desde un cierta perspectiva, creo que debería tenerse en cuenta que lo que subyace en el conflicto entre la contratación temporal y la indefinida es la discusión acerca de quién debe asumir los costes derivados de la extinción de un contrato de trabajo. Y,

en consecuencia, cuál debe ser el régimen jurídico que mejor se adapte a este objetivo. Y, las empecinadas altas tasas de temporalidad evidencian que hasta la fecha la estrategia normativa no ha sido la más adecuada. Hasta que no seamos capaces de consensuar una respuesta (a partir de posicionamientos valientes), probablemente, seguiremos instalados en un marco errático y, muy probablemente, seremos incapaces de hallar soluciones política, social y económicamente satisfactorias.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado y TU Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Tribuna: La extinción de un contrato de trabajo y sus costes

27 septiembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia, Opinión



La reciente y controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los trabajadores interinos ha suscitado numerosas reacciones y, hoy por hoy, es difícil determinar los efectos que tendrá a nivel interno.

No obstante, **puede afirmarse que lo que subyace en el fondo del conflicto entre la contratación temporal y la indefinida es la discusión acerca de quién debe asumir los costes derivados de la extinción de un contrato de trabajo**.

Para poder dar respuesta a esta compleja cuestión (siguiendo la matriz conceptual que propone G. Calabresi) podría ser oportuno partir de las siguientes premisas: primero, en una economía de mercado, la conservación del empleo no puede mantenerse a cualquier precio (debiéndonos preguntar, a continuación, hasta qué punto estamos dispuestos a preservarlo y cuánto queremos pagar por ello); y, segundo, la configuración del fraccionamiento de estos perjuicios no está predeterminada, sino que, en último término, depende de los fines (políticos, económicos y/o sociales) que se persigan.

Si nos centramos en la segunda premisa, en nuestro modelo, la distribución se articula, en términos generales, del siguiente modo: una parte los asume el empresario de forma directa (a través de la indemnización legal tasada, salvo que el despido sea disciplinario y procedente). Y otra parte, según los casos, se socializa (mediante prestaciones contributivas o no de desempleo y/o a través del Fogasa). No obstante, debe tenerse en cuenta que el trabajador también puede acabar internalizando parte de los costes, bien porque no esté cubierto por ninguna de las anteriores opciones (o lo esté parcialmente) o bien porque, estándolo, no compensen la totalidad del daño padecido.

De lo expuesto se advierte, por un lado, que esta matriz distributiva proyecta un determinado incentivo en cada uno de los implicados; y, por otro, que son múltiples las alternativas posibles en función del fin que se persiga (pudiendo mutar con el tiempo).

Sin embargo, más allá de esta variabilidad, la empecinada alta temporalidad del mercado de trabajo español evidencia, de forma destacada, dos aspectos.

Primero: en esta dicotomía entre contratación indefinida o temporal, los destinatarios de las normas han seguido un comportamiento estratégico alejado de la conducta que, a priori, se ha pretendido generalizar con la Ley.

Y segundo: el Derecho (y el legislador) ha pecado de autosuficiencia al pensar que la mera promulgación de las normas era suficiente para persuadirlos, pensando que se iba a cumplir ciegamente.

Es posible que, a resultas de la citada sentencia, se haya encarecido el recurso a la contratación temporal. No obstante, a pesar de la eventual equiparación en los importes de las indemnizaciones por extinción del contrato, es poco probable que ello impacte significativamente en la pronunciada segmentación del mercado trabajo. Especialmente porque la extinción objetiva de un contrato indefinido, además, conlleva ciertos costes de gestión/litigación que la siguen haciendo menos atractiva que su alternativa.

Vaya por delante que, a partir de lo expuesto, no se está sugiriendo una descausalización de la extinción contractual ni la desaparición del control jurisdiccional (por impedirlo ambas el marco constitucional e internacional que nos rige), ni tampoco se pretende proyectar la idea de que la creación de empleo indefinido está inevitablemente condicionada al incremento de los costes que deben internalizar los trabajadores.

Lejos de estos enfoques, y al margen de las opciones que personalmente estime como más adecuadas, lo que en esencia se está proponiendo es la necesidad de adoptar un marco normativo que promueva, junto con otros objetivos, la dimensión estratégica. Es decir, crear normas que también sean eficientes: esto es, que prevean el impacto de las diversas opciones de fraccionamiento en los destinatarios.

La búsqueda de la eficiencia del marco legal no es incompatible con la promoción de la justicia y la redistribución de la riqueza, ni tampoco comporta per se que deba renunciarse al respeto de la naturaleza jurídica de las instituciones implicadas. De otro modo, se estaría sustituyendo el saber económico por el jurídico. No obstante, configurar leyes sin evaluar su posible incidencia en la conducta de los individuos tampoco parece razonable.

Las opciones que un enfoque de estas características habilitaría son múltiples y, sin duda, exigiría un debate sosegado y política y socialmente valiente. Y es claro que la actual inestabilidad política no describe el mejor de los escenarios posibles.

No obstante, ante la evidencia de que los métodos empleados hasta la fecha no han permitido alcanzar el objetivo propuesto, quizás sea el momento de introducir un cambio de perspectiva a la hora de afrontar, cuando sea posible, la respuesta a la cuestión inicialmente planteada.

De otro modo, probablemente seguiremos sin ser capaces de alcanzar una solución satisfactoria.

Tribuna publicada en el diario "Cinco Días" el 27/9/2016.

Y, en relación a la sentencia del caso "de Diego Porras", también puede leerse:

– Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE "de Diego Porras")

– "Más valoraciones críticas sobre el caso del TJUE "de Diego Porras".

Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE “de Diego Porras”)

20 septiembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Publicado en:

2016 (Septiembre) - Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE “de Diego Porras”)

La STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), Asunto de Diego Porras, resuelve una cuestión prejudicial que versa sobre la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

En esencia, como han recogido ya algunos medios de comunicación, aunque está referida a un contrato de interinidad, de su formulación se extrae que el citado Acuerdo Marco exige la equiparación de las indemnizaciones de los contratos temporales y los indefinidos.

De hecho, se trata de una sentencia que ya ha sido objeto de comentario – ELP 19/9/16 (de lectura imprescindible) del profesor Jesús Cruz Villalón (y que afirma que “Estaría obligando a tratar de modo idéntico a temporales e indefinidos en la indemnización a percibir por extinción del contrato”; y llevando a la creación de “un contrato único por vía judicial”).

No cabe duda que se trata de una sentencia con un indiscutible impacto, no sólo en el mercado de trabajo español, sino también en el europeo (cuyos efectos "colaterales" en las diversas dimensiones implicadas son, por el momento, difíciles de determinar).

En síntesis, el origen de la petición se halla en un litigio entre la Sra. Ana de Diego Porras y el Ministerio de Defensa, relativo a la calificación de la relación laboral de interinidad que vincula a las partes y al abono de una indemnización como consecuencia de la extinción de dicha relación.

Declarada en la instancia la adecuación de la causalidad en la contratación temporal y de las condiciones de finalización, el TSJ 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, no obstante, se plantea si la trabajadora tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato.

Según la descripción de la sentencia,

"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, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa".

Habida cuenta de que ninguna razón objetiva parece justificar dicha diferencia de trato, el TSJ Madrid plantea las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Las cuestiones prejudiciales

Reproduzco, a continuación, y de forma literal (dada su importancia), las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ Madrid:

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?»

2. Las respuestas a las cuestiones prejudiciales

El TJUE da respuesta a las 3 primeras cuestiones (la primera de forma separada y la segunda y tercera conjuntamente), rechazando la última por entender que este tipo de trato diferenciado entre contratos temporales queda fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco.

Sobre la primera cuestión:

El TSJ pide esencialmente que se dilucide si el concepto de «condiciones de trabajo» (apartado 1, Cláusula 4) incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador como consecuencia de la finalización de su contrato de duración determinada.

La sentencia, tras recordar que el TJUE ha dictaminado que todo aspecto vinculado al "empleo" debe quedar integrado en este concepto y que, de forma específica, ha estimado que los trienios y el plazo de preaviso pueden subsumirse en el mismo, de forma – a mi entender – poco fundamentada afirma:

"estas consideraciones pueden ser íntegramente traspuestas a una indemnización como la controvertida en el litigio principal. Comoquiera que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario y que cumple el criterio enunciado en el apartado 28 de la presente sentencia [esto es, está referida al empleo], está por ende incluida en el concepto de «condiciones de trabajo»".

Sobre la segunda y tercera cuestión

En cuanto a la segunda y tercera cuestión, el TJUE parte de la base de que el Acuerdo marco establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de 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.

En opinión del TJUE, en este caso se dan las circunstancias necesarias para estimar que se las situaciones comprometidas son comparables, básicamente porque el hecho que la trabajadora

"ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que remplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo".

A su vez, tratando de determinar si concurre una "razón objetiva" (*ex* Apartados 1 o 4 de la Cláusula 4) que pudiera justificar este trato diferenciado, el TJUE estima que

"ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas".

Y, añade que

"la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no 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".

Por todo ello, concluye 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"

Y, por otra parte, el Acuero Marco "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. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".

3. Valoración crítica

Desde mi punto de vista, la sentencia, a la luz del planteamiento de la situación que describe, puede ser objeto de crítica, en esencia, porque no tiene en cuenta algunas distinciones que son relevantes. Y, en general, al menos, creo que pueden exponerse las siguientes valoraciones (8):

1. Es obvio, como ha apuntado el profesor Jesús Cruz Villalón, que esta medida incrementa el nivel de protección de los trabajadores temporales. A pesar de que algunos sindicatos (CCOO) ya han apuntado la adopción de las medidas necesarias para que todos los trabajadores perciban una indemnización de 20 días por año (con algún límite?), no debe olvidarse que – como apunta el profesor Jesús Cruz Villalón – a medio/largo plazo podría llegar a tener algunos efectos contraproducentes, pues, puede inducir a una equiparación a la baja de las condiciones (acrecentando notablemente la precariedad laboral).

2. A mi modo de ver, en un ejercicio de simplicidad excesivo, pues, sólo se ciñe a los importes de las indemnizaciones, la sentencia confunde los diversos supuestos extintivos y su naturaleza jurídica.

Si bien es cierto que, el Legislador ha pretendido en algunos momentos que ambos importes "tiendan" a equipararse (especialmente, mientras el FOGASA abonaba el 40% de la indemnización), la extinción por causas objetivas del contrato indefinido no es equiparable a la extinción por la llegada de un término. Mientras que, en el primer caso, nos hallamos ante un caso de ineficacia contractual sobrevenida (a mi modo de ver, aunque no es pacífico, por excesiva onerosidad – que supone una alteración en el equilibrio de las prestaciones, afectando a la causa del contrato); en el otro caso, nos estamos refiriendo a la ineficacia contractual derivada del cumplimiento del contrato (esto es, la llegada del plazo inicialmente pactada por las partes – mutuo acuerdo inicial).

El importe de la indemnización en las "causas de empresa" se enmarca en el ámbito de la resolución contractual inimputable del empresario y a la lógica de la responsabilidad objetiva. Mientras que la prevista para los contratos temporales, es una reacción del legislador para, en consonancia del citado Acuerdo Marco, tratar de evitar el abuso en la contratación temporal sucesiva.

Precisamente, estos factores describen las "razones objetivas" que, como expone la propia sentencia, justificarían la existencia de un trato diferenciado.

Por consiguiente, a la luz de lo expuesto, habría elementos suficientes para entender que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica (y a diferencia de la formulación que propone el TSJ de Madrid y que hace suya el TJUE), por consiguiente, las situaciones no son (en absoluto) comparables. Pretender lo contrario supone reconducir a la ciencia jurídica a un reduccionismo ("monetaritarista"/"Cuantitativo") difícilmente asumible.

En términos similares, el Profesor Jesús Cruz afirma

“Es sorprendente que el Tribunal europeo no tome en consideración que las razones que determinan a las empresas efectuar a unos u otros tipos de contratos son diferentes y que existen razones objetivas para establecer indemnizaciones diferenciadas para unos y para otros”.

3. A mayor abundamiento, sorprende que el TJUE no repare que entre una causa de extinción “legal”– en la terminología de la sentencia – y la otra media una diferencia sustancial: una es causal y la otra no. Lo que significa que en la primera, si no concurre un motivo suficiente, o bien, se producen ciertos incumplimientos formales, el importe puede llegar a 33 días (o 45 para determinados períodos).

Llegados a este extremo, se plantean algunas dudas relevantes que el TJUE deja sin resolver (y que, a mi modo de ver, evidencian nuevamente la simplicidad del razonamiento de la sentencia). En efecto, sabiendo que la indemnización podría alcanzar este importe máximo y que el TJUE sólo se ha centrado en una dimensión estrictamente “cuantitativa”, ¿porqué no se ha establecido la equiparación entre trabajadores indefinidos y temporales en este umbral de 33/45 días?

Y, siguiendo con la descripción de eventuales hipótesis (y tratando de recalcar las carencias de la sentencia), para el caso de que se entendiera que la diferenciación entre los motivos que llevan a exigir una indemnización de 20 o 33/45 días en los contratos indefinidos es exigible también a los contratos temporales (como de hecho ya prevé el ET), ¿en qué posición quedaría el cumplimiento del término como causa de ineficacia contractual?

4. En efecto, repárese que los contratos temporales, antes de la llegada del término, también pueden verse afectados por una resolución por “causas de empresa” (esto es, una ineficacia sobrevenida). De modo, que no es cierto que la dicotomía se halle entre extinción por “causa legal” en los indefinidos (20 días) y extinción por “causa legal” en los temporales (12 días). Pues, si nos ceñimos a las causas legales (causas de empresa), se colige que las indemnizaciones se calculan a partir de idénticos parámetros (20 días). Y, por ende, no existe disparidad alguna.

5. Por otra parte, a diferencia de lo que sostiene el TJUE sin excesivo fundamento a mi entender, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el importe de la indemnización se esté refiriendo a las “condiciones de empleo” y no a las “condiciones de trabajo” (sobre las que sí debe exigirse la igualdad). Recuérdese que la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) – referida recuérdese a la amoritización simple de indefinidos no fijos – afirma lo siguiente:

“esta cláusula [la 4ª del Acuerdo Marco] se refiere a las condiciones de trabajo , entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo) , que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos. Si no fuera así, sería obvio también que la diferencia a efectos de extinción del contrato de duración determinada y un contrato indefinido responde a razones objetivas.

Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria”.

Y es lógico que así sea, pues, se trata de modalidades contractuales de naturaleza claramente diferenciada.

6. De lo expuesto hasta ahora, permite entender que, teniendo en cuenta que se trata de realidades claramente heterogéneas, esto es, cuya naturaleza jurídica está claramente delimitada, la existencia tratamientos normativos diferenciados estaría totalmente justificada. O, dicho de otro modo, la previsión de respuestas legislativas diferenciadas no debería suponer una violación del principio de igualdad.

7. Lo que probablemente no esté justificado es que, tratándose de contratos sometidos a un término, los contratos de interinidad no perciban la misma indemnización que el resto de contratos temporales. Por consiguiente, quizás, lo más lógico hubiera sido que la violación del principio de igualdad se hubiera proclamado con respecto a estas modalidades de contratos temporales y no con respecto a los contratos indefinidos. No obstante, el propio TJUE entiende que

“las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (auto de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57)”

y 8. En definitiva, y para concluir, creo que se trata de una sentencia a la que, dada su enorme implicación, probablemente se le podría exigir un mayor nivel de precisión técnica.

En los términos en los que se ha fundamentado, resulta poco convincente. En todo caso, deberemos permanecer a la expectativa de las “reacciones” normativas y/o judiciales que se sucedan a partir de ahora.

– Más valoraciones críticas a esta sentencia y a las reacciones judiciales **en este enlace**.

– También puede leerse la Tribuna publicada en el Diario “*Cinco Días*“: La extinción de un contrato de trabajo y sus costes

– Y, en relación a la cuestión relativa al “contrato único” que potencialmente “subyace” en este pronunciamiento, también puede accederse a esta entrada del blog: Informe anual OCDE 2015, contrato único y despido libre indemnizado: algunas reflexiones

Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina “de Diego Porras” (ABR’18)

19 diciembre, 2016 ibdehereComentarios Jurisprudencia

Con el objeto de facilitar el seguimiento de los diversos pronunciamientos judiciales sobre la controvertidas doctrinas de las sentencias del TJUE de septiembre de 2016 (“de Diego Porras”, “Martínez Andrés/Castrejana López” y “Pérez López”), esta entrada simplemente pretende ir recogiéndolos (con una mínima sistematicidad) a medida que se vayan publicando.

Espero que en su conjunto esta entrada pueda ser de alguna utilidad (y, sobre todo, pueda contribuir a clarificar esta compleja cuestión).

Índice

A. Sentencias TJUE

B. “Diego Porras”: sentencias Sector Privado

– Reconocimiento de 20 días

– No reconocimiento de 20 días

C. “Diego Porras”: sentencias Personal Laboral Sector Público

– Reconocimiento de 20 días ***Novedades!***

– Reconocimiento de 20 días sin aplicar “Diego Porras” ***Novedades!***

– No reconocimiento de 20 días ***Novedades!***

D. Efectos colaterales Diego Porras

E. ¿Aplicación doctrina "Pérez López" a Personal Laboral Sector Público?

F. Sentencias Funcionarios y Personal Estatutario ***Novedades!***

– Aplicación "Diego Porras"

– No aplicación "Diego Porras"

– Aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López"

– No aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López"

– Aplicación doctrina "Pérez López"

– No aplicación doctrina "Pérez López"

G. Cuestiones prejudiciales

H. Informe Expertos

I. Comentarios críticos

[Última actualización: 4 de abril]

A. Sentencias TJUE

– Asunto "de Diego Porras".

– **STJUE 14 de septiembre 2016** (C-596/14) [un comentario en estas entradas: "1", "2", "3", "4" y "5"].

– Asuntos "Martínez Andrés" y "Castrejana López" y Asunto "Pérez López".

En paralelo, deben tenerse en cuenta estas otras sentencias del TJUE (aunque vinculadas a la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco – "Medidas destinadas a la utilización abusiva de la contratación temporal", en el ámbito funcionarial y estatutario).

– **STJUE 14 de septiembre 2016** (C-184/15 y C-197/15), Asuntos acumulados "Martínez Andrés" y "Castrejana López"). [un comentario en esta entrada].

– **STJUE 14 de septiembre 2016** (C-16/15), Asunto "Pérez López".

– Asuntos Grupo Norte Facility y Montero Mateos

– **Conclusiones AG, 20 de diciembre 2017**, caso Grupo Norte Facility (contrato relevo), (C-574/16)

– **Conclusiones AG, 20 de diciembre 2017**, caso Montero Mateos (contrato interino), (C-677/16).

Un comentario a ambas conclusiones en esta entrada

Volver al Índice

B. “Diego Porras”: sentencias sector “privado”

Reconocimiento de los 20 días.

Interino por sustitución

– STSJ Cataluña 31 de julio 2017 (rec. 2190/2017), reconocimiento de la indemnización de 20 días de un trabajador interino por sustitución de una empresa de ambulancias tras extinción ajustada a derecho. La sentencia, tras sintetizar el contenido del caso “de Diego Porras”, concluye que el trabajador tiene derecho a una indemnización. Y a la hora de determinar el importe de la misma, siguiendo el criterio de la doctrina del TSJ País Vasco (esto es, recurriendo al art. 21 CDFUE), estima que debe procederse a una aplicación horizontal de la Directiva (aspecto que he criticado en otras entradas de este blog – ver en esta entrada, esta y esta).

Un elemento relevante de la sentencia es que como argumento también recurre a la doctrina del TS (sentencia 28 de marzo 2017, rec. 1664/2015 – ver infra) que estima el reconocimiento de una indemnización de 20 días a los indefinidos no fijos, afirmando que (traducción):

“Razonamiento que se puede aplicado totalmente a los trabajadores temporales con un contrato de interinidad, porque en realidad, aunque se trata de dos figuras contractuales diferenciadas, tal como ha puesto de relevo el Tribunal Supremo con reiteración, son similares en el sentido de que los dos ocupan un puesto de trabajo que en la actualidad no está ocupado por ningún trabajador”

Argumento a, mi entender, discutible porque precisamente, el TS en esta sentencia (siguiendo un argumento muy controvertido), al declarar el carácter “no temporal” de estos contratos, está deslindando la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos respecto de los interinos por vacante. Lo que, parece razonable que también sería extrapolable a los interino por sustitución.

– STSJ Madrid 15 de marzo 2017 (rec. 621/2014): extinción ajustada a derecho de una trabajadora interina, contratada para suplir a una trabajadora en excedencia durante más de 7 años de la empresa CLECE. Se concede una indemnización de 20 días, a partir de las siguientes argumentaciones (y respondiendo a las críticas recibidas por la cuestión prejudicial planteada y la consiguiente sentencia de octubre de 2016):

Primero: “si bien es cierto que nuestra sentencia anterior [sentencia 05/10/16, rec. 613/2016] tenía como empresa demandada al propio Estado personalidad jurídica única del que es un simple órgano el Ministerio de Defensa , la concreción de la no aplicación horizontal de las directivas entre particulares que se alega admite matices cuando se proyecta en relaciones jurídicas verticales como es sin duda la relación laboral, de modo que, subsumiendo el efecto aplicativo en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos plantearnos si la exigencia de reclamación al Estado debemos “cargarla” en la parte débil, jurídicamente tutelada por nuestro ordenamiento jurídico, como es el trabajador o proyectarla en el empresario aplicando un principio jurídico de nuestro ordenamiento jurídico del que es expresión “ad exemplum” el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores”.

Segundo: “la discriminación del trabajador interino es demasiado intensa para relativizarla con el endulzamiento conceptual de la discriminación impropia. El interino es objeto de un tratamiento desigual respecto al trabajador fijo y respecto a cualquier otro trabajador temporal (y la doble discriminación no ha pasado inadvertida al TJUE pese a la consideración de cierto sector doctrinal y judicial de que el tribunal europeo no ha entendido, quizás por mala exposición de este Tribunal, la, al parecer, sofisticada legislación patria que simplemente separa la causa pactada de la causa sobrevenida. Vamos a ser gráficos: ningún trabajador que como la actora ha prestado servicios ininterrumpidos durante más de siete años desde el 25/04/06 al 06/06/13 puede ver por causa ajena a su voluntad extinguido su contrato a iniciativa empresarial sin indemnización alguna. El trabajador por obra o servicio determinado, por ejemplo, a partir de los tres o cuatro (máximo) años de contrato adquiere la condición de fijo y, por ello,

el derecho indemnizatorio de esta condición (artículo 15.a) del Estatuto de los Trabajadores). Los eventuales en un plazo todavía más corto (artículo 15.b) del Estatuto de los Trabajadores).

Tercero: "Indemnizar a la actora con doce días por año sería discriminarla respecto al resto de los temporales. El contrato de interinaje es pues el instrumento por el que nuestra sofisticada legislación permite, a través del pacto de una temporalidad atemporal, privar a los trabajadores del derecho indemnizatorio que, si no fueran objeto de tal pacto, devengarían sin duda. Y superar esta doble y por lo tanto fuerte discriminación exige que apliquemos el parámetro indemnizatorio como hicimos en la anterior sentencia"

– **STSJ País Vasco 15 de noviembre 2016** (rec. 1990/2016) – de oficio: eficacia directa horizontal del art. 21.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE [un comentario en esta entrada, esta y esta).

