

*XXVII Jornadas catalanas de Derecho Social.*

*Cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales.*

Barcelona, 16 y 17 de febrero de 2017.

**Ponencia. La extinción del contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

Eduardo Rojo Torrecilla.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona<sup>1</sup>.

**SUMARIO.**

1. Introducción.
2. Las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016.
  - 2.1. Consideraciones generales previas.
  - 2.2. Nombramiento de personal estatutario temporal eventual en el ámbito sanitario público. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15).
  - 2.3. La aplicación de la jurisprudencia del TJUE por los tribunales españoles. Una nota a la sentencia del TSJ (C-A) de Andalucía de 30 de septiembre de 2016.
3. ¿Nombramientos indefinidos no fijos? Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15)
  - 3.1. La aplicación de la jurisprudencia del TJUE por los tribunales nacionales. Una nota a la sentencia del TSJ (C-A) del País Vasco de 12 de diciembre de 2016.
4. Sobre la protección de los trabajadores temporales en caso de extinción contractual. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)
  - 4.1. Consideraciones generales previas.
  - 4.2. El supuesto fáctico.
  - 4.3. Normativa europea y española de aplicación.
  - 4.4. La respuesta del TJUE. Análisis crítico.
  - 4.5. La aplicación de la jurisprudencia del TJUE por los tribunales nacionales. Extinción del contrato de interinidad. 20 días de indemnización según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (y otras cuestiones no resueltas). Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 5 de octubre (caso De Diego Porras).

---

<sup>1</sup> Fecha de entrega de la ponencia: 16 de febrero de 2017.

5. Discriminación del personal docente interino por no poder participar en el plan de evaluación docente. Nota al auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-631/15)
6. Medidas que prevengan el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-614/15).
7. Nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por dos juzgados y un TSJ.
  - 7.1. Auto de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2016.
  - 7.2. Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 21 de diciembre de 2016.
  - 7.3. Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa de 26 de enero de 2017.
8. Para concluir. Anotaciones a las conclusiones provisionales del grupo de expertos.

## **1. Introducción.**

Deseo agradecer en primer lugar a la Junta Directiva de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas su invitación a participar en las XXVII Jornadas Catalanas de Derecho Social. Desde su primera edición, celebrada en 1989 en la Universidad Autónoma de Barcelona bajo la dirección del profesor Manuel Ramón Alarcón, he participado en todas ellas en calidad de asistente, en tres como director (dos en la Universidad de Girona y una en la UAB) y en cuatro (si contamos la presente) como ponente. La seriedad y rigurosidad de los debates jurídicos de todas las Jornadas celebradas se pone de manifiesto en las publicaciones de las ponencias, y de algunas comunicaciones, de cada una de ellas.

El título genérico de