– **STSJ Canarias\Las Palmas 23 de enero 2017** (rec. 1248/2016) – de oficio: contrato de interinidad para la sustitución de un trabajador en situación de reserva de puesto de trabajo por movilidad funcional extinguido en abril de 2016. Se adhiere, en lo fundamental, a la argumentación de la STSJ País Vasco 15 de noviembre 2016 (rec. 1990/2016). Esto es: eficacia directa horizontal del art. 21.1 CDFUE. Y, en relación al juicio de comparación, concluye:

"no existiendo razones que justifiquen un trato diferente entre el trabajador accionante y otro comparable con vínculo no temporal, la extinción contractual examinada queda amparada en la indemnización pretendida por la cláusula 4ª.1 arriba reproducida [del Acuerdo Marco], de modo que pese a resultar ajustada al ordenamiento jurídico español conforme al art. 49.1.c) ET, debe ser objeto de indemnización en la misma medida en que procedería conforme a la legislación vigente, en el caso de que concurriera una causa lícita de finalización del contrato de trabajo de un trabajador fijo comparable (supuestos de extinción por causas objetivas del art. 52 ET)".

Volver al Índice

Interinidad para sustituir a trabajadores en período vacacional

– **STSJ País Vasco 22 de noviembre 2016** (rec. 1991/2016) – de oficio: eficacia directa horizontal del art. 21.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

Volver al índice

Obra y servicio

– STSJ Asturias 20 de junio 2017 (rec. 1277/2017): extinción ajustada a derecho de un contrato de obra y servicio y reconocimiento de los 20 días siguiendo la doctrina de la STSJ Asturias 7 de febrero 2017 (rec. 2907/2016).

– SSTSJ País Vasco 12 y 19 de septiembre 2017 (rec. 1509/2017; rec. 1803/2017): extinción ajustada a derecho de contrato temporal por obra y servicio, se reconoce indemnización de 20 días en aplicación de la doctrina "de Diego Porras" siguiendo la doctrina de la sentencia del mismo Tribunal de 18 de octubre de 2016 (rec.1872/2016).

– STSJ Andalucía\Sevilla 5 de julio 2017 (rec. 2268/2016): extinción ajustada a derecho de contrato temporal por obra y servicio, se reconoce indemnización de 20 días porque

"Esta doctrina se viene aplicando a la extinción de otros contratos temporales, a los que quedan equiparados los de los trabajadores indefinidos no fijos, por lo que, incluso debió condenarse al abono de una mayor indemnización"

– SJS núm. 3 Granollers 29 de junio 2017 (núm. 147/2017): extinción ajustada a derecho de contrato temporal por obra y servicio, producida el 30 de septiembre de 2015. Se presenta acción en reclamación de cantidad y se reconoce la indemnización de 20 días (complementando los 12 días inicialmente abonados), siguiendo el planteamiento de las SSTSJ Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 264/2014); País Vasco 18 de octubre y 22 de noviembre 2016 (rec. 1872/2016 y rec. 1991/2016); y Galicia 30 de noviembre 2016 (rec. 3277/2016).

Pronunciamiento revocado por la **STSJ Cataluña 27 de noviembre 2017** (rec. 5656/2017).

– **STSJ Extremadura 21 de marzo 2017** (rec. 37/2017): Extinción ajustada a derecho producida en enero de 2016. En los motivos del recurso se denuncia infracción de la doctrina del TJUE en el caso de Diego Porras. Se reconoce indemnización de 20 días, siguiendo el planteamiento de la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1872/2016)

– **STSJ País Vasco 18 de octubre 2016** (rec. 1872/2016) – de oficio: eficacia directa horizontal del art. 21.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE. [un comentario en esta entrada].

Doctrina seguida en, **SSTSJ País Vasco 20 de junio 2017** (rec. 1221/2017); **4** y **18 de julio 2017** (rec. 1371/2017; rec. 1474/2017); (3) **19 de septiembre 2017** (rec. 1622/2017; rec. 1625/2017; y rec. 1515/2017);

– **STSJ Galicia 30 de noviembre 2016** (rec. 3277/2016) – de oficio: eficacia directa horizontal del art. 21.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

– **SJS nº 1 Avilés 17 de octubre 2016** (núm. 337/2016).

Volver al Índice

Eventual

– **STSJ Castilla y León\Valladolid 26 de diciembre 2017** (rec. 1985/2017): siguiendo la doctrina de la STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017) – ver *infra* – reconoce indemnización de 20 días a extinción ajustada a derecho de un contrato eventual.

– **STSJ País Vasco 22 de noviembre 2016** (rec. 2146/2016): "la demanda, y ahora en la fase de recurso, al solicitarse una calificación de despido improcedente, se estaba solicitando, aunque sea alternativamente, una indemnización correspondiente a 33 días por año. Por ello, si la Sala otorga lo menos, no está siendo incongruente, ya que, en definitiva, atiende parcialmente a la petición del recurrente". Además, hace referencia al reconocimiento de oficio operado por, entre otras, STS 23 de octubre 2013 (rec. 804/2013). En relación a la aplicación de la Directiva 1999/70 afirma: "las sentencias comunitarias son directamente aplicables vinculando de forma efectiva. Pero, aunque no lo fuesen, su interpretación lo que nos está remitiendo es al derecho comunitario, y éste es de interpretación y aplicación directa por los órganos jurisdiccionales". No obstante, destaca que "hubiese sido la aplicación de nuestro ordenamiento el que nos hubiese conducido a la misma conclusión, y la causa de ello proviene de la apreciación y aplicación del art. 14 CE y, traslativamente, del 17 ET en relación al 15 del mismo texto".

Doctrina seguida en, **SSTSJ País Vasco 20 de junio 2017** (rec. 1221/2017); y **28 de noviembre 2017** (rec. 2099/2017).

Volver al Índice

Empresa de Trabajo Temporal

– STSJ País Vasco 6 de junio 2017 (rec. 909/2017): reconocimiento de indemnización de 20 días a la extinción de un contrato de obra y servicio de un trabajador en misión de una ETT en base al principio de igualdad de trato previsto en el art. 5.1 Directiva 2008/104.

Un comentario crítico en esta entrada.

Volver al Índice

No reconocimiento de los 20 días.

Relación laboral especial deportistas profesionales

– **SSTSJ País Vasco 16 de mayo y 5 de diciembre 2017** (rec. 827/2017; rec. 2208/2017): no procede reconocimiento de indemnización *ex* Diego Porras porque

"esa diferencia de trato no se da en los deportistas profesionales, dado que todos ellos son trabajadores con contratos de trabajo de duración temporal (art. 6 del R. Decreto 1006/1985) y, por tanto, la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET , que le ha sido reconocida, no incurre en la diferencia de trato con los trabajadores fijos comparables que prohíbe la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora como anexo en la Directiva 1999/70/CE"

Volver al índice

Prácticas

– **STSJ País Vasco 14 de marzo 2017** (rec. 458/2017): no aplicación doctrina "Diego Porras" a contrato de prácticas porque "no es exportable a los contratos en prácticas, ya que en el caso de estos trabajadores, no hay trabajador fijo comparable".

Volver al índice

Interino

– **STSJ Cantabria 6 de marzo 2017** (rec. 113/2017): extinción ajustada a derecho de un contrato de interinidad producida en junio de 2016. No se plantea en ningún momento la aplicación de la doctrina "de Diego Porras".

Volver al índice

Obra y servicio

– **STSJ Cataluña 27 de noviembre 2017** (rec. 5656/2017): extinción ajustada a derecho de un contrato de obra y servicio. No se reconoce la indemnización de 20 días *ex* "de Diego Porras" porque se entiende que dicha doctrina sólo es predicable respecto de los trabajadores interinos y porque ya se prevé una indemnización de 12 días. También entiende que la naturaleza de la causa extintiva no es coincidente entre los arts. 49.1.c) y las descritas en el art. 52 ET (pues también son aplicables a los contratos temporales). La sentencia que cuenta con un Voto Particular, revoca la **SJS núm. 3 Granollers 29 de junio 2017** (núm. 147/2017) – ver *supra*.

En términos similares, **STSJ Cataluña 23 de noviembre 2017** (rec. 4457/2017)

– **STSJ Madrid 11 de mayo 2017** (rec. 36/2017): extinción de un contrato de obra y servicio en agosto 2015. Se rechaza la aplicación de la doctrina "de Diego Porras" porque

"no estamos ante el caso que se invoca en el motivo, citando la Doctrina Comunitaria del Asunto 'Diego Porras', en donde lo que se solventaba era una cuestión que afectaba a un contrato de interinidad que fue oportunamente extinguido pero sin derecho a indemnización por no venir establecida en nuestra legislación interna. Ahora bien, esa falta de previsión legal, respecto de ese contrato, podría llevarnos, si acaso, a valorar si la ausencia de indemnización implica un trato discriminatorio respecto de los restantes contratos temporales que la tienen otorgada, pero no a la conclusión de aplicar a esa modalidad contractual una indemnización que obedece a causas extintivas particulares y ajenas a la pactadas en el contrato temporal como propias a su naturaleza.

Esto es y como venimos indicado anteriormente, todo contrato temporal puede verse afectado por una causa objetiva de extinción, con derecho a la indemnización que ese suceso lleva aparejada, al igual que la tienen los contratos indefinidos y, por tanto, no hay trato diferenciado alguno en cuanto a los efectos indemnizatorios cuando dichas causas concurren.

Es más, de seguirse esa posición, cabría concluir que la indemnización por extinción en un contrato temporal y en atención a nuestra regulación, sería la propia de esos contratos, es decir, la señalada en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores , pero no existe una razón jurídica para atribuirles la del

artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores , con la que, desde luego, no hay identidad de razón alguna para aplicarla analógicamente , en tanto que la extinción del contrato por llegada del término pactado no se puede equiparar a la extinción por causas no negociadas sino imprevisibles pero objetivas, de naturaleza económica, productiva, organizativa o técnica. Es más, de proceder a esa búsqueda de norma legal equiparable se podría también justificar la razón por la que no es posible acudir a otros supuestos que, para todo contrato, indefinido o temporal, tiene también una previsión indemnizatoria para casos de extinciones provocadas por causas ajenas a la voluntad del empleador, como los supuestos de muerte, jubilación o incapacidad aquel, estableciéndose en esos casos que el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario".

– STSJ Cataluña 20 de febrero 2017 (rec. 7013/2016): extinción de un contrato temporal de obra y servicio en 2015 por finalización de la contrata a la que estaba adscrito. No se aplica "Diego Porras" en virtud del principio de congruencia procesal – sigue la doctrina de la STSJ Cataluña (Pleno) 30 de diciembre 2016 (rec. 3593/2016).

En términos similares, **STSJ Cataluña 9 de junio 2017** (rec. 1753/2017).

– STS 28 de febrero 2017 (rec. 1366/2015). Extinción de contrato de obra o servicio vinculados a la duración de una contrata calificados como ajustados a derecho. No se aplica de oficio (ni se cita) la doctrina "Diego Porras".

– STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016 (rec. 1539/2016). La Directiva 1999/70 no tiene efecto directo horizontal entre particulares. [un comentario en esta entrada].

Volver al Índice

Eventual

– **SJS núm. 2 Terrassa 27 de marzo 2017** (núm. 97/2017). Extinción de contrato eventual producida en enero de 2016. Se desestima la indemnización de 20 días porque "de la interpretación del derecho de la Unión Europea que hace el TJUE no se entiende que determine la aplicación de una indemnización diferente a la prevista en el art. 49.1 c) del ET". Tras citar el principio de igualdad del art. 15.6 ET afirma

"la declaración interpretativa del TJUE en el marco de nuestro ordenamiento jurídico deviene meramente programática, pues en nuestra legislación no hay situación comparable en que se dé un trato desigual entre indefinidos y temporales por ese motivo, sin que sea cierto que en todo caso la extinción de un contrato indefinido conlleve el abono de indemnización, pues los sometidos a condición resolutoria del art. 49.1 b) del ET –'Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario'- no generan derecho legal a indemnización; y sin que estos efectos sea comparable ni a esa situación –que paradójicamente pone en mejor condición al temporal que al indefinido- ya que no es lo mismo el cumplimiento de una condición que la llegada al término pactado; ni tampoco a las causas objetivas de extinción (art. 51 ET) pues el propio TJUE ha excluido del cómputo para el cálculo de los umbrales del despido colectivo la extinción de válidos contratos temporales (STJUE 13/05/2015 asunto C-392/13 Rabal Cañas –apartado 63 en cuanto indica 'En efecto, tales contratos no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados'-)".

Volver al Índice

C. "Diego Porras": sentencias Personal Laboral sector "público"

Reconocimiento de los 20 días

Interino

– **SSTSJ País Vasco** (2) **7 de noviembre 2017** (rec. 1830/2017; rec. 1875/2017): extinción ajustada a derecho de intérprete de lenguaje de signos del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del País Vasco. Reconoce indemnización siguiendo la doctrina de las SSTSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1690/2016); y 19 de septiembre de 2017 (rec. 1625/2017).

En términos similares, **SSTSJ País Vasco 29 de septiembre 2017** (rec. 1705/2017); (3) **7**, (4) **14**, (3) **21** y (2) **28 de noviembre 2017** (rec. 1995/2017; rec. 1986/2017; rec. 1962/2017; rec. 2014/2017; rec. 2064/2017; rec. 2062/2017; rec. 2099/2017; rec. 2128/2017; rec. 2143/2017; rec. 2102/2017; rec. 2108/2017; y rec. 2247/2017); **5**, **11**, **12** y **19 de diciembre 2017** (rec. 2194/2017; rec. 2195/2017; rec. 2322/2017; rec. 2356/2017); *Nuevo!* **13 de marzo 2018** (rec. 191/2018).

– **STSJ Canarias\Tenerife 17 de noviembre 2017** (rec. 451/2017): extinción ajustada a derecho de trabajadora interina de AENA. Se reconoce indemnización de 20 días.

– STSJ Andalucía\Sevilla 7 de junio 2017 (rec. 2093/2016): extinción ajustada a derecho de trabajador interino por vacante del INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y FORMACIÓN AGRARIA Y PESQUERA, tras rechazar la aplicación de la doctrina de la STS 15 de junio 2015 (rec. 2924/2014) y de la STS 28 de marzo 2017 – porque se refieren a trabajadores indefinidos no fijos – reconoce de oficio los 20 días porque

"debe entenderse que la situación laboral del recurrente es comparable a la de un trabajador indefinido en cuanto en principio no consta en la declaración de hechos probados que deba realizar funciones, tareas y cometidos distintos de los de un peón especializado con vinculación fija o indefinida"

– **STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017** (rec. 1503/2017): extinción ajustada a derecho de trabajador interino (bombero) de AENA por incorporación del trabajador fijo. Aplica "de Diego Porras" por vulneración del principio de igualdad de trato (art. 20 CDFUE) y no del 21 (no discriminación).

La sentencia no entra a valorar si "AENA S.A. es una empresa privada, esto es, si a efectos de la doctrina sobre el valor de las Directivas una empresa pública, con forma de sociedad, como es AENA, debe ser considerada como Estado (en el sentido del Derecho internacional)". Estima que esta "cuestión no precisa ser resuelta desde el momento en que, como veremos, la doctrina dimanante de la sentencia de Diego es aplicable directamente, a juicio de la Sala, a las empresas privadas". Especialmente, por lo siguiente:

"la diferencia de trato resulta de la diferente regulación legal de la extinción del contrato para los trabajadores temporales y fijos, en lo relativo a la indemnización, ante circunstancias análogas, de manera que un mismo hecho (como puede ser la extinción de una contrata o la redundancia de un puesto de trabajo ante la presencia de dos o más titulares del mismo) justifica tanto la extinción de un contrato temporal, pero sin indemnización o con indemnización de doce días por año, como la extinción de un contrato fijo por la vía del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores , con indemnización de veinte días por año. Esa diferencia de trato está inserta en la regulación legal contenida en los artículos 15 , 49 , 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores . Por tanto si la diferencia de trato es imputable a la norma legal, nos hallamos en el marco del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales y la misma es aplicable porque estamos ante la interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70/CE (artículo 52 de la Carta, en relación con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea)".

En términos similares, para la sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, ver **STSJ Castilla y León\Valladolid 19 de octubre 2017** (rec. 1214/2017); e incluyendo la doctrina del caso Vega González (C-158/2016), **STSJ CyL\Valladolid 22 de enero 2018**(rec. 2035/2017).

Un comentario crítico en esta entrada

– STSJ Galicia 18 de octubre 2017 (rec. 2138/2017): Aplicación de la doctrina "de Diego Porras" y reconocimiento de indemnización de 20 días en extinción ajustada a derecho de un contrato de

interinidad por vacante de una limpiadora de un Instituto Público por incorporación de la titular, en base a la aplicación horizontal directa de la Directiva.

– **STSJ Castilla y León\Burgos 2 de octubre 2017** (rec. 547/2017): reconocimiento de indemnización de 20 días en reclamación de cantidad a trabajadora interina por sustitución de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

En términos similares, **STSJ Castilla y León\Burgos 31 de octubre 2017** (rec. 607/2017):

– STSJ Castilla y León\Valladolid 27 de septiembre 2017 (rec. 1075/2017): reconocimiento de indemnización de 20 días a trabajadora interina por sustitución de la Diputación Provincial de Palencia. La sentencia, a pesar de que se hace eco de las palabras del Presidente del TJUE, Koen Lenaerts, una vez verificado el efecto vertical de Directiva, acaba aplicando la doctrina "de Diego Porras" (cita a la sentencia de la misma sede 26 de junio de 2017, Rec. 590/2017 – ver infra).

– **STSJ Castilla y León\Burgos 20 de septiembre 2017** (rec. 514/2017): reconocimiento de indemnización de 20 días a trabajadora interina por sustitución de Correos, aplicando (discutiblemente) la doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) que, recuérdese, reconoce indemnización de 20 días a las coberturas de vacante de los indefinidos no fijos sin acudir a la doctrina "de Diego Porras" (ver al respecto en este enlace).

– **STSJ Madrid 20 de julio 2017** (rec. 715/2017): extinción ajustada a derecho de un trabajador interino por vacante de la Consejería de Políticas Sociales y Familia. Pese a exponer sus dudas sobre la fundamentación del caso "de Diego Porras" afirma que

"no creemos posible que este Tribunal plantee nueva cuestión prejudicial sobre la materia, puesto que la solución que entendemos más acorde (igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, conforme a los criterios del art. 49.1.c) ET) no puede ser suscitada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en función de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE".

Finalmente, acaba reconociendo la indemnización de 20 días dada la similitud con el caso "de Diego Porras" y el criterio mantenido por el TJUE.

Siguiendo la misma argumentación **SSTSJ Madrid 20 de julio 2017** (rec. 544/2017); (2) **25 de septiembre 2017** (rec. 653/2017 y rec. 667/2017); **16 de octubre 2017** (rec. 730/2017); **3**, **6** y **30 de noviembre 2017** (rec. 819/2017; rec. 373/2017; rec. 705/2017); y .

– STSJ Castilla y León/Burgos 30 de junio 2017 (rec. 417/2017): extinción ajustada a derecho de trabajadora interina del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social de la Consejería de Sanidad de la Junta de CyL. Tras resumir los aspectos más relevantes de la sentencia del TJUE en el caso "de Diego Porras", para reconocer la indemnización de 20 días, afirma:

"La Sala concluye que existe mayor analogía por identidad de razón, art. 4 del CC , en el caso que nos ocupa de la extinción de la relación laboral de la recurrente (que no olvidemos que prestó sus servicios para una Administración Pública) con los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que cesan su relación por cobertura definitiva de la plaza, que con la extinción por transcurso del plazo de los contratos temporales ordinarios, toda vez que, como dijimos, nuestra legislación nacional excluye expresamente a los contratos de interinidad de la indemnización establecida para estos.

Dicho lo anterior debemos establecer la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, como lo hace la actual jurisprudencia para aquellos trabajadores indefinidos no fijos cuya relación se extingue por cobertura reglamentaria de su plaza véase, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017".

En términos similares, **STSJ CyL\Burgos 24 y 31 de enero 2018** (rec. 755/2017; rec. 751/2017).

– **STSJ Galicia 30 de junio 2017** (rec. 773/2017): extinción ajustada a derecho de trabajador interino por sustitución del IMSERSO y reconocimiento de indemnización de 20 días. Se entiende que:

“nos encontramos en un supuesto de eficacia directa vertical frente al Estado de una directiva indebidamente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, y en tales casos, se ha admitido sin necesidad de acudir a otras vías, como la de la interpretación conforme tal eficacia directa”.

– STSJ Asturias 29 de junio 2017 (rec. 1617/2017): cese por cobertura reglamentaria de la plaza de interino que presta servicios para el Organismo Autónomo del Principado de Asturias “Establecimientos Residenciales de Ancianos”. Para reconocer la indemnización sigue planteamiento de la STSJ Galicia 8 de mayo 2017 (rec. 981/2017).

En términos similares, **SSTSJ Asturias** (4) **29 de junio 2017** (rec. 1287/2017; rec. 1288/2017; 1298/2017; y 1290/2017); y (2) **11 y 27 de julio 2017** (rec. 1291/2017; rec. 1292/2017; y rec. 1293/2017); **28 de noviembre 2017** (rec. 2520/2017); (2) **5 de diciembre 2017** (rec. 2444/2017; rec. 2476/2017); y *Nuevo!* **6 de febrero 2018** (rec. 3026/2017).

– STSJ Andalucía\Málaga 15 de marzo 2017 (rec. 214/2017): extinción ajustada a derecho de trabajadora interina contratada por la Junta de Andalucía, Consejería de Educación, Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte en Málaga para para sustituir a otra trabajadora ausente a causa de maternidad. Se reconoce indemnización de 20 días, sin que se aprecie vulneración del principio de congruencia, afirmando que “la sentencia del TJUE no ha creado nuevo derecho hasta entonces inexistente, sino que lo que ha hecho ha sido evidenciar el trato desigual por lo que, el análisis de la indemnización que corresponda por la válida extinción del contrato temporal deberá ser objeto de respuesta judicial salvando el trato desigual y discriminatorio respecto de un trabajador fijo comparable”.

En términos similares, **SSTSJ Andalucía\Málaga 13 de diciembre 2017** (rec. 1368/2017); *Nuevo!* **22 de noviembre 2017** (rec. 1689/2017); y *Nuevo!* **Granada 1** y **21 de diciembre 2017** (rec. 1492/2017; y rec. 1566/2017).

– STSJ Castilla y León\Valladolid 17 de abril 2017 (rec. 403/2017), extinción ajustada a derecho de trabajador interino de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León. Alega la entidad recurrente que el plazo para el ejercicio de la acción de despido ha caducado y debía haber sido apreciado de oficio. Se desestima porque “la acción ejercitada en este caso no es una acción de despido, por lo que no le es aplicable el plazo de caducidad alegado”. Y se añade:

“Es posible que la doctrina del tribunal europeo lleve a una equiparación completa entre trabajadores temporales y fijos en todo el régimen indemnizatorio de la extinción contractual, lo que pudiera incluir consecuencias como la declaración de improcedencia por falta de puesta a disposición de la indemnización pertinente, pero desde luego esta Sala, ante un planteamiento de esta índole, muy probablemente elevaría cuestión prejudicial para indagar la oportuna interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión al respecto. Algo que no procede hacer ahora cuando el recurso ni siquiera llega a fundamentar mínimamente toda esta cuestión”

– **STSJ Galicia 8 de mayo 2017** (rec. 981/2017), cese ajustado a derecho de trabajadora interina (auxiliar de enfermería) de la Residencia de Maiores de O Carballiño, de la Conselleria de Política Social, en virtud de reincorporación de la trabajadora a la que sustituía producida en julio de 2016. El TSJ ratifica la indemnización de 20 días reconocida en la instancia, siguiendo el planteamiento de la STSJ Galicia 17 de febrero 2017 (rec. 4819/2016), no sin afirmar que

“Aunque ciertamente la cuestión que se plantea en el recurso de la Xunta no está exenta de cierta controversia, singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos – la conocida como caso De Diego Porras,- ‘no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema’”.

En términos similares, **SSTSJ Galicia 12 de diciembre 2017** (rec. 2517/2017); y **12 de enero 2018** (rec. 3408/2017).

– **STSJ Madrid 8 de mayo 2017** (rec. 87/2017), cese por cobertura reglamentaria de la plaza, mediante proceso extraordinario de consolidación de empleo, de una trabajadora interina de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. La sentencia, tras determinar que el contenido del art. 70 EBEP no es aplicable a este caso (debiéndose sujetar a la DT4ª) y, además, que el EPEB no puede tener efectos retroactivos a relaciones iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor, niega que la relación pueda ser calificada como indefinida (no fija) y declara la extinción ajustada a derecho. En cuanto al importe de la indemnización por extinción del contrato, asumiendo la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 en las relaciones laborales que mantiene la Comunidad de Madrid con sus trabajadores y tras rechazar la formulación de una cuestión prejudicial, acaba aplicando la doctrina "Diego Porras" (aunque "ese planteamiento jurídico nos suscita serias dudas"). La sentencia cuenta con un interesante y muy consistente voto particular.

Un comentario crítico en esta entrada.

En términos similares, **SSTSJ Madrid 29 de mayo 2017** (rec. 318/2017); **3 de julio 2017** (rec. 462/2017); **17 de julio 2017** (rec. 520/2017); y **11 de septiembre 2017** (rec. 564/2017); **20**, (2) **22** y **29 de septiembre 2017** (rec. 713/2017, rec. 561/2017, rec. 607/2017 y rec. 609/2017); **2,** (2) **10**, **11**, **13**, **16**, **20**, **26**, (3) **27** y (2) **30 de octubre 2017**(rec. 683/2017; rec. 812/2017; rec. 794/2017; rec. 806/2017; rec. 674/2017; rec. 698/2017; rec. 679/2017; rec. 488/2017; rec. 734/2017; rec. 744/2017; rec. 722/2017; rec. 767/2017; y rec. 933/2017); **16** y (4) **24 de noviembre 2017** (rec. 569/2017; rec. 304/2017; rec. 863/2017; rec. 808/2017; rec. 868/2017); **1**, (3) **7**, **13**, **19 y** (3) **22 de diciembre 2017** (rec. 859/2017; rec. 886/2017; rec. 872/2017; rec. 853/2017; rec. 707/2017; rec. 918/2017; rec. 973/2017; rec. 938/2017; rec. 945/2017); y **Andalucía\Sevilla 4 de octubre 2017** (rec. 1334/2017); **8 y 23 de noviembre 2017**(rec. 3582/2016; y rec. 3696/2016).

– STSJ Castilla y León\Valladolid 22 de marzo 2017 (rec. 215/2017), cese por cobertura reglamentaria de la plaza de una trabajadora interina de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León (sin que el Tribunal entre a valorar si cabría calificarla de indefinida no fija – pues, el método de extinción en uno y otro caso son idénticos). La extinción se entiende ajustada a derecho.

La sentencia reconoce la indemnización de 20 días porque, aunque en el suplico de la demanda la trabajadora pedía que se declarase la improcedencia del despido y se condenase a la empleadora a asumir las consecuencias legales de tal declaración, en la ampliación de la demanda, solicita que se declare la procedencia de la extinción del contrato con derecho a la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de una anualidad. Por tanto, "en este caso no se cambia sustancialmente la pretensión, sino que en la posterior ampliación la trabajadora pide menos de lo que pedía en la demanda inicial".

– STSJ Asturias 14 de febrero 2017 (rec. 2966/2016), extinción ajustada a derecho de interino por vacante del Servicio de Salud del Principado de Asturias, producido en mayo de 2016. Ante la alegación del empleador de que se ha vulnerado el art. 72 LRJS, el TSJ entiende que este precepto "permite introducir variaciones en la demanda en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad, como es el caso pues según consta en la sentencia la demanda se presentó el 19 de julio de 2016 , momento en el que no se había dictado la sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2016 y que dio pie a la parte actora para introducir la solicitud de indemnización de 20 días de salario por año de servicio, por lo que esta variación en la demanda estaba amparada en la citada norma procesal. Además el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial es claro cuando afirma que los jueces y tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

El TSJ confirma la indemnización de 20 días, porque se trata de un trabajador

"que durante más de cinco años consecutivos ha venido ocupando el mismo puesto de trabajo, en tanto se cubría la plaza vacante de forma definitiva, entendiéndose por ello que concurrían en el demandante los requisitos de formación necesarios para acceder al puesto de trabajo de médico hematólogo en el HOA, así como que durante este largo período de tiempo efectuaba el mismo trabajo que la persona que

vino a ocupar el puesto de trabajo de forma permanente, un puesto de trabajo idéntico, 'habida cuenta de su cualificación y las tareas a desempeñar', debiendo, en consecuencia, aplicársele también las mismas condiciones de trabajo que a ésta pues, como se acaba de exponer, 'ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, razones objetivas', que pudiera justificar este trato diferenciado. Por otra parte, la asimilación resultante de la jurisprudencia del TJUE entre la extinción del contrato por causas objetivas del Art. 52 ET y el cumplimiento de la condición de interinidad conlleva la equiparación de la indemnización, debiendo, en consecuencia, ser indemnizado el trabajador a la expiración de su contrato a razón de 20 días de salario por año de servicio".

– SJS núm. 4 de Valladolid 27 de marzo 2017 (núm. 74/2017). Reclamación de cantidad (sin discutir la causa de extinción) de una interina por sustitución de una trabajadora con reserva de puesto de trabajo de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de CyL, cuyo cese se produce el 3/12/2015 y reclama el 22/11/2016. Se concede la indemnización de 20 días en virtud de la doctrina "de Diego Porras", afirmando que la reincorporación es

"una causa que perfectamente puede asimilarse al supuesto de causa productiva u organizativa que justificaría una extinción contractual al amparo del artículo 52 ET, puesto que en tal supuesto el puesto de trabajo ocupado por el trabajador desaparece por reincorporarse su titular, produciéndose un excedente por duplicidad, sin que el trabajador tenga derecho a la recolocación en otro puesto de trabajo que pueda haber vacante en la empresa en el marco de las causas productivas y organizativas (…).

Por tanto sería otro supuesto en el que la causa objetiva del artículo 52 ET se ha extraído de dicho régimen legal por la vía de convertir la misma en un supuesto de temporalidad ('condición objetiva' a la que se vincula la duración del contrato). Y sería aplicable por tanto el régimen de indemnización extintiva del art. 53 ET".

Más allá de esta argumentación, una de las conclusiones a destacar de la sentencia (teniendo en cuenta las circunstancias del caso) es que sostiene que la STJUE de septiembre de 2016

"ha venido a equiparar el derecho de los funcionarios interinos al del resto de trabajadores tras la finalización de su contrato".

– STSJ Galicia 17 de febrero 2017 (rec. 4819/2016) Extinción ajustada a derecho de trabajador interino de la Conselleria do Medio Rural e do Mar producida en febrero de 2016. Aplica la doctrina de Diego Porras (dado el efecto vertical de la Directiva), "manifestándose como única dificultad la congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que quien pide lo más, pide lo menos ; y ello, es aplicable sin duda en el campo laboral (para todas, STS 31/10/03, rcud 17/02). Es decir, quien reivindica una indemnización de 45 ó 33 días por año de servicio, según los casos, igualmente está solicitando una suma inferior por ese mismo concepto en la práctica (20 días). De ahí la jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente (SSTS 14/10/13, rcud 68/13; 24/06/14, rcud 217/13; y 06/10/15, rcud 2592/14)".

En términos similares, **STSJ Galicia 19 de octubre 2017** (rec. 3303/2017)

– SJS Bilbao núm. 8 de 15 de marzo 2017 (núm. 98/2017) – reconocimiento de 20 días a una trabajadora interina por vacante durante 9 años del Instituto Foral de Asistencia Social de la Diputación Foral de Vizcaya. Aplica doctrina de la SSTSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1690/2016); y Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 264/2014).

– SJS núm. 1 Vitoria 7 de marzo 2017 (núm. 51/2017) – Reconocimiento indemnización de 20 días a trabajador interino del Servicio Vasco de Salud que sustituye a un trabajador con reserva del puesto de trabajo, cuyo contrato se extingue en diciembre de 2015 (por acceder la sustituida a la situación de jubilación especial). Aplica doctrina de la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1690/2016).

– STSJ Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 264/2014) – respuesta al caso "de Diego Porras". [un comentario en esta entrada].

– **STSJ Asturias 2 de noviembre 2016** (rec. 1904/2016) – cobertura reglamentaria de plaza de interina por vacante (reconocimiento de oficio, aunque no se cuestiona la cuestión procesal): "aunque ciertamente el legislador nacional distingue entre la extinción del contrato por cumplimiento del término y por resolución causal", en este supuesto, la similitud con el caso "de Diego Porras" lleva a aplicar "también las mismas condiciones de trabajo que a ésta".

– **SJS n° 2 Salamanca 29 de diciembre 2016** (num. 317/16). Trabajador interino que presta servicios para la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León desde el 17 de octubre de 2005 con categoría profesional de auxiliar de carreteras-vigilante de explotación. Es cesado el 17-5-16, presentando demanda de reclamación de cantidad el 2-11-16. No impugna el cese por entender que constituya un despido sino que reclama la indemnización establecida legalmente en el art.53.1 ET para los despidos objetivos procedentes en base a la sentencia del TJUE, así como la indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso.

La sentencia, tras citar alguna de las sentencias en suplicación, entiende que "teniendo en cuenta que no se cuestiona la finalización del contrato y que estamos ante un supuesto de extinción del contrato por concurrir causa válida no es necesario, al igual que no se exige ni para reclamar la indemnización por despido objetivo procedente a los trabajadores fijos ni en la indemnización por fin de otros contratos temporales se entiende adecuado el procedimiento de reclamación de cantidad instado por la parte actora, proceso que no está sujeto al plazo de caducidad de 20 días desde el cese y por ello procede rechazar la excepción invocada".

No reconoce indemnización por falta de preaviso porque la "equiparación se ha efectuado exclusivamente a efectos de la indemnización por fin de contrato no para el resto de requisitos formales que exige el art. 53 ET para los despidos por causas objetivas".

Volver al Índice

Obra y servicio

– **SJS núm. 1 Vitoria, 12 de enero 2017** (JUR 2017\44500), extinción ajustada a derecho de un contrato de obra y servicio (realización de un proyecto de investigación) de la Fundación Vasca de Innovación e Investigación Sanitaria reconoce la indemnización de 20 días siguiendo el planteamiento de la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (núm. 1690/16).

– **STSJ País Vasco 18 de octubre 2016** (núm. 1690/16) – de oficio. [un comentario en esta entrada y esta].

En términos similares, **SSTSJ País Vasco 10 de octubre 2017** (rec. 1752/2017); y (3) **24 de octubre 2017** (rec. 1881/2017; rec. 1871/2017; rec. 1938/2017); y **7** y **28 de noviembre 2017** (rec. 1926/2017; rec. 2180/2017).

Volver al Índice

Eventual

– **STSJ Castilla y León\Valladolid 4 de diciembre 2017** (rec. 1447/2017): reconoce indemnización de 20 días a extinción ajustada a derecho de trabajador eventual de Correos. Sigue doctrina de SSTSJ Castilla y León\Valladolid 4 de octubre 2017 (rec. 1503/2017); y \Burgos 31 de octubre 2017 (rec. 607/2017).

– **STSJ Andalucía\Málaga (3) 16 de noviembre 2016** (rec. 1515/2016; rec. 1411/2016; y1564/2016) Ayuntamiento de Marbella – de oficio. [un comentario en esta entrada].

– **STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016** (rec. 1532/2016) Ciudad Autónoma de Melilla – de oficio.

– **STSJ Andalucía\Málaga 11 de enero 2017** (rec. 1827/2016) Ayuntamiento de Marbella – de oficio.

Volver al Índice

Profesores Universitarios

– **STSJ Cataluña 13 de noviembre 2017** (rec. 5724/2017): Reconocimiento de indemnización *ex* Diego Porras a profesora interina de la Universidad de Barcelona por cobertura reglamentaria de la plaza.

– **STSJ Castilla y León\Valladolid 18 de septiembre 2017** (rec. 521/2017), reconocimiento de indemnización a profesora ayudante doctor y que ha formalizado numerosos contratos de duración determinada con anterioridad con la Universidad de Valladolid (desde 1986), en base a la doctrina del TJUE en el caso "de Diego Porras" y de la doctrina de la STS 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015) que, recuérdese, aplica la doctrina "Pérez López" a la contratación sucesiva de profesores universitarios (ver al respecto en este enlace).

Volver al índice

Contrato de relevo

– STSJ Andalucía\Málaga 12 de julio 2017 (rec. 993/2017): Reconocimiento de indemnización de 20 días (sigue la doctrina de la STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016 (rec. 1411/2016) – ver *supra*.

– **STSJ Castilla y León\Valladolid 26 de octubre 2017** (rec. 1402/2017). Obiter dicta, y tras rechazar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, entiende que la aplicación de la doctrina "de Diego Porras" sería aplicable a la finalización de un contrato de relevo.

– **STSJ Castilla y León\Valladolid 26 de junio 2017** (rec. 590/2017): reconocimiento de indemnización de 20 días en aplicación de la doctrina "de Diego Porras" a extinción de contrato de relevo formalizado por el Ayuntamiento de León. No se vulnera el principio de correspondencia porque "fijar la indemnización correspondiente a dicha extinción no altera esencialmente la naturaleza de la acción ni modifica los términos del debate". En cuanto al fondo se sostiene que

"al estar referida la respuesta del TJUE a todos los contratos temporales, nos encontramos ante un 'acto claro' a efectos de excluir la necesidad del planteamiento de nueva cuestión prejudicial debido a la imposibilidad de realizar una 'interpretación conforme' para supuestos como el que ahora se analiza es decir, la extinción del contrato temporal (de relevo) válidamente celebrado al venir fijada por la norma nacional [artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores] una indemnización de 12 días de salario por año de servicio"

Doctrina seguida por la **SSTSJ Castilla y León\Valladolid 23 de octubre 2017** (rec. 1477/2017); y **6 de noviembre 2017** (rec. 1763/2017). En términos similares, **SSTSJ Castilla y León\Valladolid 27 de noviembre 2017** (rec. 1771/2017); y **4 de diciembre 2017** (rec. 1405/2017).

– **STSJ País Vasco 13 de junio 2017** (rec. 1108/2017): reconocimiento de indemnización de 20 días en aplicación de la doctrina "de Diego Porras" a extinción de contrato de relevo formalizado en un Ayuntamiento. Se entiende que "existe una relación que llama de 'conexión' entre el contrato de trabajo a tiempo parcial del trabajador jubilado parcialmente y el contrato del relevista. Tal relación se enfatiza que es una relación de conexión, que no de dependencia, con lo que se quiere decir que la Ley parte de la idea de coordinar ambos, sin que ello lleve a la idea de que uno esté subordinado al otro".

A su vez, en aras a determinar si existe una razón objetiva (objetivo legítimo) que justifique un trato diferenciado, "si bien es legítima la apuntada doble posibilidad del contrato de relevo en orden a su duración [temporal/indefinido], en nada contribuye a ninguna de esas dos finalidades el que se suscriba el mismo con contrato temporal". De modo que "temporalidad del contrato no es el único medio o en términos de la sentencia De Diego Porras medio 'indispensable' a efectos de cubrir uno u otro objetivos, pues a la posibilidad de cubrir los objetivos con contrato temporal con concreta duración, se enfrente la alternativa -igualmente legítima por legal- de la contratación indefinida. Por tanto, entendemos que no se da condición de necesidad de que haya que acudirse a la contratación temporal para cubrir tal objetivo legítimo".

La sentencia también argumenta la no necesidad de plantear una cuestión prejudicial.

En términos similares, **STSJ País Vasco 13 de septiembre 2017** (rec. 1623/2017); y **24 de octubre 2017** (rec. 1865/2017); **7**, **14** y **21 de noviembre 2017** (rec. 1964/2017; rec. 2059/2017; rec. 2103/2017); **5**, **12** y (2) **19 de diciembre 2017** (rec. 2274/2017; rec. 2325/2017; rec. 2283/2017; rec. 2327/2017).

Volver al Índice

Indefinido no fijo

– **STSJ País Vasco 28 de marzo 2017** (rec. 473/2017); extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinido no fijo. Se reconoce indemnización de 20 días porque concurren todos los requisitos para la aplicación de la doctrina comunitaria y añade que "la reflexión jurídica que debemos realizar es que el planteamiento idóneo de esta cuestión es que hubiese sido la aplicación de nuestro ordenamiento directamente el que nos hubiese conducido a la misma conclusión que obtiene el TJUE y la causa de ello proviene de la apreciación y aplicación del art. 14 CE y, traslativamente, del 17 ET".

– **STSJ Galicia 17 de mayo 2017** (rec. 5320/2016), extinción por cobertura reglamentaria de trabajador indefinido no fijo de la Conselleria de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia (producida en mayo de 2015). Reconoce la indemnización de 20 días en base a la doctrina del TJUE Huétor Vega y Diego Porras (omite cualquier referencia a los aspectos procesales).

– STSJ Galicia 10 de mayo 2017 (rec. 717/2017), extinción por cobertura reglamentaria de trabajador indefinido no fijo de la Conselleria de Economia e Industria de la Xunta de Galicia. Reconoce la indemnización de 20 días en base a la STS 13 de octubre 2013 y al criterio de quien pide lo más pide lo menos.

– **STSJ Asturias 21 de marzo 2017** (rec. 493/2017), extinción por cobertura reglamentaria de la plaza en abril de 2016 de contrato de una interina por vacante del Organismo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, calificada como indefinida no fija (por superación del plazo *ex* art. 70 EBEP) – aunque poco después es declarada en IP total. Aplicando la doctrina de la STS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014), que cita el caso Huétor Vega del TJUE, y adaptándola a la doctrina "de Diego Porras", se reconoce de oficio la indemnización de 20 días. El TSJ no estima que esté incurriendo en incongruencia (porque así se desprende de la doctrina de la STS 18 de abril 2016, rec. 1921/2014: "se trata de un procedimiento de despido en el que lo que se discute es únicamente, como se ha dicho, su calificación, siendo la indemnización una mera consecuencia o añadido al pronunciamiento que se insta del órgano judicial. Siguiendo esta doctrina, la indemnización que corresponde por la calificación del cese reglamentario de la trabajadora puede ser fijada por este Tribunal, a partir de la petición indemnizatoria superior que se plantea en la demanda").

– STSJ Galicia 30 de enero 2017 (rec. 4245/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza (en octubre de 2015) – de oficio (sigue la argumentación de la STSJ Galicia 26 de octubre 2016, rec. 2059/2016).

– **STSJ Galicia 17 de enero 2017** (rec. 3864/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza (en octubre 2015) – de oficio (fundamentación escueta, remisión a STSJ Galicia 26 de octubre 2016, rec. 2059/2016).

– STSJ Asturias 8 de noviembre 2016 (rec. 2142/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza – de oficio.

– **STSJ Galicia 26 de octubre 2016** (rec. 2059/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza – de oficio (cita la STS 31 de marzo 2015, rec. 2156/2014).

Volver al Índice

Reconocimiento de 20 días sin seguir "Diego Porras"

Indefinidos no fijos

– **STS 28 de marzo 2017** (rec. 1664/2015) [Pleno]: extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización de 20 días, **sin aplicar la doctrina de Diego Porras**. Un comentario en esta entrada.

Doctrina seguida por:

– **SSTS 19 de julio 2017** (rec. 4041/2015)**; 9 y 12 de mayo 2017** (rec. 1806/2015 y rec. 1717/2015); y **22 de febrero 2018** (rec. 68/2016): extinción por cobertura reglamentaria de plaza de indefinido no fijo y reconocimiento de indemnización de 20 días – sigue doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015).

– **SSTSJ Madrid 24 de abril 2017** (rec. 109/2017); **14, 16 y** (2) **19 de junio 2017** (rec. 452/2017; rec. 350/2017, rec. 406/2017, rec. 420/2017); **7, 10, 19** y (2) **20 de julio 2017** (rec. 401/2017; rec. 525/2017; rec. 344/2017; rec. 486/2017; rec. 563/2017); **15** y**22 de septiembre 2017** (rec. 519/2017, rec. 553/2017); **9, 20** y (2) **23 de octubre 2017**(rec. 694/2016; y rec. 661/2017; rec. 770/2017; rec. 758/2017); **3**, **6** y (2) **17 de noviembre 2017** (rec. 819/2017; rec. 236/2017; rec. 836/2017; rec. 831/2017); y **7**, **12**, **22** y **28 de diciembre 2017** (rec. 876/2017; rec. 929/2017; rec. 926/2017; rec. 355/2017); *Nuevo!* (2) **17 de enero 2018** (rec. 794/2017; y rec. 764/2017); **País Vasco 20 de junio 2017** (rec. 1221/2017); y **24 de octubre 2017** (rec. 1853/2017); **Cantabria 5 de diciembre 2017** (rec. 817/2017); y **Asturias 27 de diciembre 2017** (rec. 2549/2017).

– *Nuevo!* **STSJ Navarra 15 de febrero 2018** (rec. 47/2018): reconocimiento de indemnización de 20 días a contrato administrativo temporal por necesidades de personal suscrito de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.c del artículo 29 de la Ley foral 11/992 hasta 31/03/2002 con 11 prórrogas. Durante la vigencia de la última prórroga el contrato administrativo fue novado en fecha 08/02/2007 por un contrato administrativo por cobertura de la vacante plaza. La sentencia estima la competencia de la jurisdicción social y la condición de indefinido no fijo del trabajador.

Interinos

– **STSJ Castilla La Mancha 12 de julio 2017** (rec. 623/2017): reconocimiento de indemnización de 20 días a trabajadora de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha siguiendo la doctrina de la STS 12 de mayo 2017 (rec. 1717/2015) y, por tanto, de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) – relativa, recuérdese, específicamente a los indefinidos no fijos.

En términos similares, **SSTSJ Cantabria 29 de noviembre 2017** (rec. 772/2017); **12 de diciembre 2017** (rec. 893/2017); y **Madrid 16 de octubre 2017** (rec. 541/2017) – cuenta con voto particular; *Nuevo!* (2) **19 de enero 2018** (rec. 972/2017; y rec. 978/2017).

– **STSJ Castilla y León\Burgos 31 de mayo 2017** (rec. 327/2017) reconocimiento de indemnización de 20 días a trabajadora de la Sociedad Estatal de Correos, con contrato de interinidad por sustitución de otro trabajador con reserva a puesto de trabajo (desde el 20-3-03 hasta el 2-10-16), en reclamación de cantidad – sigue doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015).

Volver al Índice

No reconocimiento de los 20 días

Interino por vacante

– **STSJ Madrid 26 de octubre 2017** (rec. 389/2017): cese por cobertura reglamentaria de la plaza de trabajadora interina por vacante de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Tras afirmar que la previsión de la indemnización por terminación de los contratos temporales fue “un intento de lucha contra la precarización del mercado de trabajo” y que esta circunstancia no se produce en el contrato de interinidad por su propia configuración, niega la aplicación de la doctrina “de Diego Porras”, porque

“la decisión del TJUE no debería desvincularse del concreto contexto del asunto que se sometió a su consideración y de los términos en los que la cuestión prejudicial fue formulada. Se trataba de una situación muy diferente de la que sucede en los muy frecuentes procedimientos de los que conocemos, pues la razón de la interinidad fue la sustitución de una trabajadora con derecho a la reserva de puesto de trabajo que se encontraba en excedencia y que, como consecuencia del Real Decreto-ley 20/2012, tuvo que volver a su puesto de trabajo, como tantos otros liberados sindicales.

La causa del reingreso de la trabajadora sustituida, sí nos parece relevante, tanto por súbita, como por producirse de manera completamente independiente de la voluntad de las partes, incluso de la voluntad de la Comunidad de Madrid y de ahí su “objetivación” y de la posibilidad fundada de asimilación con las previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores , al tratarse de una prolongación de los efectos que la aplicación y entrada en vigor el 15 de julio de 2012, del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, trajo consigo.

(…) Por ello, esa objetivación de la causa extintiva tomando como referencia las reguladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (cuya concurrencia sí hubiera otorgado a la trabajadora interina la misma indemnización que si hubiera sido fija), no nos parece posible en este caso, sobre todo cuando el TJUE no distingue el tipo de interinidad al que circunscribe el fallo (se refiere a la interinidad en sentido amplio) y vistos los términos en los que se pronunció su Presidente, una vez dictada la sentencia, parece algo arriesgado entender que la argumentación del Tribunal pueda extenderse a los dos tipos”.

Además, el reconocimiento de la indemnización supondría una interpretación “*contra legem*” (abunda en esta interpretación el hecho de que la trabajadora volviera a ser contratada sin solución de continuidad *ex* STSJ Madrid 5 de junio 2017, rec. 344/2017 – ver a continuación).

En términos similares, **SSTSJ Madrid 30 de octubre 2017** (rec. 424/2017); y (2) **6 de noviembre 2017** (rec. 547/2017; rec. 462/2017);

– **STSJ Madrid 5 de junio 2017** (rec. 344/2017): cese por cobertura reglamentaria de plaza de trabajador interino por vacante de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid. El TSJ no se reconoce la indemnización de 20 días ex “de Diego Porras” porque sin solución de continuidad la trabajadora ha sido contratada de nuevo como interina por vacante. En contra de la pretensión de la trabajadora (que estima que la indemnización está vinculada a cada extinción de contrato) el TSJ sostiene que

“La tesis de la recurrente es inobjetable solo para el supuesto de la reclamación de la indemnización por extinción del contrato temporal de 12 días por año de servicios prevista en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , pues no existe ninguna prevención legal que establezca que la suscripción de un nuevo contrato impida el devengo de la indemnización por extinción de un contrato temporal. Pero lo que se está solicitando es la indemnización de 20 días por año de servicios por aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y dicha sentencia no examina un caso como el actual. En esa resolución se examina el supuesto de extinción de un contrato de interinidad no seguida de nueva contratación, y no puede ser indiferente el dato de que materialmente la relación temporal continúe, aunque sea mediante la suscripción de un nuevo contrato de interinidad. Siendo así, no cabe en el caso actual la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. La situación no es idéntica, pues es claro que si a un trabajador fijo se le extingue el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se le contrata al día siguiente nuevamente. La nueva contratación de la actora introduce un elemento relevante que impide efectuar la comparación apreciando desigualdad de trato. No se ha infringido, en consecuencia, la doctrina de la citada sentencia del TJUE, y siendo ésta la única infracción alegada, se ha de desestimar el recurso”.

En términos similares, **SSTSJ Madrid 12** y **17 de junio 2017** (rec. 374/2017; y rec. 551/2017); **25 de septiembre 2017** (rec. 639/2017); **5**, **23** y **26 de octubre 2017** (rec. 426/2016; rec. 1008/2017; rec. 389/2017); (3) **6**, (2) **15** y **24 de noviembre 2017** (rec. 547/2017; rec. 769/2017; rec. 772/2017; rec. 881/2017; rec. 874/2017; y rec. 829/2017); y *Nuevo!* **19 de enero 2018** (rec. 981/2017).

Un comentario crítico a esta doctrina en esta entrada

En contra, **SSTSJ País Vasco 18 de julio 2017** (rec. 1474/2017); y **19 de diciembre 2017**(rec. 2306/2017); **Madrid** (2) **20 de octubre 2017** (rec. 679/2017; y rec. 665/2017); **1**, **7** y **22 de diciembre 2017** (rec. 827/2017; rec. 874/2017; rec. 933/2017); y *Nuevo!* **19 de enero 2018** (rec. 964/2017); y *Nuevo!* **23 de febrero 2018** (rec. 1133/2017).

– STSJ Madrid 7 de junio 2017 (rec. 449/2017): cese por cobertura reglamentaria de plaza de trabajador interino por vacante de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. Tras reconocerse en la instancia una indemnización de 12 días, se rechaza el abono de una indemnización de 20 días, a pesar de entender que la doctrina "de Diego Porras" es aplicable, porque

"dado que la denuncia jurídica que estamos examinado lo es en exclusiva por la Entidad recurrente sin que el trabajador demandante hubiera formalizado recurso alguno, la sentencia de instancia ha devenido firme para el trabajador, sin que esta Sala se pueda pronunciar sobre si procede una indemnización superior a la fijada en la resolución que se impugna tal y como se resolvió en la sentencia antes citadas dictada por esta Sala entre otras, pues ello supondría incurrir en incongruencia extra petita; procede la desestimación del recurso y confirmar la sentencia recurrida".

En términos similares, **SSTSJ Madrid** (3) **5** y **12 de julio 2017** (rec. 499/2017, rec. 555/2017, rec. 573/2017 y rec. 617/2017); (3) **13** y **20 de septiembre 2017** (rec. 392/2017; rec. 407/2017; rec. 738/2017; y rec. 421/2017); (3) **4, 18** y **30 de octubre 2017**(rec. 471/2017; rec. 486/2017; rec. 467/2017; rec. 825/2017; y rec. 564/2017); **15** y **22 de noviembre 2017** (rec. 583/2017; rec. 613/2017); **13 de diciembre 2017** (rec. 690/2017); **10 de enero 2018** (rec. 698/2017).

– STSJ Madrid 19 de mayo 2017 (rec. 223/2017): no se reconoce indemnización de 20 días a extinción de interina por vacante del Hospital General Universitario Gregorio Marañón porque sin solución de continuidad ha sido nombrada personal estatutario eventual con reconocimiento "de todos los servicios previos prestados como interina por vacante a efectos de antigüedad". Circunstancia que

"hace que no sean de aplicación al caso las sentencias invocadas por la demandante, cuya petición de indemnización de 20 días deviene así carente de fundamento, al menos en el actual momento, sin perjuicio de que en un futuro, cuando cese definitivamente como eventual estatutaria, tenga derecho a la indemnización que en Derecho le pudiera corresponder"

– SJS nº 20 Barcelona 7 de diciembre 16 (núm. 223/16): extinción por cobertura reglamentaria de vacante de profesora universitaria interina por vacante. Reconoce el importe indemnizatorio *ex* art. 49.1.c ET (y no los 20 días) porque:

– la doctrina "de Diego Porras" parte de una situación imputable al derecho interno que no se da ("*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*"),

– la jurisprudencia interna sí reconoce una indemnización en estos casos (sentencias 21 de enero de 2014 y 7 de noviembre de 2016) siguiendo, precisamente, la propia doctrina del TJUE (Huétor Vega)

– la naturaleza jurídica de la causa extintiva del art. 52 y del art. 49.1.c ET es distinta.

Además, siguiendo la doctrina del TJUE Huétor Vega "es criterio de esta resolución que la naturaleza de la indemnización a reconocer a un trabajador temporal cuyo contrato se extingue con ajuste a derecho, en autos interino por vacante con cobertura de la plaza en sector público, no encuentra relación con la naturaleza de la indemnización del art. 53 del ET (idéntica para el trabajador temporal afectado por una causa de extinción objetiva de su contrato de trabajo), sino en la indemnización ya fijada en nuestro derecho para los supuestos de extinción de contratación temporal ajustada a derecho, el art. 49.1 c) del ET".

Volver al Índice

Interino por sustitución

– STSJ Madrid 29 de junio 2017 (rec. 411/2017), extinción ajustada a derecho de trabajador interino de la Agencia Madrileña de Atención Social, a causa de la excedencia del titular de la plaza. Niega la aplicación de la doctrina "de Diego Porras" porque

"dado que esa doctrina que se invoca como título que ampara la reclamación subsidiaria que se formulaba por la parte demandante en su demanda lo era para trabajadores que habían adquirido la condición de indefinidos no fijos, en principio no es posible trasladarla al que nos ocupa, en donde se ostenta la condición de trabajador interino cuya relación laboral se ha extinguido conforme a las causas legalmente establecida".

Y, concluye: "la extinción del contrato de interinidad es procedente, no podemos anudara esa declaración ningún efecto indemnizatorio por cuanto que el contrato de interinidad no está bajo la cobertura de aquel precepto [art. 49.1.c ET], tal y como hemos resuelto en otros recursos, deliberados en la misma fecha, en los que se deja sin efecto la indemnización de 12 días (STSJ de Madrid de 29 de junio de 2017 Recurso 431/2017)".

En términos similares, **SSTSJ Madrid 29** y (2) **30 de junio 2017** (rec. 485/2017; rec. 277/2017; y rec. 311/2017); **10 de julio 2017** (rec. 322/2017); **16 de noviembre 2017**(rec. 608/2017).

– STSJ Cataluña 30 de diciembre 2016 (rec. 3593/2016), trabajadora del Hospital Clínic de Barcelona (acumula 273 contratos desde diciembre 2007 hasta enero 2016). La sentencia centra la atención en el principio de congruencia procesal para rechazar la aplicación de la doctrina Diego Porras (por tanto, no entra a valorar la naturaleza pública o privada del empleador):

"Como la ortodoxia impone corresponde analizar las cuestiones formales que afecta al orden público procesal sobre cualquier otra de fondo que nos pudiéramos plantear y en este sentido, alegada por la parte recurrida que la Sala debe respetar el principio de congruencia, debemos resolver esta primera cuestión ya que de rechazarse haría innecesario entrar a conocer el resto de las planteadas que se refieren a la posibilidad de aplicar la Directiva 1999/70 de forma directa".

De modo que, tras abrir el trámite de alegaciones de las partes (no previsto en la normativa procesal), para garantizar el derecho constitucional fundamental a la tutela judicial efectiva, y tras una extensa y detallada exposición sobre el citado principio (en términos generales y en el proceso laboral, en particular) y, apartándose de la interpretación flexible que hasta este momento ha llevado a cabo la doctrina judicial más reciente en estos casos, concluye:

"la parte demandada no reclamó la aplicación de la Directiva 1999/70 en tiempo y forma, ni solicitó en consecuencia de forma alternativa o subsidiaria que se condenara a la empresa a abonar una indemnización diferente a la del despido que exclusivamente reclamaba, en claro respeto y aplicación del principio de congruencia, impide a esta Sala entrar a conocer si se puede o no aplicar la doctrina Porras, y por ello, a examinar que tipo de indemnización le pudiere corresponder, claro está sin perjuicio de su derecho de instar un nuevo procedimiento esta vez bajo la modalidad de reclamación cantidad para reclamar aquello a lo que pudiere tener derecho de aplicarse la doctrina del asunto Diego Porras contenida en la STJUE de 14.9.2016, o de reclamar al Estado los daños y perjuicios que la incorrecta transposición de la Directiva le ha ocasionado".

La sentencia cuenta con un fundamentado voto particular firmado por 10 magistrados [Un imprescindible comentario de esta sentencia en el Blog del Profesor Eduardo Rojo].

Volver al Índice

Obra o servicio

– **STSJ Navarra 6 de octubre 2017** (rec. 325/2017): extinción ajustada a derecho de trabajadora con contrato temporal por obra y servicio a tiempo parcial de un Ayuntamiento. No se aplica "de Diego Porras" porque

"la doctrina que contiene la referida resolución se contrae y queda referida, a lo sumo, a los supuestos de extinción de un contrato de interinidad que, a diferencia del resto de contratos temporales, no tiene establecida en nuestro derecho interno el abono de una indemnización tras su válida finalización por concreción de su cláusula de temporalidad"

– **STS 8 de junio 2017** (rec. 1365/2015): extinción ajustada a derecho de contrato de obra y servicio del Ayuntamiento de Sevilla. La sentencia no se cuestiona en ningún momento si la doctrina Diego Porras es aplicable al caso o no.

– STS 23 de noviembre 2016 (rec. 690/2015): trabajador del Ayuntamiento de Sevilla con contrato temporal de obra o servicio cuya extinción es ajustada a derecho. Rechaza el recurso de casación interpuesto por el trabajador (en la instancia se reconoce la improcedencia y en suplicación se declara la extinción como ajustada a derecho porque concurre la causa de temporalidad). La sentencia no se cuestiona en ningún momento si la doctrina Diego Porras es aplicable al caso o no. Se abona al trabajador la indemnización por extinción del contrato temporal.

Volver al Índice

Indefinidos no fijos

– **STSJ Andalucía\Sevilla 29 de junio 2017** (rec. 2325/2017): no reconocimiento de indemnización de 20 días a trabajadora indefinida no fija (a pesar de que reconoce que así se ha estimado en otros casos) porque "como en el caso de autos, recurre la parte demandada, en virtud de la prohibición de la reformatio in peius, no cabe realizar este pronunciamiento".

– STSJ Extremadura 11 de abril 2017 (rec. 53/2017): extinción de trabajadora indefinida no fija (por superación de los 3 años del art. 70 EBEP) por cobertura reglamentaria de la plaza. Se reconoce indemnización del art. 49.1.c ET.

– STSJ Cataluña 23 de febrero 2017 (rec. 6599/2016): extinción de trabajadora indefinida no fija de un Ayuntamiento por cobertura reglamentaria de la plaza producida en diciembre de 2015. No se aplica "Diego Porras" en virtud del principio de congruencia procesal – sigue la doctrina de la STSJ Cataluña (Pleno) 30 de diciembre 2016 (rec. 3593/2016).

– STSJ Castilla y León\Valladolid 26 de enero 2017 (rec. 1777/2016): no aplicación doctrina del TJUE a extinción por cobertura reglamentaria de indefinido no fijo porque

"ni en la demanda ni en el escrito de interposición del recurso el actor, ahora recurrente, solicitó más indemnización que la resultante de la aplicación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. De este modo, la decisión en esta resolución acerca de la indemnización basada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, implicaría la introducción de oficio de una cuestión nueva. De ser estimada la indemnización por la Sala se produciría una vulneración del principio general, aplicable en el recurso extraordinario de suplicación, de prohibición de introducción, como objeto del mismo, de cuestiones nuevas, fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, o de peticiones no planteadas en la instancia y, por consiguiente, no resueltas en la sentencia, no solo con fundamento en la imposibilidad de alterar en vía de recurso el objeto del proceso, sino también por exigencias derivadas de los principios de preclusión, igualdad de las partes y del derecho de defensa de la otra parte artículo 24 de la Constitución Española) que se vería privada de los medios normales de oposición frente a una alegación extemporánea".

– STS 7 de noviembre 2016 (rec. 755/2015) – extinción de interino calificado como indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. Quien interpone el recurso es la empleadora

(Administración) y no se cuestiona la cuantía de la indemnización. [un comentario en esta entrada y en esta].

– **STSJ Castilla la Mancha 14 de diciembre 2016** (rec. 1388/2016). Extinción de indefinido no fijo (o "interino de hecho") por cobertura reglamentaria de plaza. Se abona la indemnización del art. 49.1.c ET en base a la doctrina TJUE Huetor Vega y la STS 7/11/2016 (rec. 755/2016).

– **STSJ Madrid 5 de diciembre 2016** (rec. 820/2016). Extinción de interino por vacante, convertido en indefinido no fijo por superación del plazo previsto en el art. 70 EBEP. Se abona la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET en base a la doctrina de la STS 7/11/2016 (rec. 755/2016).

Volver al Índice

Contrato de Relevo

– **STSJ Castilla y León\Burgos 13 de junio 2017** (rec. 353/2017): no reconocimiento de indemnización de 20 días a extinción de contrato de relevo porque el caso "de Diego Porras" "se está refiriendo a un contrato de interinidad, no de relevo como el que nos ocupa, y en el que no se preveía al cese ningún tipo de indemnización, a diferencia de la situación contemplada en este pleito, en que si se prevé una indemnización al cese con carácter progresivo".

Volver al Índice

Profesor Asociado docente investigador de Universidad

– **STSJ Castilla y León\Valladolid 11 de mayo 2017** (rec. 466/2017): no reconocimiento de indemnización de 20 días a profesora asociada de la Universidad de Salamanca porque, en marco del juicio de comparabilidad,

"la trabajadora señala como tal a 'otro trabajador indefinido de su misma categoría'. No resulta suficiente dicha identificación, pues la Sección primera del Capítulo I del Título IX de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades describe de manera detallada las especiales características de cada una de las modalidades de profesor que se pueden adoptar al amparo de la norma, así: profesor ayudante; ayudantes doctores; colaboradores, profesores doctores; colaboradores; asociados; visitantes y eméritos. Cada uno de ellos posee su régimen jurídico propio, con singulares caracteres no pudiendo equiparar ninguno de ellos con la genérica expresión empelada por la recurrente".

Volver al Índice

Profesor Ayudante UNED

– **STSJ Madrid 25 de septiembre 2017** (rec. 595/2017): no aplicación doctrina "de Diego Porras" a profesor ayudante de la UNED. Tras negar que la normativa comunitaria no es relevante para resolver el caso,

"ya que la propia juzgadora de instancia ha dicho expresamente que la Directiva 99/701 C.E. no era aplicable al caso presente y, correlativamente, tampoco la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016. La parte actora nada ha opuesto a estas decisiones, que, en coherencia, no resultan revisables. Tampoco resulta relevante la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 , pues se refiere al régimen de extinción aplicable a un trabajador indefinido, lo que nada tiene que ver con el contrato temporal de personal docente en investigador del Sr. Guillermo . En cuanto a la aplicación supletoria del art. 49.1.c) E.T . por mor de lo acordado en el art. 48.2 LO 6/01 , no consideramos que resulte posible, pues el citado precepto estatutario va vinculado al art. 15.1.a) E.T . y éste no se aplica al actor, conforme al art. 21 del convenio colectivo que le es aplicable, que fija un régimen específico de extinción que no incluye ninguna indemnización".

Extinción (injustificada) de indefinidos no fijos

– **SJS nº 4 Madrid 3 de noviembre 2016** (núm. 432/2016). Discutible referencia a la doctrina de Diego Porras en el caso de extinción injustificada de una trabajadora indefinida no fija (interina que excede de los 3 años – art. 70 EBEP). Procede indemnización de 45 días. [un comentario en esa entrada].

Volver al Índice

D. Efectos colaterales Diego Porras

– **STSJ Castilla y León\Burgos 24 de enero 2018** (rec. 772/2017): el principio de no discriminación entre temporales e indefinidos y el concepto de condición de empleo ex "de Diego Porras" justifica el reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria de una trabajadora interina.

– **STC 18 de diciembre 2017** (núm. 147/2017): pronunciamiento que, a propósito del derecho de dos trabajadoras interinas de solicitar la permuta de puestos de trabajo, cita al caso "de Diego Porras" para exponer la prohibición de trato desigual injustificado entre entre trabajadores temporales e indefinidos.

– **ATS 26 de octubre 2017** (rec. 996/2017): niega que exista contradicción doctrinal entre la doctrina "de Diego Porras" y la sentencia de suplicación (STSJ Comunidad Valenciana, 2 de febrero 2016, rec. 817/2015) que obliga a la devolución de la prestación por desempleo en cese involuntario de personal eventual de libre designación (porque el art. 26 Ley 17/2010 reconoce la percepción de una indemnización en estos casos y al no tener el carácter de persona protegida por las prestaciones).

En concreto, en el recurso se plantea que:

"es discriminatoria la situación del personal eventual de libre designación al que se le niega el desempleo por tener reconocido por Ley una indemnización por cese involuntario frente al personal laboral indefinido que hubiera desempeñado funciones similares en el sector público por idéntico periodo de tiempo y que tiene derecho al desempleo, para lo que invoca de contraste la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, Asunto de Diego Porras c. Ministerio de Defensa (C-596/14)".

– **STSJ Andalucía\Sevilla 17 de mayo 2017** (rec. 1510/2016). En este caso se plantea si la extinción de un contrato de trabajo temporal eventual puede asimilarse a una extinción de contrato por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador a los efectos de acceder a la pensión de jubilación anticipada.

Y, más específicamente, si la extinción de un contrato temporal eventual puede subsumirse en el concepto "situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral" (*ex* apartado d del antiguo art. 161.bis.2 TRLGSS – hoy 207.1.d TRLGSS).

Y el TSJ establece que:

"no puede existir en el caso ahora sometido al enjuiciamiento de esta Sala un elemento de comparación con el trabajador fijo, en tanto que un productor de esta naturaleza no tiene, por definición y a diferencia del eventual, pactado término, esto es, su relación laboral nunca finalizaría por actualización de la cláusula temporal, lo que excluiría del términos de comparabilidad exigido por la Directiva".

Un comentario en esta entrada

– **Caso Vernaza Ayovi**

Concusiones AG 25 de enero 2017 (C-96/17).

Un comentario en esta entrada y en esta.

Auto JS Terrassa núm. 2 de 26 de enero 2017 (en DOUE 15/5/17) en el que se plantea si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos *ex* art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, con respecto a los indefinidos no fijos y temporales (un extracto del contenido del auto en este epígrafe de esta guía).

Un comentario en esta entrada

– STSJ\C-A Castilla la Mancha 21 de noviembre 2016 (rec. 153/2015): cese producido a finales de junio de profesora interina nombrada "para la duración del curso escolar". El tribunal lo declara a ajustado a derecho a pesar de que durante el mes de septiembre y antes de reanudarse el periodo lectivo se realizaron diversas actividades. Se rechaza que esto suponga un trato injustificado respecto de los funcionarios.

– SAN\C-A 6 de abril 2017 (rec. 7/2017) ha dictaminado que los sucesivos nombramientos de los médicos forenses interinos no es suficiente para determinar que su contratación ha sido irregular por abusiva en el marco de la Directiva 1999/70. También rechaza que el derecho a la carrera profesional sea una "condición de trabajo" comparable a las consideradas por la citada Directiva.

Un comentario crítico en esta entrada.

Volver al Índice

E. ¿Aplicación doctrina "Pérez López" a Personal Laboral Sector Público?

Aplicación doctrina "Pérez López"

Profesor Asociado de Universidad

– STS 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015): a la luz de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE, declara que una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y por atender a necesidades permanentes de la Universidad.

Un comentario en esta entrada y en este artículo (revista Eunomía). Doctrina seguida por **STSJ Cataluña 28 de julio 2017** (rec. 3140/2017). Ver también, **STS 22 de junio 2017**(rec. 3047/2015) – aunque siguiendo el planteamiento de la STJUE 13 de marzo 2014, C-190/13, Márquez Samohano.

– SJS/5 Donostia 27 de noviembre 2017 (núm. 382/17) y la **SJS/3 Ourense 2 de febrero 2018** (núm. 58/2018). Sendos casos se refieren a profesores asociados, a los que, estando sus relaciones contractuales vigentes, se les ha declarado (siguiendo esta doctrina del TS de junio de 2017) la relación indefinida dado el carácter abusivo de sus sucesivas contrataciones (la primera sentencia es firme y la segunda ha sido recurrida).

Un comentario al respecto en esta entrada.

– STSJ Asturias 27 de julio 2017 (rec. 1405/2017), tras admitir que cabe formalizar contratos temporales vinculados a la duración de proyectos de investigación universitaria (a partir de la extensión de la doctrina Márquez Samohano), niega la validez de la sucesión de contratos temporales formalizados por carecer de la autonomía y sustantividad propia.

No obstante, es importante advertir que la **STS 15 de febrero 2018** (rec. 1089/2016) entiende que la sucesión durante un plazo de 30 años de un profesor asociado de la Universidad del País Vasco es ajustado a derecho porque el mantenimiento de una actividad extraacadémica justifica la sucesivas renovaciones contractuales.

Un comentario al respecto en esta entrada.

Interinos

– STSJ Cataluña 5 de mayo 2017 (rec. 7411/2016), aplicación de la doctrina Pérez López a una trabajadora laboral interina del Hospital Clínic que ha formalizado 268 contratos lícitos (263 de ellos de interinidad), declarándose el carácter indefinido no fijo de la relación porque se estima que se ha producido un abuso de derecho. Un comentario crítico al respecto en esta entrada.

Volver al Índice

No aplicación doctrina "Pérez López"

Interinos

– **STSJ CLM 28 de marzo 2017** (rec. 1371/2016) – No reconocimiento de la relación de indefinida en aplicación de la doctrina "Martínez Andrés Castrejana López" (ni tampoco se aplica la doctrina "Pérez López" ni "Diego Porras") a Bombero del Consorcio para el Servicio contra incendios y Salvamento de la provincia de Ciudad Real que sustituye, a través de un contrato de interinidad, a un trabajador que tiene derecho a reserva a su puesto de trabajo y que se encuentra en comisión de servicios desde el 2011.

El TSJ entiende que

"No concurre por lo tanto en el presente supuesto una situación de contratación fraudulenta, ni de prohibición expresa de que, en este supuesto de "interinidad pura" (claramente distinto del de interinidad por vacante), como se la denomina en la Sentencia recurrida, se pueda entender que lo supone el largo plazo de su existencia. Pues, más allá de que eso sin duda comporte una cierta dosis de incertidumbre en el trabajador sustituto, no aparece sin embargo como posibilidad de vinculación laboral prohibida o que incurra en fraude. Y sin que, por último, la mención que se realiza a las Sentencias del TJUE de 14-9-2016, Asunto C-596/2014 , Caso Diego Porras, Asuntos acumulados C-184/2015 y 197/2015 , Caso Martínez Andrés, y Asunto C-16/2015 , Caso Pérez López (…), tengan nada que ver tampoco con la acción ejercitada en las presentes actuaciones, en cuanto que lo que se plantean en las mismas es una cuestión relacionada con el derecho a la percepción de indemnización, en el momento de la terminación de la vinculación laboral temporal, interinidad incluida (Caso Diego Porras), evitándose así situaciones de discriminación, en comparación con otras extinciones contractuales distintas. Pero sin que se analice en las mismas nada referido con la duración máxima de una situación de interinidad y su reconversión en una figura jurídico-contractual distinta, que es lo que, en definitiva, supone la calificación de una relación laboral como de indefinida no fija de plantilla".

Volver al Índice

E. Sentencias Funcionarios y Personal Estatutario

– *Nuevo!* **ATS\C-A 5 de marzo 2018** (rec. 5801/2017) admisión a trámite RC para determinar si cese de un funcionario interino tiene o no derecho a indemnización ex "de Diego Porras".

Aplicación doctrina "Diego Porras"

– **SJC-A Bilbao núm. 5 de 24 de octubre 2017** (rec. 107/2017): Reconocimiento de indemnización de 20 días a un funcionaria interina, con la categoría de auxiliar administrativa, de la Universidad del País Vasco porque (controvertidamente) equipara su situación con la indemnización prevista para el personal laboral temporal (cuando, precisamente, en el caso "de Diego Porras" explícitamente niega que la Directiva 1999/70 permita la comparación de temporales entre sí).

– **SSJC-A Vigo núm. 1 de 14 de diciembre 2017** y **núm. 2 de** (2) **8 de enero 2018**: Reconocimiento de la indemnización de 20 días a funcionarios interinos, personal auxiliar de la Universidad de Vigo, cuya relación de servicio ha finalizado de forma ajustada y tras constatar la existencia de un uso abusivo de la relación temporal (ver al respecto en este enlace).

– **SJC-A Bilbao núm. 5 de 8 de noviembre 2017** (núm. 177/2017): fin de relación por cobertura de vacante de funcionario interino que ha permanecido vinculado a un Ayuntamiento durante más de 12 años (a los que debe sumarse un período de 6 años y medio contratado laboral mediante un contrato temporal eventual). Siguiendo el planteamiento de la SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 (núm. 120/2017), entiende de forma controvertida que debe reconocerse una indemnización de 20 días porque, comparando relaciones temporales entre sí (posibilidad que excluye el TJUE en el caso "de Digo Porras"), afirma que

"la Administración no acredita cuales pudieran ser esos criterios objetivos y concretos en los que pudiera ampararse la discriminación entre el empleo público temporal laboral y el empleo público temporal en régimen funcionarial, funcionario interino"

– SJC-A Barcelona núm. 9 de 17 de octubre 2017 (núm. 202/2017): Cese de funcionaria interina (policía local) de un Ayuntamiento que reclama 20 días por cese. Tras confirmar que los funcionarios interinos también están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70, reconoce la indemnización a partir de la comparación con los trabajadores laborales indefinidos.

– SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 (núm. 120/2017). Cese de funcionario interino que reclama una indemnización de 20 días por cese tras período comprendido entre 13 de octubre de 2015 y el 14 de septiembre de 2016 [un comentario crítico **en esta entrada**]

Se reconoce dicha indemnización en virtud del contenido de la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, el principio de primacía (y el contenido de la STC 232/2015) y la doctrina "del Cerro" (sentencia 13 de septiembre 2007, C-307/05, que sostiene la aplicación del Acuerdo Marco al sector público), afirmando que

"el empleado público laboral y funcionarial de naturaleza temporal no puede ser discriminado en sus condiciones de trabajo, incluidas sus retribuciones, respecto del empleado público en el que la temporalidad no sea una nota presente en dicho vínculo, excepto cuando se opere una diferenciación que tenga un fundamento razonable, fundamento que insistimos no puede ser la temporalidad del vínculo o por el contrario la ausencia de dicha temporalidad".

De modo que (de forma controvertida, pues, recurriendo a la Cláusula 4ª procede a la comparación entre temporales) sostiene

"es llano que aparece una manifiesta discriminación entre el empleado temporal laboral en la Administración Pública al que se reconoce un derecho a la indemnización por cese o finalización de la relación laboral, derecho que nace de la igualación entre las relaciones de empleo en el sector público de naturaleza temporal y las fijas justamente en aplicación de la Directiva y doctrina del TJUE que nos ocupa, y el funcionario interino al que se niega idéntica indemnización en razón exclusivamente de su condición de funcionario interino"; recordando que "en el ámbito de las relaciones empleo público la doctrina del TJUE ya ha reconocido a la igualdad de trato en relación con el derecho a la indemnización por extinción de la relación así en STJUE de 14 de septiembre de 2016 C-596/14 As. Diego Porras".

Y, en relación a la concurrencia de una posible razón objetiva que justifique un trato diferenciado (tal y como recoge la propia sentencia "de Diego Porras"), la sentencia afirma que

"en el caso que nos ocupa la Administración no ya es que no acredite es que ni siquiera razona cuales pudieran ser esos criterios objetivos y concretos en los que pudiera ampararse la discriminación entre el empleo público temporal laboral y el empleo público temporal en régimen funcionarial, funcionario interino nótese que el puesto de trabajo de auxiliar administrativo que es al que se refiere el Asunto Diego Porras puede ser desempeñado con normalidad en nuestras Administraciones Públicas tanto por personal funcionario como por personal laboral aunque ello es en puridad irrelevante vista la triangularidad ya referida supra, decimos que la Administración no acredita esos criterios ni aun los razona pero sobre todo y por encima de ello no da satisfacción a una exigencia de aquella doctrina para validar la diferenciación y entender que no existe discriminación y esa exigencia no es otra que razonar y acreditar los elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto especifico 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, no se nos dice desde luego cual es la necesidad autentica ni cuál es el objetivo perseguido".

Volver al Índice

No Aplicación doctrina "Diego Porras"

– **SJC-A núm. 2 de Pamplona 26 de enero 2018** (núm. 19/2018): no aplicación de la doctrina "de Diego Porras" a contrato de régimen administrativo para sustituir a una persona, titular, que se encontraba en situación de servicios especiales, *ex* art. 4 del Decreto Foral 68/2009.

– **STSJ C-A Madrid 27 de octubre 2017** (rec. 390/2017): en relación a los efectos derivados de sucesivos nombramientos de personal eventual, *obiter dicta* sostiene que

"si a la postre se llegase a la conclusión de que los cometidos desempeñados por nombramientos como eventual precisan la creación de una plaza estructural, la situación del eventual realmente empeoraría: no se produciría su nuevo nombramiento y no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista tal indemnización, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios de carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales. Entonces, se convendrá, no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo, también de 14 de Septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De Diego Porras , al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización"

– **SJC-A Ourense núm. 1 de 29 de septiembre 2017** (rec. 94/2017): No aplicación "de Diego Porras" a cese como profesora interina (sustituta) de educación física en el Centro de Educación Infantil y Primaria (CEIP)

"Ante todo porque la cláusula 4ª de la Directiva obliga a otorgar el mismo trato a los "trabajadores con un contrato de duración determinada" respecto de 'los trabajadores fijos comparables'. Es decir, ha de compararse la situación del funcionario interino con la del funcionario de carrera; no con la del

trabajador fijo en régimen laboral, que nada tiene que ver con la relación funcionarial. Entre ambos tipos de funcionario (interino y de carrera) no se produce discriminación, porque en ningún caso se prevé una indemnización por la extinción de la relación funcionarial (más allá de la prestación por desempleo o jubilación, que ambos podrán disfrutar)".

En términos similares, respecto del personal estatutario interino del SVS-OSAKIDETZA, **STSJ\C-A País Vasco 18 de octubre 2017** (rec. 419/2017).

– SJC-A Ferrol núm. 1 de 30 de octubre 2017 (núm. 138/2017): No aplicación "de Diego Porras" a finalización de relación de funcionaria interina por finalización del programa-Proyecto para la regeneración urbana de los barrios históricos de origen de la ciudad marítima de Ferrol, porque el principio de no discriminación lo que supone es que no puede establecerse ninguna discriminación en base al carácter temporal o indefinido de la relación, pero no está incluida en su ámbito de aplicación aquella desigualdad de trato que se base en el carácter funcionarial o laboral de la relación". De modo que "la comparación debe establecerse con los funcionarios de carrera de la Administración, no con el personal laboral temporal (…) y no existe precepto legal en el régimen jurídico de los mismos [funcionarios públicos] que establezca una indemnización por cese para los funcionarios de carrera y en que, por tanto, pueda fundarse una discriminación respecto a los funcionarios interinos".

– **STSJ C-A Madrid 22 de septiembre 2017** (rec. 137/2017), No aplicación "de Diego Porras" a finalización de relación de personal Estatutario Eventual porque

"ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista tal indemnización, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios de carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales. Entonces, se convendrá, no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo, también de 14 de Septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De Diego Porras , al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización. Cuestión que ahora solo se deja apuntada, pues no se traslada debate en apelación sobre esta materia"

– SJC-A Lugo núm. 2 de 7 de noviembre 2017 (núm. 260/2017), se deniega indemnización *ex*"de Diego Porras" a funcionaria interina de la Universidad de Santiago de Compostela (auxiliar de Biblioteca) cuya relación se ha extinguido por la incorporación del funcionario sustituido. En esencia (haciéndose eco de diversos pronunciamientos, entre ellos, del TSJC-A de Galicia referenciados en esta entrada y el del JC-A de Ourense núm. 1 de 29 de septiembre del 2017), entiende que

"siendo que no hay discriminación alguna para el caso de que se cese por las causas legalmente establecidas a una funcionaria interina, porque tampoco el funcionario de carrera percibe indemnización vinculada al tiempo de servicio, en caso de la extinción de su relación de trabajo".

– STSJ C-A Madrid 26 de junio 2017 (rec. 516/2016): tras afirmar que debe procederse a una "rigurosa aplicación" del art. 9 del Estatuto Marco afirma que

"si a la postre se llegase a la conclusión de que los cometidos desempeñados por nombramientos como eventual precisan la creación de una plaza estructural, la situación del eventual realmente empeoraría: no se produciría su nuevo nombramiento y no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales. Entonces, se convendrá, no resultar aquí de aplicación la sentencia del Tribunal Europeo, también de 14 de septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De Diego Porras , al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización".

– STSJ C-A Madrid 20 de junio 2017 (rec. 511/2016): Cese de funcionaria interina. La doctrina "de Diego Porras" no es aplicable al caso porque

"la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 14-9-16 (asunto C- 596/14 , "Diego Porras"), que declaró que la exclusión normativa de cualquier indemnización a la finalización del contrato

de interinidad se opone a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70) no resulta de aplicación a los funcionarios interinos, sino al personal laboral. Para la recurrente, el término de comparación a que se hace referencia en esa sentencia serían los funcionarios de carrera, como se deduce del apartado 5 del artículo 12 de la Ley 7/2007 , cuando dice que «al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera», por lo que la situación comparable será con estos funcionarios de carrera que no tienen reconocido legalmente ningún tipo de indemnización en el supuesto de cese en sus puestos ni cuando finaliza la relación de servicio con la Administración"

– SJC-A Barcelona núm. 4 de 25 de mayo 2017 (núm. 100/2017). Cese de funcionaria interina que ocupa (desde diciembre de 2010) plaza vacante de un ente local por amortización. Se entiende que el cese es ajustado porque constituye una de las causas legales descritas en el art. 10.1 EBEP. No reconoce la indemnización conforme a la doctrina "de Diego Porras" porque

"la citada sentencia hace referencia a una situación distinta a la que ahora nos ocupa, a saber la de una contratación dentro del ámbito laboral y, por ello, del derecho del trabajo".

– SJC-A Barcelona núm. 13 de 8 de junio 2017 (núm. 136/2017), cese de personal estatutario interino, cuya relación ha quedado sin efectos por resolución dictada por el Institut Català de Salut (ICS). Tras denegarse que dicha relación pueda ser calificada como indefinida no fija laboral, también se rechaza la aplicación de la doctrina "Diego Porras" porque la diferencia de trato se pretende entre trabajadores laborales y estatutarios (y no entre trabajadores indefinidos y temporales) y ello queda fuera de la Directiva *ex* doctrina "Pérez López".

– SJC-A Santiago Compostela núm. 2 de 5 de mayo 2017 (núm. 152/2017) cese de funcionario interino por incorporación de una titular de carrera al puesto que desempeñaba. No procede la aplicación de la doctrina Diego Porras y el consiguiente reconocimiento de una indemnización de 2o días. En esencia argumenta lo siguiente:

el ATJUE de 09.02.17, dictado en el asunto C-443/16, cuyos puntos 52 y 53 dejan claro que no resulta justificado con arreglo al Acuerdo marco de 1999 que pueda existir un trato diferenciado de los funcionarios interinos, respecto de los de carrera, por razón de las restricciones presupuestarias, ya que la necesidad de velar por una gestión rigurosa del personal no puede justificar una discriminación, como ya se indicó en las SSTJUE de 23.10.13, dictada en los asuntos C-4/02 y C-5/02 y de 22.04.10, dictada en el asunto C-486/08.

Esa conclusión podría avalar la procedencia del abono de indemnizaciones a aquel colectivo al extinguirse su relación funcionarial, pero lo cierto es que la segunda de esas resoluciones, la STJUE de 14.09.16, dictada en el asunto C-16/15, que analizó la situación de una estatutaria (o funcionaria especial), es clara al declarar (…) sí que es posible una diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, "que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionaria o laboral", en cuyo caso "no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho acuerdo marco" (punto 66), (…); y, por ello, concluye que la diferencia de trato solo se produciría en el caso de que los trabajadores sujetos a una relación de servicio por tiempo indefinido que realizan un trabajo comparable, perciban una indemnización por la extinción de su relación, mientras que la indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual (punto 67), interpretación que le corresponde realizar al juzgador nacional.

"(…) está justificado que los trabajadores laborales deban tener diferente indemnización al cesar en sus trabajos, según el tipo de contrato, causa de cese y tiempo trabajado, pero también existen tales 'razones objetivas' que justifican que el personal reciba un trato diferenciado en razón al diferente régimen jurídico que los disciplina, lo que sucede con quienes resultan asimilados a los funcionarios de carrera, que gozan de derechos singulares propios de su condición, entre los cuales no se encuentra el de ser indemnizados al surgir la causa legal de su cese, como tampoco tienen tal derecho los funcionarios de carrera que cesan por las causas tasadas, ello sin perjuicio de que, en razón a que como los primeros pierden su trabajo por causas a ellos no imputables y como cotizan por la prestación de desempleo,

pueden percibir la prestación contributiva por tal causa, al igual que el personal sujeto a una relación laboral" [Argumentación seguida por la **SJC-A A Coruña, núm. 3 de 9 de mayo 2017**, núm. 91/2017)

Volver al Índice

Aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López"

– **STSJ\C-A CyL\Valladolid 22 de diciembre 2017** (rec. 485/2017): manteniendo la licitud del recurso a la interinidad en caso de cobertura de vacante, entiende que se han producido sucesivos nombramientos y que el excesivo lapso de tiempo transcurrido para la provisión de los destinos (entre 7 y 8 años) evidencia la existencia de un abuso. En aplicación de la doctrina del TJUE y de la STSJ\C-A País Vasco 12 de diciembre 2016, rec. 635/2013, adoptando una medida "disuasorias y proporcionada a la infracción cometida", acaba reconociendo el carácter indefinido no fijo de los médicos cesados, pero sólo a los efectos indemnizatorios. De modo que, siguiendo la doctrina de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015), les reconoce una indemnización de 20 días.

Un comentario crítico en esta entrada.

– SJC-A Pontevedra núm. 1 de 20 de noviembre 2017 (núm. 22/2017): reconocimiento de 20 días a cese profesora funcionaria interina tras sucesivos nombramientos abusivos durante un período de 6 años. Tras una reproducción un poco confusa de la doctrina del TJUE (pues, se refiere a la doctrina "de Diego Porras" – cláusula 4ª – y reproduce parte de sus conclusiones, pero parece que acaba aplicando las conclusiones de "Martínez Andrés/Castrejana López" – cláusula 5ª), reconoce indemnización *ex* art. 33 y 71 LRJC-A.

– **STSJ\C-A Galicia 7 de junio 2017** (rec. 71/2017) – aplicación de la doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López" a arquitecto municipal funcionario interino que ha sido nombrado de forma sucesiva y encadenada desde enero de 2008 hasta mayo de 2016. Tras constatar que "no se ha limitado a las funciones que serían propias del programa para el que ha sido nombrado funcionario interino" ("ha desarrollado los cometidos propios de un arquitecto municipal en las atribuciones que tiene permanentemente asignadas"), se declara lo siguiente:

"La consecuencia indeclinable de la apreciación del fraude en el encadenamiento de nombramientos sucesivos ha de ser el reintegro del recurrente a la plaza de funcionario interino de arquitecto, pero no puede mudarse el nombramiento por el de plaza vacante de la letra a) del artículo 10.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (que ha derogado la Ley 7/2007), porque no existe tal plaza vacante.

En cuanto a los efectos económicos, debido a que desde el 30 de mayo de 2016 hasta que se produzca el reintegro efectivo el recurrente no ha desempeñado el trabajo, conviene aclarar que tales efectos no pueden consistir en la totalidad de los emolumentos que tendría que percibir, pues, si bien la determinación ha de efectuarse en la fase de ejecución, han de tenerse en cuenta las sumas que haya podido obtener el señor Ovidio en este tiempo, desde el cese hasta la reincorporación"

En términos similares, **SSTSJ Galicia\C-A** (2) **14 de junio 2017** (rec. 72/2017 y 92/2017).

– STSJ\C-A Galicia 21 de marzo 2017 (rec. 395/2016) – aplicación de la doctrina "Castrejana López" del TJUE a personal estatutario temporal eventual (Técnico Auxiliar de Clínica y ATS/DUE) por "servicios determinados" del Servicio Galego de Saúde que han desempeñado su trabajo en virtud de múltiples y sucesivos nombramiento eventuales para la cobertura de servicios determinados de seis meses o un año de duración desde el año 2008 (una de ellas), 2009 (seis de ellas) y desde el 2011 (las otras dos restantes), en los cuales indica como causa de los mismos la existencia de "necesidades asistenciales" y/o "necesidades asistenciales-apertura quirófanos/reanimación/esterilización (UCMA y DESPERTAR)".

La sentencia estima que "no existe ninguna motivación o explicación de las razones que pudieran justificar el carácter temporal de los servicios para los que fueron contratadas, no constando ninguna valoración ni estudio sobre el carácter estructural/temporal de los mismos, incumpliendo la Administración el deber que impone el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el

Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud". De modo que tales nombramientos no obedecieron "a necesidades coyunturales y extraordinarias".

Siguiendo la STSJ Galicia 20 de abril 2016 (rec. 528/2015), establece que "las actoras ostentan la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo, y a que se les reconozca la antigüedad en el puesto que vinieron cubriendo en virtud de los sucesivos contratos de servicios determinados".

– **STSJ\C-A Galicia 1 de febrero 2017** (rec. 320/2016) – Aplicación doctrina "Castrejana López" del TJUE a funcionaria interina del departamento de cementerios del Concello de A Coruña que ha desarrollado funciones de carácter permanente al amparo de un programa de ejecución temporal. De modo que "ha sido la Administración municipal apelante la que [infringido los preceptos que rigen el cese de los funcionarios interinos y los que rigen el acceso a la condición de funcionario interino], pues con su actuación, nombrando a la Sra. Tomasa para el desarrollo de un programa que respondía a necesidades de carácter permanente, y permitiendo que esa situación se prolongase durante siete años, ha contravenido lo dispuesto en la Ley, y el espíritu de la norma".

Siguiendo la STSJ Galicia 20 de abril 2016 (rec. 528/2015), se decide reponer a la trabajadora "en el puesto que venía desempeñando y mantenerla en él mientras no se proceda a su cobertura en propiedad o se amortice".

– **SSTSJ\C-A País Vasco (2) 12 de diciembre 2016,** Asunto Castrejana López (rec. 735/2013) [un comentario en esta entrada]; y Asunto Martínez Andrés, (rec. 635/2013) [un comentario en este artículo].

En relación al Asunto Martínez Andrés se ha admitido a trámite un recurso de casación, **ATS\C-A 30 de mayo 2017** (rec. 785/2017).

– **Sentencia JC-A núm. 2 A Coruña 30 de diciembre 2016** (rec. 139/2016), declara nulo el cese (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza que ha sido sucesivamente nombrada como tal desde marzo de 1991; especialmente porque, "la Administración no razona ni menos aún acredita causas objetivas que amparen esas sucesivas renovaciones y la larga duración del vínculo existente". De modo que "combatido un acuerdo de cese la revocación del mismo provoca en todos los casos la 'readmisión del empleado público' sin posibilidad de opción por el empleador entre dicha readmisión y la indemnización" y aunque la ilicitud del acto administrativo no la impone "el ordenamiento y la doctrina comunitaria imponen la previsión de un medio efectivo de disuasión de la contratación temporal fraudulenta".

Sentencia revocada por la **STSJ C-A Galicia 31 de octubre 2017** (rec. 192/2017) – ver *infra*

Volver al Índice

No aplicación doctrina "Martínez Andrés/Castrejana López"

– **STSJ C-A Galicia 31 de octubre 2017** (rec. 192/2017): revoca **SJC-A núm. 2 A Coruña 30 de diciembre 2016** (rec. 139/2016) – ver *supra* – que declaró nulo (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza que ha sido sucesivamente nombrada como tal desde marzo de 1991. En esencia, la sentencia entiende que

"se echa en falta en la sentencia apelada un análisis singularizado de cada uno de aquéllos, porque sólo en casos de concatenación irregular de dichos nombramientos a fin de cubrir necesidades estructurales, y no meramente coyunturales, se puede hablar de fraude. No basta con que existan nombramientos sucesivos como interina en favor de la actora, aunque sea desde 1991, para que, sin más, pueda considerarse que existe concatenación irregular ni fraude, porque precisamente el sistema de bolsa de interinos existente en la Comunidad Autónoma de Galicia para el ámbito de los Cuerpos generales de la Administración de Justicia hace factible que se vayan produciendo esos nombramientos sucesivos, en distintos períodos, para distintos órganos judiciales o fiscales, sin que ni las necesidades a cubrir sean estructurales, sino meramente temporales o coyunturales, ni los nombramientos presenten la concatenación exigida, como se deduce del hecho de que son para diferentes órganos"

– **STSJ C-A Madrid 27 de octubre 2017** (rec. 390/2017): tras negar la aplicación de la doctrina **"**Martínez Andrés/Castrejana López" y "Pérez López" a un supuesto de sucesivos nombramientos de personal eventual estatutario (calificándolas de "orientaciones") afirma refiriéndose al art. 9 de la Ley 55/2003, que

"la regulación del Estatuto Marco establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que su correcta aplicación impediría la perpetuación del abuso".

– **SAN\C-A 6 de abril 2017** (rec. 7/2017) ha dictaminado que los sucesivos nombramientos de los médicos forenses interinos no es suficiente para determinar que su contratación ha sido irregular por abusiva en el marco de la Directiva 1999/70. También rechaza que el derecho a la carrera profesional sea una "condición de trabajo" comparable a las consideradas por la citada Directiva.

Un comentario crítico en esta entrada.

– STSJ\C-A 17 de octubre 2017 (rec. 1186/2016): cese de personal estatutario eventual para prestar servicios de «operadora/ locutora» en el servicio de atención de llamadas del SUMMA 112 en diferentes periodos a partir del 24 de noviembre de 2006 (acumulando, desde noviembre 2006 a mayo 2013, 114 nombramientos). El tribunal confirma la desestimación de la reclamación frente al cese, afirmando que

"tanto la función pública como el régimen del personal estatutario sanitario no contiene previsión alguna equiparable a la que se contempla en el Estatuto de los Trabajadores reconociendo al personal temporal contratado irregularmente la condición de «trabajador o personal indefinido no fijo», ni tampoco prevé otras medidas, como las indemnizatorias, o la readmisión, para reparar la irregularidad o el fraude producidos".

Y añade que

"No es posible estirar los hilos del razonamiento de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 hasta los límites que pretende el letrado de la recurrente, al pretender en definitiva aplicar al personal estatutario eventual las previsiones contempladas en el Estatuto de los Trabajadores para los despidos improcedentes o para la extinción de la relación por causas objetivas"

Además, apunta que, con independencia de lo que pueda decidir el Tribunal Supremo en el recurso de casación 785/2017 admitido por auto de mayo de 2017,

"los esfuerzos argumentativos de la recurrente no pueden abrirse camino, porque el personal estatutario de los Servicios de Salud está excluido expresamente del régimen laboral, y ello lleva aparejado que no quepa equiparar su situación a los efectos que se pretenden, o, en definitiva, considerar que el comparable a efectos del acuerdo marco, sean los contratados laborales. Esa comparación, exigida por el TJUE, ha de serlo con el personal estatutario fijo, pues es perfectamente posible – sin contradecir el acuerdo marco – la existencia de desigualdades en el conjunto de derechos y deberes de empleados públicos con respecto al personal con relación laboral".

De modo que tras rechazar que de la posible aplicación de los arts. 1.101 y 1.902 CC pueda remitirse a las consecuencias del art. 56.1 ET ["Es más bien un ejercicio de voluntarismo traer esos preceptos al derecho público, para saltar de régimen jurídico (del estatutario al laboral)]" afirma que

"El personal estatutario de los Servicios de Salud no está vinculado a la Administración sanitaria por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho Público, distinción esencial, pues la regulación de la contratación temporal es distinta según la clase de vinculación con la Administración, de manera que ante esa diferencia no es acogible invocar la Directiva, pues la existencia de desigualdades en el conjunto de derechos y deberes de empleados públicos se deriva de la distinta naturaleza de la vinculación, lo cual, según la jurisprudencia del TJUE, no contradice el Acuerdo Marco".

Y, en relación a la posible calificación como "indefinido no fijo" sostiene que

“el Tribunal de la Unión Europea, a la verdad, no recomienda la aplicación para estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino que simplemente da respuesta a una pregunta planteada en esos términos hipotéticos o de mera posibilidad, es decir, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por ello, la respuesta del Tribunal solo puede entenderse condicionada a que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en las relaciones estatutarias, al estar prevista únicamente en el ámbito de las relaciones laborales, y además porque lo que la actora solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Así pues la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable aquí”.

Finalmente, en relación a una posible indemnización *ex* “de Diego Porras”, sostiene

“Sobra decir, para finalizar, que ni el personal funcionario interino ni el estatutario temporal tienen indemnización por despido, como tampoco la tienen los funcionarios o estatutarios de carrera, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales, por lo que no es tampoco de aplicación la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo también de 14 de septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE , asunto De Diego Porras , al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización”

– SJC-A Ferrol núm. 1 de 30 de octubre 2017 (núm. 138/2017): rechazo de la aplicación de la doctrina “de Diego Porras” a finalización de relación de funcionaria interina por finalización del programa-Proyecto para la regeneración urbana de los barrios históricos de origen de la ciudad marítima de Ferrol, porque

“no se considera justificado que la demandante ocupase una plaza estructural, ni ocupaba un puesto de trabajo previsto en la RPT, ni cubría necesidades permanentes en la oficina de contratación. No se aprecia, por tanto, abuso en el nombramiento de la demandante, siendo su cese, una vez finalizado el Programa que motivó su nombramiento, ajustado a Derecho. Debe, por tanto, desestimarse la pretensión principal de la demanda”

– **STSJ\C-A Galicia 19 de julio 2017** (rec. 162/2017) – no aplicación doctrina “Castrejana López” del TJUE porque “no existe ni utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ni concatenación irregular de las contrataciones, ni, consiguientemente, fraude en los nombramientos”. Tampoco “existe base alguna para considerar que los nombramientos fueron para cubrir necesidades permanentes de los respectivos órganos de la Administración de Justicia, sino transitorias y coyunturales de cada uno de ellos”.

En términos similares, **SSTSJ\C-A Galicia** (2) **31 de octubre 2017** (rec. 170/2017; y rec. 155/2017)

– STSJ\C-A Galicia 1 de febrero 2017 (rec. 337/2016) – No aplicación doctrina “Castrejana López” del TJUE “porque en este caso no se aprecian los abusos en la contratación que trata de afrontar dicha sentencia comunitaria”, en un caso de cese en diciembre de 2015 de una arquitecta funcionaria interna del Concello de A Coruña nombrada tras el oportuno proceso selectivo en abril 2009.

Volver al Índice

Aplicación Doctrina “Pérez López”

– STSJ C-A Andalucía-Sevilla 30 de septiembre 2016 (rec. 250/15).

Volver al Índice

No Aplicación Doctrina “Pérez López”

– **STSJ C-A Galicia 11 de octubre 2017** (rec. 203/2017), no aplicación de la doctrina “Pérez López” a funcionaria interina de refuerzo “Al no apreciar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y concatenación irregular de las contrataciones, no se produce el supuesto de hecho a cuyo paso trata de salir la jurisprudencia comunitaria”.

– **STSJ C-A Madrid 7 de octubre 2016** (rec. 82/2016), refiriéndose a esta doctrina comunitaria como "recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea", niega la petición de un ATS con contrato estatutario eventual de que su relación extinguida sea calificada como interina (con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo) porque "el apelante no solicita que se acuda al mecanismo de control previsto en el artículo 9 del Estatuto Marco, pues no reclama el estudio de la necesidad de crear una plaza estructural, sino que se declare que la misma existe".

Volver al Índice

G. Cuestiones prejudiciales al TJUE

– **AJC-A núm. 8 de Madrid 30 de enero 2018** (proc. 193/2017).

– **AJC-A núm. 14 de Madrid 16 de febrero 2018** (proc. 205/2017): Cuestión Prejudicial en relación con el derecho a la indemnización por finalización de servicios de funcionaria interina (jardinera) del Ayuntamiento de Madrid. En una de las cuestiones (la tercera) se sugiere la posibilidad de abonar una indemnización de 45 días en caso de finalización de la relación en caso de que el empleodor haya procedido a sucesivos nombramientos de forma abusiva y no dé fijeza al trabajador.

– **Autos TSJ de Galicia** (2) **27 de diciembre 2017** (rec. 3245/2017; y rec. 3105/2017); y **29 de diciembre 2017** (rec. 2970/2017): fin de contrata y posible trato desigual entre trabajadores temporales por obra y servicio vinculado a la duración de contrata y trabajadores indefinidos cuyos contratos son extinguidos por "causas de empresa".

Un comentario al respecto en esta entrada.

– **Auto TS 25 de octubre 2017** (rec. 3970/2016), caso Diego Porras (un comentario crítico en esta entrada):

Tras repasar el marco normativo, especificando que la indemnización por despido objetivo se prevé con independencia de la duración del contrato, hace una distinción entre la posible (discutible) aplicación de la Cláusula 4 de la Directiva y la 5ª.

En relación a la 4ª indica que

"La cuestión que se torna compleja -y sobre la que se producen grandes dificultades de comprensión- se refiere a la fijación de cuál debe ser el elemento de comparación para determinar el importe de la indemnización por extinción del contrato cuando esta extinción se produce por el cumplimiento de la finalidad del contrato temporal (reincorporación de la trabajadora sustituida). Recordemos que la finalización del contrato de interinidad por reingreso del trabajador sustituido es causa de extinción de aquél sin que la ley establezca indemnización alguna.

Respecto de esa circunstancia, no existe elemento alguno de comparación porque el trabajador fijo que durante la pervivencia de la relación cumplía los mismos requisitos no va ver nunca extinguido el contrato por esa causa. Por otra parte, la indemnización que la ley española prevé para la extinción de los contratos por causas objetivas (20 días por año) es exactamente la misma con independencia de que el contrato extinguido sea temporal o indefinido".

La indemnización de 12 días ex art. 49.1.c ET "no tiene posibilidad de ser comparada con la situación de los trabajadores fijos o indefinidos –aun cuando se tratara de trabajadores que realizaran las mismas funciones y reunieran las mismas circunstancias en el caso concreto- precisamente porque a los trabajadores fijos no se les extingue el contrato por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición"

“Por el contrario, la indemnización fijada tanto para el despido improcedente (falta de concurrencia de causa alguna), como para el despido por causas objetivas (concurrencia de la situación económica, técnica, organizativa o de producción) se establece para todo tipo de contrato, sin diferencia alguna por razón de su duración (…).

De ahí que sea preciso desentrañar el significado de la premisa que se contiene en ap. 21 de la STJUE de 14 septiembre 2016 por cuanto a este Tribunal Supremo le resulta difícil apreciar la diferencia de trato a la que dicho apartado parece referirse (…).

Si se interpreta que el Tribunal de Justicia ha establecido que todos los trabajadores temporales tienen que percibir una indemnización igual a la de los despidos objetivos (20 días) aun cuando la extinción se produzca por la válida finalización del contrato, nos hallamos ante la afirmación de que el legislador nacional ha de tratar todas las causas extintivas del mismo modo, aun cuando algunas de ellas afecten de modo exclusivo a la contratación temporal (…).

A nuestro juicio la problemática que se pone de relieve con la cuestión que planteó el TSJMad arranca de la diferencia de trato que la ley nacional (art. 49.1 c) ET) establece entre contratos de duración determinada entre sí, en la medida que a dos de las tres modalidades les fija una indemnización de 12 días por año de trabajo, mientras que a la tercera de ellas -el contrato de interinidad- no le señala indemnización alguna. La comparativa entre la extinción de los contratos temporales y la extinción por causas objetivas se hace imposible, al aplicarse esta última también a los temporales”.

Siendo discutible que la Cláusula 4ª esté comprometida, el Auto (de forma acertada, a mi modo de ver) reconduce la cuestión a la Cláusula 5ª

“para esta Sala del Tribunal Supremo el dilema no surgiría de una diferencia de trato en relación con trabajadores indefinidos, sino en la eventualidad de que la ley nacional hubiera adoptado una medida para evitar o sancionar la utilización de contratos de duración determinada y hubiera excluido a los trabajadores interinos (…)”.

Nos surge la duda sobre la acomodación de la exclusión del contrato temporal de interinidad de la indemnización de 12 días por año trabajado, si se considera que este mecanismo es uno de los elegidos por la ley nacional como instrumento adecuado para hacer frente a abusos en el uso de la temporalidad. Y ello aun cuando se trate de un primer contrato, puesto que el art. 49.1 c) ET no vincula el derecho a la indemnización a la existencia de contratos temporales sucesivos, reconociendo la indemnización a la finalización del contrato temporal haya sido cual haya sido la duración de la relación laboral.

Si el legislador nacional estima tal medida como adecuada para los contratos temporales con carácter general, incluso más allá de los supuestos de concatenación de contratos y, con ello, mejora el marco mínimo de la Directiva, que es aplicable únicamente en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (STJUE de 26 enero 2012, Kücük, C-585/10), podemos preguntarnos si se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando no haya acumulación de contratos temporales sucesivos (…)

De lo que se trata ahora es de dilucidar si el legislador nacional, que opta por una determinada medida de disuasión del abuso de la contratación temporal – el abono de la indemnización de 12 días-, puede diferenciar entre las distintas modalidades contractuales o si, por el contrario, puede entenderse que las particularidades específicas de cada una de esas modalidades justifica que una determinada medida se considere innecesaria para tal finalidad (…).

No obstante, podría tenerse en cuenta que en el contrato de interinidad confluyen dos trabajadores (el interino/sustituto y el sustituido) respecto de un único empleo, lo que no sucede en las otras dos modalidades de contrato temporal. De ahí que, la indemnización pudiera servir de mecanismo disuasorio para evitar la pérdida de un empleo en el caso de la terminación de estos dos tipos de contratos, pero no se produce tal reducción de la plantilla en el caso de que el interino cese por reincorporación del trabajador sustituido”.

Cuestiones que se formulan:

1. ¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causa legalmente tasadas?.

2. Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?

3. De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?

– **Auto TSJ Galicia 5 de abril 2017 (rec. 4812/2016)**. Extinción ajustada a derecho de un trabajador de la TV de Galicia con contrato de relevo a tiempo completo. Disconforme con la decisión en la instancia, el trabajador interpone recurso de suplicación porque entiende que el contrato se había celebrado fraudulentamente porque no realizaba las mismas funciones que las de la trabajadora que sustituía.

El TSJ tras reproducir, en primer lugar, la literalidad del art. 12.6 y 7, art. 15.1 y 6, 49, 52 ET; en segundo lugar, las diferencias entre el contrato de relevo y el contrato de interinidad descritas en la STS 11 de marzo 2010 (rec. 135/2009); en tercer lugar, la finalidad del propio contrato de relevo según lo apuntado por la STS 23 de noviembre 2011 (rec. 3988/2010); y, finalmente, la referencia al principio de efectividad al que hace referencia la STS 25 de noviembre 2013 (rec. 771/2013) para justificar, en base al Acuerdo Marco, la extensión de la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET a los indefinidos no fijos e interinos, exopone las razones para justificar las cuestiones prejudiciales:

Primera: aunque la modlidad de despido es de "objeto limitado", la jurisprudencia entiende "aplicable el principio de 'efectividad' cuando sea necesario para cumplir el Acuerdo Marco (…), el reconocimiento (…) del derecho a otra indemnización superior, sería una consecuencia derivada de la declaración de procedencia de la decisión extintiva".

Segunda: si bien es cierto que la doctrina "de Diego Porras", "ha dejado claro que la indemnización por extinción contractual es una 'condición de trabajo', en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco", el TSJ mantiene dudas de interpretación porque el resto de su doctrina "gira en torno a una figura contractual diferente".

Tercera: Aunque todos los trabajadores (temporales e indefinidos) pueden ser despedido por 'causas objetivas', "sólo a los trabajadores temporales se les aplica una causa extintiva por una 'circunstancia objetiva' (una fecha concreta, la realización de la obra o servicio, o la producción de un hecho o acontecimiento determinado) (…), y la indemnización concedida en este caso es de 12 días por año de servicio".

Aunque las causas ex art. 52 ET son imprevisibles y las del art. 49.1.c) previsible y que la indemnización del art. 52 ET "compensa una ruptura contractual 'ante tempus' por la mera voluntad de una de las partes, lo cierto es que en ambos casos la causa extintiva es ajena o no inherente a la persona del trabajador. El principio de estabilidad en el empleo como regla general, que inspira el Acuerdo Marco, se excepciona en el derecho interno por necesidades empresariales, tanto a la hora de contratar a un trabajador temporalmente y fijar la terminación de su contrato, como a a la hora de prescindir del

trabajador indefinido 'comparable' por las causas del art. 52 ET, pero dando lugar a diferentes indemnizaciones. De este doble aspecto del problema surte la primera duda que la Sala plantea:

a) A efectos del principio de equivalencia ¿Son 'situaciones comparables' la extinción de contrato por 'circunstancias objetivas' ex art. 49.1.c) ET y la extinción derivada de ' causas objetivas' ex art. 52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro caso constituye una desigualdad de trato prohibida por la Directiva 1999/70?".

Si se resolviera afirmativamente a esta pregunta, a pesar de que la Sala no duda de que existe un "trabajador indefinido comparable", el dilema es si, a partir de los objetivos y finalidad del contrato de relevo, "estaría justificada tal diferencia de trato por un 'objetivo legítimo de política social'". No obstante, en la medida que en la legislación española, es el empresario el que decide si el contrato de relevo es indefinido o temporal, "la diferencia de trato surge en puridad de la elección empresarial, sin que parezca justificarse por aquel objetivo de política social".

Lo que lleva a la segunda cuestión:

b) ¿Debe entenderse que los objetivos de política social que legitiman la modalidad contractual de relevo, justifican también la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación labora, cuando el empresario optó porque tal contrato fuera de duración determinada?

Finalmente, el TSJ, a los efectos del art. 68 del Reglamento de procedimiento, advierte que estas dos cuestiones prejudiciales ya fueron formuladas en el Auto de 2 de noviembre 2016 (dando lugar al asunto C-574/16) – que contenía una tercera, pero que no se ha incluido porque este caso afecta al sector público.

– **Auto JS núm. 2 Terrassa 26 de enero 2017**. Despido disciplinario de trabajadora (enfermera de un Hospital Público) indefinida no fija ("interina de hecho"), en el que se cuestiona si el reconocimiento del derecho de readmisión de los trabajadores fijos *ex* art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, con respecto a los indefinidos no fijos y temporales (en DOUE 15/5/17).

El auto, en esencia, se cuestiona lo siguiente

– En primer lugar, si

"el tratamiento legal de un despido disciplinario que establece el art. 96.2 EBEP es una condición de trabajo en el sentido de la Cláusula 4 punto 1" de la Directiva 1999/70.

En este sentido, entiende que, aunque "la falta de pronunciamiento expreso del TJUE en este sentido es lo que lleva a dudas", a la luz de la doctrina "de Diego Porras" y, especialmente, el caso "Nierodzik", podría darse una respuesta afirmativa.

– Y, en segundo lugar, si se da una respuesta afirmativa a la primera cuestión, se cuestiona si

"la diversa forma en que el ordenamiento jurídico responde ante un despido disciplinario improcedente en el ámbito de aplicación del TRLEBEP supone una discriminación (o desigualdad no justificada) en los términos de la Cláusula 4 apartado 1 de la Directiva o artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

Y, en este sentido, el auto entiende que

"ese diferente trato de los efectos del despido disciplinario improcedente, establecido en el art. 96.2 del TRLEBEP en función de la duración del contrato de trabajo –y en especial la diferencia entre indefinidos y fijos- supone una discriminación (o un trato desigual) no está justificado objetivamente a la luz de las normas de la Unión Europea".

En virtud de todo ello, formula las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1. ¿Se considera dentro del concepto "condiciones de trabajo" de la cláusula 4 apartado 1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE

y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, la respuesta legal que ofrece el ordenamiento jurídico ante la calificación de un despido disciplinario considerado ilegal y en especial la respuesta que señala el artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público?

2. ¿La cláusula 4 apartado 1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, consideraría discriminatoria una situación como la prevista en el artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público en la que el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de las administraciones públicas si es declarado improcedente –ilegal-supone siempre la readmisión del trabajador pero si es indefinido –o temporal- realizando las mismas funciones que uno fijo, otorga la posibilidad de no readmitirlo a cambio de una indemnización?

3. ¿Y la misma pregunta anterior, no a la luz de dicha Directiva sino del art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, justificaría un trato desigual en esa circunstancia?"

[Una propuesta para extender la readmisión prevista en el art. 96.2 EBEP a cualquier supuesto de extinción injustificada y no sólo en las imputables y sobre las dudas de constitucionalidad de esta norma en este artículo]

Volver al Índice

– **Auto JS núm. 33 Madrid 21 de diciembre 2016**. Cuestión prejudicial planteada en un supuesto de contrato de interinidad por vacante de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, extinguido (en fecha 30 de septiembre 2016) por la cobertura reglamentaria de la plaza (en el DOUE 20/3/17). El Auto recuerda que

"los trabajadores temporales reciben el mismo trato que los trabajadores fijos en los siguientes supuestos:

– Cuando se trata de un despido nulo, ya sea por vulneración de derechos fundamentales, discriminación incluido el acoso, y cuando la nulidad esté prevista por decisión expresa del legislador, el empresario es condenado a readmitir al trabajador y abono de los salarios hasta ese momento dejados de percibir, se trate de trabajadores fijos o temporales

– Cuando el despido es declarado improcedente, tanto se trate de un despido sin causa, cuando la causa no haya sido acreditada, cuando la causa no sea suficiente o cuando se hayan incumplido requisitos formales. En estos supuestos la indemnización legal se establece para temporales y fijos a razón de 33 días de salario por año de antigüedad en la empresa.

– Cuando el contrato se extingue por la concurrencia de una causa objetiva adecuadamente acreditada. En este caso trabajadores fijos y temporales son indemnizados legalmente con 20 días de salario por año de antigüedad"

A partir de esta matriz, también pone de manifiesto que

"Los trabajadores temporales cuando ven extinguido su contrato por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción como tal contrato temporal, es decir por acontecida la causa consignada válidamente en el contrato, reciben una indemnización sólo de 12 días por año de antigüedad si se trata de contratos eventuales o de obra. Nada reciben cuando el contrato suscrito es de interinidad ya sea por sustitución de trabajador con reserva de su puesto de trabajo ya sea de interinidad para la cobertura de vacante. Otros contratos temporales con fecha fija de extinción, como son los contratos formativos o el contrato de relevo tampoco reciben indemnización a su terminación.

Por lo tanto, el análisis de la normativa española acerca de la indemnización por despido, conduce a la conclusión de que sólo cuando se fijan como situaciones a comparar, el hecho extintivo provocado por la concurrencia de la causa que dio lugar a suscribir el contrato temporal con el hecho extintivo determinado por la concurrencia sobrevenida de una causa objetiva en un contrato fijo, es cuando se aprecia la dispensa de un trato diferenciado".

De modo que

"el hecho de que el contrato temporal se suscribe por las partes con el previo conocimiento por ambas de su duración temporal limitada constituye una razón suficiente que justifica la dispensa de un trato indemnizatorio diferente al que se otorga a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato por la concurrencia de una causa objetiva.

Cuando el contrato temporal se extingue llegado su término se están cumpliendo las previsiones que dieron lugar a su suscripción y que justificaban la oferta empresarial a la que se ajustaba la aceptación por el trabajador (…).

Cuando el contrato fijo se extingue por una causa objetiva, y también cuando se extingue ante tempus por esta misma razón un contrato temporal, tal situación trae causa en el advenimiento de un acontecimiento, aún posible, no previsto, que incide en el equilibrio económico del contrato al punto de hacer innecesaria o inasumible su continuidad.

La previsibilidad de la extinción del contrato cuando este es temporal y vence su término se podría considerar como una situación dispar a la imprevisibilidad de la extinción cuando acontece una causa objetiva y más si esta afecta a un contrato indefinido en el que para ambas partes y sobre todo para el trabajador que pierde el empleo existían unas expectativas de estabilidad laboral que no se presentan en los contratos temporales.

Esta situación dispar podría constituirse en condición objetiva relevante para no equiparar indemnizatoriamente al trabajador temporal cuyo contrato vence a término con el fijo cuyo contrato se extingue por causas objetivas".

De modo que, tras recordar los criterios del TJUE en los casos De Diego, Nierodzick y Carratú, pone de manifiesto las posibles interpretaciones que esta situación plantea:

– "En el caso que ahora se presenta al TJUE el juicio de comparación se realiza, no entre situaciones ilícitas en un contrato temporal y en otro fijo que dieran lugar a indemnizaciones dispares, sino entre situaciones lícitas pero dispares. Lo que ahora se cuestiona es, si realizándose el juicio de comparación entre situaciones diferentes: extinción del contrato temporal por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción frente a extinción de un contrato fijo por advenimiento de una causa objetiva no estaríamos frente a situaciones sensiblemente diferentes que pueden recibir del legislador trato dispar

– (…) Sin embargo, analizada la controversia desde la perspectiva de la situación en que se encuentra la empresa, podría admitirse que la presencia de dos trabajadores para ocupar la misma plaza o puesto de trabajo (…), constituye una causa objetiva de tipo organizativo, por tanto no inherente a la persona del trabajador. La consecuencia, vista la situación desde esta perspectiva, podría ser la que han llegado los tribunales nacionales tras la STJUE en el caso de Diego: estamos ante una causa objetiva que ha de recibir un trato igual para temporales y fijos.

– (…) Posiblemente otro elemento a valorar para discernir acerca de si el trato dispar está avalado en una causa objetiva que lo pueda legitimar (…), es la relativa al significado de la indemnización con cargo al empresario por la pérdida del empleo.

– Al trabajador, sea temporal o fijo, la pérdida del puesto de trabajo le provoca un perjuicio real. Si la indemnización pretende compensar esa pérdida podría no encontrar justificación que tratándose siempre de causas no inherentes a su persona en unos casos la situación se indemnizara y no en otros".

De modo que, dado que "existirían (…) argumentos para responder positiva o negativamente a la cuestión suscitada", formula la cuestión en los siguientes términos:

“La Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco alcanzado entre la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora al ordenamiento comunitario por la Directiva 1999/70 del Consejo de la Unión ¿debe interpretarse en el sentido de que la extinción del contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre el empresario y la trabajadora constituye una razón objetiva que justifica que el legislador nacional no prevea en tal caso indemnización alguna por fin de contrato, mientras que para un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año?”

– **Auto TSJ Galicia 2 de noviembre 2016** (rec. 2279/2016). Cuestión prejudicial planteada en un supuesto de un contrato de relevo. De las tres cuestiones destaca:

“1ª) A efectos del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos ¿deben considerarse “situaciones comparables” la extinción del contrato de trabajo por “circunstancias objetivas” ex art.49.1 c) ET y la derivada de “causas objetivas” ex art.52 ET , y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, prohibida por 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?”. En el DOUE 30/01/2017

Volver al Índice

H. Informe expertos

– **Conclusiones provisionales de la Comisión de Expertos – pdf.** (documento obtenido del Blog de la Comisión de lo Social de JpD).

Volver al Índice

I. Comentarios Críticos

2018 (Marzo) – Universidad y profesores asociados: ¿temporalidad indefinida?

2018 (Febrero) – Extinción por fin de contrata y posible discriminación entre temporales e indefinidos ex Directiva 1999/70: 3 nuevas cuestiones prejudiciales

2018 (Febrero) – Extinción injustificada y readmisión y derecho de opción del personal laboral del sector público (esperando la resolución del caso Vernaza Ayovi sobre el art. 96.2 EBEP)

2018 (Febrero) – Novedades Diego Porras: nueva cuestión prejudicial, no aplicación a deportistas profesionales y otras controversias

2018 (Enero) – Conclusiones de la AG en el Caso Vernaza Ayovi: los indefinidos no fijos son temporales y el derecho de opción del art. 96.2 EBEP discriminatorio

2018 (Enero) – Últimas novedades en el caso “de Diego Porras” & Co.: volatilidad interpretativa ‘in crescendo’

2018 (Enero) – Nombramientos sucesivos de Médicos interinos y Médicos forenses interinos: ¿abuso a la luz de la Directiva 1999/70?

2017 (Diciembre) – ¿El principio del fin de la doctrina “de Diego Porras”? (Conclusiones AG en Casos TJUE Grupo Norte Facility y Montero Mateos)

2017 (Diciembre) – Nueva contratación tras fin de contrato temporal: ¿debe abonarse indemnización según Diego Porras?

2017 (Diciembre) – ¿El principio de igualdad de trato ex art. 20 CDFUE justifica una indemnización de 20 días a contratos temporales según “Diego Porras”?

2017 (Noviembre) – La contratación temporal y la jurisprudencia europea y aplicación por los tribunales internos (Ponencia)

2017 (Noviembre) – Crítica a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el caso Diego Porras: luces y sombras

2017 (Octubre) – Impacto del asunto “de Diego Porras” en la jurisdicción contencioso-administrativa

2017 (Julio) – Contratos temporales, indemnización y caso “Diego Porras”: controversias susceptibles de casación

2017 (Julio) – Doctrina “de Diego Porras”: efectos colaterales (en readmisión ‘ex’ art. 96.2 EBEP y en jubilación anticipada)

2017 (Julio) – Cese de funcionario y personal estatutario interinos e indemnización: discrepancias interpretativas (y alguna omisión relevante)

2017 (Junio) – Contratación temporal en la universidad: ¿un modelo en la encrucijada?

2017 (Junio) – Indemnización de 20 días a extinción de trabajador en misión de una ETT

2017 (Junio) – La contratación temporal y la extinción de los contratos a la luz de la situación creada por el asunto “de Diego Porras” (Ponencia)

2017 (Mayo) – “Diego Porras”: tensiones doctrinales a la luz de la STSJ Madrid 8 de mayo 2017 y de su Voto Particular

2017 (Mayo) – Contratación sucesiva y lícita de interina en hospital público y declaración de indefinida no fija por abuso de derecho

2017 (Abril) – Indefinidos no fijos: ¿son temporales o no? (STS 28/3/17 vs STS 30/3/17)

2017 (Abril) – ¿Qué es un indefinido no fijo? (a propósito de la STS 28/3/17)

2017 (Abril) – TS: Indemnización de 20 días a cobertura reglamentaria de indefinido no fijo (sin aplicar Diego Porras)

2017 (Abril) – Impacto en la función pública y en la jurisdicción contenciosa administrativa de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 sobre contratación temporal (Ponencia)

2017 (Abril) – Contratos temporales: esperando el dictamen del TJUE (Tribuna)

2017 (Enero) – Contratos temporales, Tribunales e incertidumbres (Tribuna Expansión)

2016 (Diciembre) – Funcionarios interinos, doctrina TJUE “Castrejana López” y derecho a readmisión obligatoria previa a declaración de indefinidos no fijos (y ¿es extensible al ámbito laboral?)

2016 (Diciembre) – Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina “de Diego Porras”

2016 (Diciembre) – Una alternativa al contrato único (Tribuna: Agenda Pública)

2016 (Diciembre) – Indefinidos no fijos, cobertura de vacante e indemnización según “de Diego Porras”

2016 (Diciembre) – Diego Porras: STSJ País Vasco reconoce 20 días a interino por sustitución de empresa privada (y un importante voto particular)

2016 (Noviembre) – Diego Porras: El carácter privado de la empleadora impide indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio (STSJ Andalucía 16/11, rec. 1539/16)

2016 (Noviembre) – Un nuevo episodio "de Diego Porras": Extinción de contrato eventual e indemnización de 20 días según el TSJ Andalucía (y controversias pendientes)

2016 (Noviembre) – El TS no reconoce la indemnización de 20 días a la extinción de un interino

2016 (Noviembre) – Extinción (injustificada) de un indefinido no fijo: límites de la doctrina TJUE "de Diego Porras"

2016 (Octubre) – Indemnización de 20 días por extinción de contrato de obra y servicio en sector público y privado: análisis crítico a SSTSJ País Vasco (2) 18/10/16

2016 (Octubre) – Extensión de indemnización de 20 días a contrato de obra y servicio: objeciones a la STSJ País Vasco 18/10/16

2016 (Octubre) – Doctrina TJUE "de Diego Porras": Primeras reacciones judiciales (STSJ Madrid 5/10/16)

2016 (Septiembre) – Más valoraciones críticas sobre el caso del TJUE "de Diego Porras"

2016 (Septiembre) – "Sobre la indemnización de los interinos y su posible extensión al resto de contratos temporales (Caso TJUE "de Diego Porras"). En blog de la Revista Catalana de Dret Públic.

2016 (Septiembre) – Tribuna: La extinción de un contrato de trabajo y sus costes

2016 (Septiembre) – Contratos indefinidos y temporales: prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (caso TJUE "de Diego Porras")

Santiago Sáenz Hernáiz
Advocat
Professor associat de Dret Administratiu
Universitat de Barcelona

LA CONSOLIDACIÓ DE L'OCUPACIÓ PÚBLICA EN LA LLEI DE PRESSUPOSTOS GENERALS DE L'ESTAT I EN l'ACORD DE 9 DE MARÇ DE 2018 PER A LA MILLORA DE L'OCUPACIÓ PÚBLICA

I.- INTRODUCCIÓ: A VOLTES AMB ELS INTERINS

La qüestió recurrent de l'*estatus* jurídic dels interins ha tingut especials rellevància al llarg de 2017.
Tres factors han incidit de manera significativa:

1.- Les seqüeles de la doctrina "De Diego Porras" --- sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 i la inseguretat jurídica generada en la doctrina titubejant dels jutjats i tribunals.

2.- La fixació d'una doctrina jurisprudencial unificada per part de la Sala Social del Tribunal Suprem pel que fa a la definició de la relació jurídica dels "indefinits no fixos" i la definició de la causa d'extinció dels contractes amb les seves conseqüències indemnitzatòries.

3.- Les mesures legals pel que fa a la disminució de la precarietat de l'ocupació pública: l'estabilització de l'ocupació temporal en la Llei 3/2017, de 27 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per l'any 2017, que té continuïtat en el pacte de 9 de març de 2018.

4.- El nou marc normatiu, contingut també en la Llei 3/2017, relatiu als supòsits de subrogació de personal aliè a l'Administració provinent de processos d'internalització, o per declaracions judicials que estableixin la subrogació o l'assumpció de personal per concórrer la figura de la cessió il·legal de treballadors provinents de contractacions administratives (especialment, de serveis).

5.- El supòsit de responsabilitat per irregularitats en la contractació laboral.

Tots aquests supòsits els hem d'analitzar des de l'òptica de la generació o permanència d'una bossa d'interins que, al marge d'altres consideracions relatives a la gestió dels recursos públics, suposen un repte per l'operador jurídic local a la llum dels principis rectors de l'accés i la permanència en l'ocupació pública que són els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat que es consagren als articles 23.2 i 103.3 de la Constitució.

L'any 2017 apareix com un any decisiu pel que fa a les novetats en l'àmbit d'allò que hem anomenat col·loquialment com *"a voltes amb els interins".*

Com a punt de partida, amb una influència decisiva en la construcció legal i jurisprudencial que comentarem, hem assenyalat la sentència del TSJUE de 14 de setembre de 2016 (cas De Diego Porras) com a punt de partida d'un terratrèmol que ha sacsejat tot el sistema jurídic espanyol de contractació temporal, a partir de l'equiparació --- incondicionada i universal --- dels empleats fixos i els temporals a l'hora de les conseqüències --- indemnitzatòries--- derivades de les extincions dels contractes de treball.
En un principi, la sentència del Tribunal Europeu només es refereix a les conseqüències indemnitzatòries derivades de l'extinció dels contractes de treball. Per tant, s'han d'excloure les relacions funcionarials, es a dir, el cessament de funcionaris interins. Tanmateix, en referir-se dita sentència a tres processos acumulats relatius a personal sanitari (estatutari) s'ha plantejat la seva aplicació també al cessament dels funcionaris interins aplicant de la manera més extensiva possible el principi d'igualtat i no discriminació de l'article 14 de la Constitució, com si els empleats públics de règim legal o funcionarial es podessin assimilar als empleats lligats a l'Administració empleadora per un vincle contractual laboral.
Sigui com sigui aquesta qüestió ha determinat un munt de litigis i resolucions judicials d'allò més variat que ha determinat al Tribunal Suprem a plantejar una qüestió prejudicial davant el Tribunal Europeu per tal d'unificar definitivament la doctrina, al marge de una tendència a l'atenuació, quan no a la rectificació del mateix Tribunal Europeu en la matèria.

II.- LA CONSOLIDACIÓ DE L'OCUPACIÓ TEMPORAL PREVISTA A L'ARTICLE 19 DE LA LLEI DE PRESSUPOSTOS GENERALS DE L'ESTAT PER L'ANY 2017.

Em d'assenyalar, com caràcter previ, que la norma continguda a l'article 19 de la Llei de Pressupostos, relativa a la taxa de reposició d'efectius --- tant les taxes generals com les excepcionals que tenen l'objecte de *consolidació de l'ocupació temporal* --- tenen caràcter de norma bàsica (articles 149.1.13ª i 156.1 de la Constitució).
Donat que caràcter de norma bàsica, la seva vigència no s'esgota en l'any pressupostari sinó que s'incorpora de manera permanent a l'ordenament jurídic, al marge de la seva condició de norma bàsica pel que fa al seu rang normatiu superior que informa tota la legislació de desenvolupament, específicament la d'abast autonòmic.

La Llei de pressupostos 2017, com feia la del 2016, estableix una norma relativa a la **taxa de reposició d'efectius que podem anomenar "general":** fins al 100% de la taxa de reposició per places dels cossos de policies locals, places de serveis socials, places de TAG o TAE (lletrats o de gestió de serveis públics), gestió i recaptació de recursos públics, i serveis de polítiques actives d'ocupació i d'assistència sanitària si es desenvolupen competències en aquests àmbits i fins al 50% en tots els altres serveis.

SUPÒSITS:

Amés d'aquelles taxes de reposició "generals", contempla unes **taxes de reposició de caràcter "especial" per tal de consolidar l'ocupació temporal:**

.- **Taxa de addicional fins al 90 per cent** de les places dotades pressupostàriament i ocupades per personal funcionari interí o personal laboral interí fins la cobertura de la plaça vacant o personal laboral indefinit però no fix, si han **ocupat les places ininterrompudament al menys des del 30 de desembre de 2013**.
Aquesta taxa de reposició addicional **es limita** a les places corresponents als serveis (*"sectors i administracions",* segons la terminologia de la Llei) que podem anomenar de cobertura preferent als quals s'aplica la taxa general de reposició del cent per cent: cossos de policies locals, places de serveis socials, places de TAG o TAE (lletrats o de gestió de serveis públics), gestió i recaptació de recursos públics, a les que s'afegeix la inspecció i sanció de serveis i activitats, amés dels serveis de polítiques actives d'ocupació i d'assistència sanitària.

Hem de remarcar que aquesta taxa complementària es troba limitada a aquells serveis o competències. Per tant, s'exclou de la resta de serveis als que seria d'aplicació la taxa de reposició del 50 per cent prevista amb caràcter general.

- **Taxa d'estabilització, fins al 100 per cent, de l'ocupació temporal pels empleats públics temporals anteriors al 2005:** amés de la taxa de reposició d'estabilització descrita en el punt anterior, pels funcionaris interins o personal laboral interí per vacant o indefinit no fix, **que ocupen la plaça ininterrompudament en data anterior a l'1 de gener de 2005**, es poden preveure processos d'estabilització d'acord amb la disposició transitòria quarta de l'EBEP, que preveu processos selectius específics amb proves i valoracions de mèrits que tinguin en compte el lloc de treball desenvolupat.

- NO es troben subjectes a taxa de reposició: aquelles places que es puguin proveir en processos selectius de promoció interna i aquelles ocupades interinament per personal laboral que hagi estat declarat ***"indefinit no fix"*** en resolució judicial.

Algunes precisions de caràcter interpretatiu:

1.- La Llei distingeix entre ***"taxa de reposició d'efectius"*** i ***"taxa addicional per a l'estabilització de l'ocupació temporal".***

Recordem que la "*taxa de reposició"* es el límit legal als efectes de la incorporació de nou personal, de manera que només es pot incorporar nou personal dins els percentatges de la taxa de reposició que es calcula (article 19, U, 4 LPGE) sobre la diferència resultant entre el nombre d'empleats fixos (funcionari de carrera/laboral fix de plantilla) que, durant l'exercici pressupostari anterior, van deixar de prestar serveis en cadascun dels respectius sectors, àmbits, cossos o categories, i el nombre d'empleats fixos que es puguin haver incorporat als mateixos, en l'esmentat exercici, per qualsevol causa, excepte els procedents d'execució d'ofertes públiques d'ocupació preexistents. A aquests efectes es computen els cessaments per jubilació (inclosa la incapacitat permanent que extingeixi la relació), retiro, defunció, renúncia, excedència sense reserva de lloc de treball, pèrdua de la condició de funcionari de carrera o extinció del contracte de treball, o qualsevol altra situació administrativa que no comporti reserva de lloc de treball.
Aquest concepte s'aplica a les taxes de reposició del cent per cent en els serveis, competències o àmbits enumerats en la Llei i al cinquanta per cent a la resta de vacants generades en qualsevol altre servei o àmbit.

Concepte diferent és la *"taxa addicional per l'estabilització temporal",* que no constitueix una "*taxa de reposició addicional"* a calcular sobre les vacants, sinó una possibilitat d'accés a l'ocupació pública no limitada per les vacants produïdes en l'exercici anterior , sinó per la concurrència uns determinats requisits legals.
La distinció és clara, des del punt de vista terminològic o gramatical: la llei parla de "taxa de reposició" i de "taxa addicional", i no de "taxa addicional de reposició"; així pel mateix context normatiu donat que els requisits no es concreten en la generació de vacants en l'exercici pressupostari anterior, sinó en la ocupació interina o precària.

L'aplicació de la *"taxa addicional"* s'aplica, tant als serveis esmentats a l'article 19, U, 16 LPGE, que la condiciona a l'ocupació temporal anterior a 31 de desembre de 2016, com a qualsevol servei en que hi hagi places vacants ocupades temporalment (interinament) en data anterior a l'1 de gener de 2005.

Santiago Sáenz Hernáiz, Rambla Josep Tarradellas, núm. 3, 1er 1a (08402) Granollers
Tel. 938601922 – 600446073 Correu electrònic: s.saenz@ub.edu

La Llei de pressupostos preveu l'estabilització en els exercicis de 2017, 2018 i 2019, amb l'objectiu de reduir la temporalitat per sota del 8 per cent al final del període.

En tot cas, la provisió de places exigeix: l'aprovació de **l'oferta pública d'ocupació**, amb inclusió de les vacants, per posteriorment acordar la convocatòria. En el cas de l'estabilització del personal temporal, s'hauran d'incloure les places en les **ofertes públiques d'ocupació dels exercicis 2017, 2018 i 2019,** al marge de que les convocatòries i cobertura de les places es pugui dilatar fins a tres anys després (la vigència de les OPO és de tres anys).
Cal recordar també, com hem explicat anteriorment, pel que fa als **empleats de règim laboral indefinits però no fixos,** d'acord amb la sentència del TS de 28/03/2017, **tenen dret a la indemnització** legal de 20 dies/any, amb un màxim de 12 mensualitats, en cas que no guanyin la plaça, fins i tot si no es presenten a la convocatòria o a les proves selectives. Per tant, **s'haurà de tenir la previsió pressupostària si es decideix implementar l'estabilització.**

Continua la prohibició de la contractació temporal, excepte en casos excepcionals per cobrir necessitats urgents i inajornables, així com la contractació de personal a través d'ETT, prèvia autorització del MH i FP.

NO existeix cap previsió de consolidació per les societats mercantils de capital públic (disposició addicional 15a.) ni pels Consorcis (disposició addicional 17a). Per les primeres, se'ls aplica les taxes de reposició en funció de la tipologia dels serveis que gestionin, amb el límit del 100% si han tingut beneficis. En cas de no tenir beneficis: el límit és fins al 60%. Pels segons, la taxa que correspongui als serveis que gestionin.

7.- Prevenció respecte de la incorporació de personal laboral: no es pot incorporar al personal

- provinent d'empreses concessionàries o adjudicatàries de serveis a la finalització de la concessió o el contracte.
- provinents de societats públiques o altres ens (jo entenc, ens amb personalitat jurídica privada).

Tret dels supòsits d'aplicació de la subrogació prevista a l'article 44 ET, per sentència judicial o perquè s'hagi tramitat un procés selectiu. En aquests casos no es comptabilitzaran com personal de nou ingrés als efectes de la taxa de reposició.

Aquesta previsió pot justificar l'acomiadament de personal provinent d'empreses en serveis "internalitzats" i aplicar l'acomiadament per causes objectives previst a la DA 16 de l'ET.

ELS SUPÒSITS DE TAXA ADDICIONAL

Els supòsits de la taxa addicional per la consolidació de l'ocupació fins al 90 per cent, l'Administració pot preveure la cobertura sempre que hagin estat ocupades temporal i ininterrompudament des de l'u de gener de 2013: tal com dia la llei "*con anterioridad al 31 de diciembre de 2016".*

Per començar, es tracta d'una possibilitat, és una opció que té l'Administració, no es tracta d'una obligació, com si que ho seria --- des del meu punt de vista --- proveir la cobertura de places de promoció interna o ocupades per treballadors indefinits declarats en resolució judicial.

Possibilitat que la llei força en obligar a que la cobertura temporal de places es redueixi al 8 per cent al final del període, es a dir, *"al final del període".*

La cobertura d'aquestes places no té cap peculiaritat respecte de la cobertura de les places a través dels processos selectius d'oposició o concurs oposició, prèvia inclusió en l'oferta pública d'ocupació.

En el segon supòsit de la taxa addicional: aquella que permet la consolidació de les places ocupades ininterrompudament de forma temporal des d'abans de l'1 de gener de 2005, s'aplica allò previst a la disposició transitòria quarta de l'EBEP, sense la limitació continguda en anteriors lleis de pressupostos en relació a haver-se previst la seva inclusió en ofertes públiques d'ocupació.

Aquesta consolidació es pot fer en processos selectius que garanteixin els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat i el contingut de les proves selectives haurà de tenir relació amb les tasques concretes del lloc de treball que s'ocupa.

Com en el cas anterior, es tracta d'una mesura potestativa, no obligatòria, al marge de l'objectiu de la reducció de la temporalitat que hem esmentat.

Val a dir que aquesta disposició no estableix un sistema nou de selecció, ni tampoc convalida els processos que es van utilitzar per l'accés a la interinitat anterior a gener de 2005, sinó que els processos selectius, com diu el paràgraf tercer de la disposició transitòria quarta, hauran de ser el del concurs-oposició previst a l'article 49 de la Refosa 1/1997, de 31 d'octubre, tal com preveu l'article 61, 1 y 3 EBEP, donat que només el concurs oposició garanteix la possibilitat de puntuar adequadament el desenvolupament de funcions específiques de la plaça.

Santiago Sáenz Hernáiz, Rambla Josep Tarradellas, núm. 3, 1er 1a (08402) Granollers
Tel. 938601922 – 600446073 Correu electrònic: s.saenz@ub.edu

ELS SUPÒSITS NO SUBJECTES NI A TAXA DE REPOSICIÓ NI A TAXA ADDICIONAL.

La LPGE preveu dos vies d'accés que no tenen cap limitació. És més, tal com es preveuen a la llei i al marge dels requisits procedimentals que després comentarem, la llei implícitament considera que es tracta de supòsits a regularitzar de manera immediata.
Aquests dos supòsits són els de places que poden ser --- o que obligatòriament han de ser --- convocades en processos selectius de promoció interna o es tracta de places que "s'han de regularitzar" perquè qui l'ocupa ha estat declarat "indefinit no fix" per resolució judicial.

En el primer cas --- places susceptibles de cobertura per promoció interna --- la llei simplement diu: *"las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna".* Per tant, s'han d'entendre com susceptibles de cobertura, tant les places que forçosament s'han de cobrir per promoció interna (cas de les categories de policies locals de les categories de sergent i caporal), com aquelles que hagi es disposi per l'ens local en exercici de la seva potestat d'organització a través de la plantilla de personal i la inclusió a l'oferta pública d'ocupació.
Hem d'assenyalar que es tracta de processos de selecció de promoció interna, no pas de processos de provisió de llocs de treball. Estem parlant en l'àmbit de l'accés a l'ocupació. Per tant, en l'àmbit de les places i, per tant, dels processos selectius per l'accés a l'ocupació per cobertura de places vacants.

En el cas dels treballadors de règim laboral quina relació ha estat declarada judicialment com "indefinida", es constata --- a partir del pronunciament judicial --- una situació irregular, des del punt de vista jurídic constitucional pel que fa al respecte dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat dels articles 23.2 i 103.3 de la Constitució, com respecte de la regularitat en la contractació laboral (article 15 de l'Estatut dels Treballadors), com des del punt de vista de l'ordenació dels recursos humans a l'Administració, a partir del pressupost, la plantilla i la relació de llocs de treball.
Declarada la relació com indefinida, s'haurà de considerar es tracta de prestació de serveis de caràcter permanent que s'haurà d'incorporar com a tal a la plantilla configurant la plaça corresponent que tindrà la condició de plaça vacant en tant ocupada per personal que no és fix de plantilla en no haver accedit a la mateixa superant els processos selectius previstos legalment, de manera que --- reconeguda la plaça a la plantilla --- procedirà la seva immediata cobertura "regular" mitjançant el procés selectiu després de l'oferta pública a la que ens referim tot seguit.

REQUISITS DE PROCEDIMENT: L'OFERTA PÚBLICA D'OCUPACIÓ

La cobertura de vacants, en tot cas. També en els supòsits de cobertura de les places que han quedat vacants en l'exercici anterior (taxa de reposició), com en els supòsits de taxes addicionals o perquè es puguin convocar places per promoció interna o declaracions judicial d'indefinits, serà imprescindible aprovar la corresponent oferta pública d'ocupació (OPO).
L'aprovació de l'oferta pública, en cada exercici pressupostari, haurà de basar-se en una planificació prèvia de la consolidació de l'ocupació en funció de l'àmbit temporal establert a la LPGE: entre 2017, 2018 i 2019, de manera que en l'execució final de les OPO dels tres exercicis es redueixi la cobertura temporal al 8 per cent.

Hem de tenir en compte que l'OPO s'ha de desenvolupar, convocant els processos selectius, en un termini improrrogable de tres anys (article 70.1 EBEP). Per tant --- des del meu punt de vista --- l'objectiu de 8 per cent, que la LPGE preveu aconseguir al final del període, s'haurà de computar per comparació de les previsions contingudes a les OPO dels exercicis 2017, 2018 i 2019, per la qual cosa els processo selectius s'haurien de completar al 2022.

Recordem que l'OPO, en tot cas, hauria d'incloure també les places corresponents a treballadors declarats indefinits en resolució judicial. Aquest inclusió s'haurà de fer en la propera OPO subsegüent al pressupost immediatament posterior, tret de la possibilitat d'una OPO específica prevista a l'article 60, núm. 1 del Reglament de personal, Decret 214/1990, de 30 de juliol.

Quan parlem d'OPO plantegem una prèvia planificació de la cobertura de vacants amb les successives convocatòries de processos selectius, atenent a raons polítiques en general, o polítiques específiques d'ordenació de les cobertures de les vacants, però també haurà de tenir present el que comentem tot seguit respecte dels costos indemnitzatoris del personal laboral temporal interí per vacant o indefinit no fix que no accedeixi a la condició de fix després dels corresponents processos selectius.

III.- LES CONSEQÜÈNCIES DE L'EXTINCIÓ DE CONTRACTES DE TREBALL DE PERSONAL LABORAL TEMPORA: INTERÍ FINS LA COBERTURA O INDEFINIT DERIVADA DELS PROCESSOS DE CONSOLIDACIÓ.

Els processos de consolidació de l'ocupació temporal, tal com s'ha explicat en els punts precedents, pot tenir la conseqüència de l'extinció dels contractes de treball dels que no accedeixin a la condició de fixos de plantilla després dels processos selectius.

Les conseqüències, en aquests casos són les mateixes sigui quina sigui la causa de no accedir a aquella condició de fix: ja per no superar el procés de selecció, ja simplement per no haver-se presentat al mateix per voluntat pròpia.

Al 2017 s'ha produït --- amb una innegable influència de la doctrina del TSJUE ---- la definitiva unificació de criteris a l'hora d'establir les conseqüències derivades de l'extinció dels contractes dels indefinits no fixos i interins per vacant.
Sigui com sigui, la influència d'aquest doctrina d'equiparació de treballadors fixos i temporals ha influït sens dubte en la fixació de doctrina respecte de la indemnització dels indefinits no fixos i interins per vacant en els supòsits d'extinció del seu contracte com a conseqüència de la cobertura de la plaça després del corresponent procés selectiu.
De moment només ens fixem en la doctrina jurisprudencial del àmbit social, tot i no desconèixer que hi ha alguns pronunciaments judicials (especialment a Galicia) de l'ordre contenciós administratiu que apliquen aquesta doctrina als funcionaris interins, tot i que de moment aquests pronunciaments són a nivell de jutjat sense pronunciament dels tribunals superiors de justícia que els avalin.

Recordem que la figura de "l'indefinit" però no fix és una construcció jurisprudencial per donar resposta a la col·lisió entre ordenaments jurídics per tal d'harmonitzar els principis que regulen l'accés a l'ocupació pública (normes de Dret Administratiu) per tal de respectar els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat amb el Dret del Treball pel que fa al principi general del caràcter indefinit del contracte de treball que es deriva del primer apartat de l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors, donant resposta a els supòsits d'accés a l'ocupació, en termes d'interinitat, sense haver superat cap procés selectiu d'accés, be per haver-se transformat la relació inicial temporal en indefinida, be per tractar-se de contractacions irregulars o sense causa de temporalitat.
Aquesta construcció jurisprudencial es remunta a l'any 1985 (STS de 9 d'octubre de 1985, ratificada per les sentències de 21/02/1986, 9/04/1987, 7/07/1988 i 27/11/1989), i ha estat incorporada a l'Estatut bàsic de l'empleat públic en la seva primera versió original donada per la Llei 7/2007, de 12 d'abril, en els seus articles 8 i 9, que distingeixen entre treballadors laborals fixos de plantilla, temporals i indefinits. Aquesta distinció s'ha mantingut intacta en el vigent Text refós de l'EBEP, RD Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, per be que no era intenció del legislador estatutari incloure aquesta distinció sinó encabir una problemàtica específica dels professor de religió del País Basc.
Sigui com sigui, s'accepta que la distinció entre aquests tres tipus de personal laboral ha estat incorporada ja al Dret positiu superant els seus orígens jurisprudencials.

Hem de dir també que les conseqüències derivades de l'extinció dels contractes indefinits no fixos han estat equiparades també als interins per vacant.

La Jurisprudència, ha estat molt contradictòria o titubejant a l'hora de fixar la **causa d'extinció d'aquests contractes, que esdevé: be per la cobertura de la plaça després del procés selectiu, be per amortització de la plaça, es a dir per desaparició d'aquesta de la plantilla de personal i de la supressió del lloc en la relació de llocs de treball.**
El criteri clàssic (STS d'1/02/1991 o 6/05/1992, 10/12/1996 o 24/04/1997; per citar les sentències més recents en aquest sentit: les de 13/01/2014, recurs 430/2013, 21/01/2014, recurs 1086/2013, 11/02/2104, rec. 1278/2013, 14/04/2014, rec. 1896/2013 y 11/06/2014, rec. 2100/2013) era considerar que el treballador indefinit no fix tenia la condició de treballador temporal amb contracte subjecte a una condició resolutòria implícita d'extinció quan es produís la cobertura definitiva de la plaça o be fins que s'acredités que la cobertura esdevenia impossible en virtut de l'amortització de la plaça. S'entenia així, que la finalització dels contractes atenia a la causa de termini contractual prevista a l'article 49, núm. 1, b) i, per tant, no estàvem davant d'un acomiadament sinó davant la causa legal establerta al contracte, que era implícita en els indefinits i explícita en els interins, ambdós mantenien el vincle fins la concurrència de la casa extintiva implícita (indefinits) o explícita (interins per vacant).

En extingir-se el contracte per operar la condició resolutòria no existia dret a cap tipus d'indemnització, com correspon a la causa de finalització establerta al contracte.
Aquesta jurisprudència va evolucionar, a partir de la distinció entre dues causes d'extinció:

1.- L'extinció derivada de l'amortització de la plaça

2.- L'extinció derivada de la cobertura.

En ambdós supòsits la Jurisprudència va abandonar el criteri únic de la finalització per concurrència d'una causa prevista al contracte per passar a considerar aquests contractes com temporals sense subjecció a termini.

En els supòsits d'extinció amb motiu de l'amortització de la plaça, després d'una trajectòria jurisprudencial dubitativa, en que el Tribunal Suprem va considerar inicialment que l'amortització de la plaça suposava la concurrència d'un clàusula resolutòria implícita que no donava dret a indemnització (Després de la Reforma Laboral de 2012 i la introducció de la DA 20ª a l'Estatut dels Treballadors (actual DA 16 del vigent Text refós, RD Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre), la Jurisprudència va unificar definitivament la doctrina en la importantíssima **sentència TS de 24 de juny de 2014**, que adjuntem a títol il·lustratiu, dictada en Sala general en el recurs 217/2013, essent ponent l'Excm. Sr. José Manuel López García. A aquesta sentència han seguit

moltes altres, ja totes en el mateix sentit, entre elles la que cita la demanda i les següents: 13/10/2014, rec. 2745/2013, 29/10/2014, rec. 1765/2013, 4/11/2014, rec. 2679/2013, 2/12/2014, rec. 2371/2013, 19/02/2015, rec. 51/2014, 9/03/2015, rec. 2186/2014, 13/07/2015, rec. 1165/2014, 25/02/2016, rec. 2537/2014, 20/04/2016, rec. 309/2016, 8/07/2016, rec. 1325/2014, 20/12/2016, rec. 103/2015, 30/03/2017, rec. 961/2015, 20/04/2017, rec. 1325/2016, 4 i 11/05/2017, rec. 1050/2015 i 2096/2015, 18/09/2017, rec. 514/2015, 10/10/2017, rec. 97/2015 i 15/11/2017, rec. 1049/2015.

Aquesta Jurisprudència, uniforme i pacífica, conseqüent a la DA 20 ET, introduïda en la Llei 3/2012, estableix que tota extinció dels contracte dels indefinits no fixos o interins per vacant, resultant de l'acord previ d'amortització de la plaça o supressió del lloc de treball, **s'ha de considerar un acomiadament per causa objectiva** (la que determina l'amortització de la plaça: sigui econòmica/pressupostària sigui organitzativa) i, per tant, s'ha de tramitar d'acord amb les normes de l'acomiadament per cuses objectives, individual (article 53 ET i DA 20, avui 16)) o col·lectiu (article 51, DA 20, avui 16, i Títol III del RD 1483/2012), amb la conseqüència indemnitzatòria dels 20 dies per any, amb un màxim de dotze mensualitats.

En el cas de l'**extinció del contracte derivada de la cobertura de la plaça,** en considerar que la causa extintiva era la finalització per arribar a un termini incert, com el contracte d'obra i servei determinat, amb la qual cosa s'estenia a aquests tipus de contracte la indemnització pròpia dels contractes d'obra (sentències TS de 14/10/2013, rec. 68/2013, 15/10/2013, rec. 383/2013, 23/10/2'13, rec. 408/2013 y 804/2013, 13/01/2014, rec. 430/2013, 21/01/2014, rec. 1086/2013, 11/02/2014, rec. 1278/2013, 14/04/2014, rec. 1896/2013, 11/06/2014, rec. 2100/2013).

Aquesta línia jurisprudencial es trenca amb la **sentència del TS de 28 de març de 2017,** dictada en Sala General (ponent, el Excm. Sr. José Manuel López García de la Serrana).

Partint que el supòsit normal d'extinció del contracte de treball d'un interí (amb contracte d'interinitat o indefinit no fix) ho constitueix la cobertura de la plaça, que és **la causa de temporalitat d'aquests contractes,** en tant sotmesos en la seva durada a que la plaça quedi coberta després del corresponent procés selectiu, previst legalment per donar compliment a les previsions constitucionals dels articles 23.2 i 103.3 de la Constitució: respecte dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat.

El supòsit és diferent al que hem explicat anteriorment --- on l'interí no pot aspirar a ocupar la plaça després del procés selectiu doncs aquest no es podrà produir, per decisió aliena a l'empleat, en haver-se suprimit la plaça ---. Ja no estem parlant d'un acomiadament, sinó de la finalització del contracte, sigui per la causa establerta

vàlidament al contracte (article 49.1, b) ET), sigui per expiració del mateix (article 49.1, c) ET).

En cap cas ens trobem davant d'una decisió extintiva unilateral de l'empleadora, d'un acomiadament (article 49, k) o l) ET):

> La cuestión que se plantea viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo que ya ha sentado doctrina y establecido criterios a los que se debe estar con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde el abono de la indemnización al art. 49-1-c) del ET. Esta doctrina, sentada en nuestras sentencias de 15 de junio de 2015 (Rec. 2924/2014), 6 de octubre de 2015 (Rec. 2592/2014) , 4 de febrero de 2016 (Rec. 2638/2014) y 7 de noviembre de 2016 (Rec. 755/2015) , entre otras es resumida por la citada en último lugar diciendo:
>
> "En la STS/4ª/Pleno de 24 junio 2014 (rcud. 217/2013) nos pronunciábamos en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS/4ª de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012) y las anteriores que en ella se citan, se afirma que, tras la entrada en vigor de la Disp. Ad. 20ª ET, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET, de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa..."
>
> "...**En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato**, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET), y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos..."
>
> "... El citado art., 49.1 c) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra

> o servicio objeto del contrato». Y añade 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, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación». La norma se completa con la Disp. Trans. 13ª ET (EDL 1995/13475) en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación..."
>
> "... La norma resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
>
> En concreto en el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial española, se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 , relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Además, el TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya 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 la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET , ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público.".

Aquesta sentència (aplicable als supòsits d'extinció per la cobertura de la plaça), que junt amb la de 24 de juny de 2014 (aplicable a l'extinció derivada de l'amortització de la plaça), constitueix la resolució definitiva de la problemàtica jurídica de l'extinció dels contractes indefinits no fixos, fent-se ressò implícit de la doctrina del TJUE: sentència de 14 de setembre de 2016 (cas De Diego Porras), i les de la mateixa data del TJUE: casos Martínez Andrés i Castrejana López; i Pérez López, que estableix la següent doctrina:

1.- **L'extinció del contracte conseqüència de la cobertura <u>no constitueix un acomiadament,</u> sinó la concurrència de la causa extintiva lletra c) de l'article 49.1 ET.**

2.- Tanmateix, i malgrat que ens trobem en un supòsit d'extinció contractual diferent de l'acomiadament, **l'empleat tindria dret a una indemnització equivalent a la prevista pels acomiadaments objectius:**

> La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos llevaría a estimar el recurso del Abogado del Estado, como hemos hecho en supuestos anteriores. No obstante, un examen más profundo de la cuestión, **nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria** ...
>
> ... la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que **plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET , pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización** y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.
>
> Cuarta. Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- **obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la <u>indemnización derivada de la extinción de tal contrato</u>, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza.** En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal ...

Aquesta sentència de 28/03/2017 ha estat confirmada per totes les posteriors dictades en aquesta matèria (de l'extinció del contracte per cobertura de la plaça): SsTS: de 19/05/2017, rec. 1806/2015, 12/05/2017, rec. 1717/2015 i 19/07/2017, rec. 4041/2015.

CONCLOENT doncs, podem dir que, ara per ara hi ha dues sentències que unifiquen la doctrina pel que fa a l'extinció dels contractes de treball dels indefinits no fixos i els interins per vacant:

1.- La **<u>sentència de 24 de juny de 2014</u>**, aplicable a l'extinció del contracte derivada de l'amortització de la plaça.

2.- La **sentència de 28 de març de 2017**, aplicable a l'extinció del contracte derivada de la cobertura de la plaça.

En definitiva, qualsevol extinció del contracte de treball de l'indefinit o de l'interí per vacant --- també el supòsit de no accedir a la condició de fix després dels processos de selecció derivats de la consolidació de l'ocupació temporal --- suposa el dret del treballador que veu extingit el seu contracte a una indemnització de 20 dies de retribució per any d'antiguitat a l'ens local, fins a un màxim de 12 mensualitats de retribució.

IV.- L'ACORD DE LA MESSA GENERAL DE NEGOCIACIÓ DE 9 DE MARÇ DE 2018.

L'acord de negociació col·lectiva entre el Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques i els sindicats amb representació a la Mesa General de Negociació preveu, al marge del compromís d'increments retributius pel sector públic, mesures en matèria de jornada i conciliació, complement d'IT, etc, incloure en les lleis de pressupostos de 2018, 2019 i 2010, preveu:

1.- Eliminar la diferenciació de taxes de reposició, unificant la taxa en el cent per cent, sempre i quan s'acrediti el compliment dels objectius d'estabilitat pressupostària, regla de despesa, i deute en el límit establert a les LPGE i la Llei d'Hisendes Locals.

2.- Incrementar a aquella taxa del 100 per cent, un 8 per cent, en aquells sectors o àmbits que es considerin un reforç addicional (es de suposar que la LPGE preveurà els mateixos àmbits de les lleis precedents), que pot incrementar-se fins a un 10 per cent, si amés dels requisit d'estabilitat i regla de despesa, a 31 de desembre anterior hagin amortitzat el deute financer.

3.- En els supòsits de incompliment dels objectius de dèficit, deute o regla de despesa, es mantindrien les taxes de reposició ordinàries: del 100 per cent per sector o àmbits prioritaris i del 75 per cent per la resta.

4.- Aquestes administracions que no compleixin els objectius podran incorporar un 5 per cent més d'efectius, en el marc general de l'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.

5.- Taxa addicional del 5 per cent per incorporació del nou personal en els municipis que, des de 2013 fins 2017 acreditin haver assolit l'obligació jurídica d'un major nombre de serveis públics d'acord amb l'article 26.1 LBRL, com a conseqüència de l'increment d'habitants.

6.- Taxa de reposició per la Policia Local: passa del 100 per cent al 150 per cent.

7.- Es mantindrà com exclusió de la taxa de reposició les places que es puguin convocar per promoció interna i les ocupades interinament per treballadors declarats indefinits per sentència judicial.

Al marge de les taxes de reposició i d'incorporació d'efectius, es preveu que s'inclogui al projecte de Llei de Pressupostos una taxa específica de reposició del 30 per cent pels funcionaris de l'Administració Local amb habilitació de caràcter nacional per les places vacants, pels casos de les subescales (Secretari-Intervenció, Secretaria, Intervenció i categoria superior) en que existeixi un nombre de places vacants ocupades accidentalment que superi el 8 per cent.

Es manté el compromís de mantenir mesures de consolidació, concretades en places de serveis d'administració o generals, d'investigació, salut pública, inspecció mèdica, personal d'administració i serveis generals en les Universitats públiques, així com serveis públics amb places estructurals ocupades temporalment en els tres anys anteriors a 31 de desembre de 2017, mantenint l'objectiu de reduir la cobertura temporal al 8 per cent.

Es preveu que les ofertes públiques d'ocupació es publiquin en els exercicis 2018 a 2020, preveient s'eviti la caducitat de les mateixes pel transcurs de tres anys sense la seva execució mitjançant les convocatòries dels processos selectius.

PROCESSOS SELECTIUS:

L'acord preveu la negociació col·lectiva dels processos selectius, de manera que es puguin establir mesures de coordinació entre les administracions públiques, així com la valoració, com a mèrit, els temps de serveis prestats a l'Administració.

Aquestes previsions d'estabilització es poden estendre en els àmbits del sector públic: entitats públiques empresarials, societats mercantils públiques, consorci i fundacions, agències i autoritats dependents respecte de les places vacants ocupades temporal i ininterrompudament en els tres anys anteriors al 31 de desembre de 2017, sempre que estiguin dotades pressupostàriament amb l'objectiu de la reducció de la temporalitat al 8 per cent al final del període.

BARCELONA, 24 d'abril de 2018.

SANTIAGO SÁENZ HERNÁIZ
Advocat
Professor de Dret Administratiu de la UB

Santiago Sáenz Hernáiz, Rambla Josep Tarradellas, núm. 3, 1er 1a (08402) Granollers
Tel. 938601922 – 600446073 Correu electrònic: s.saenz@ub.edu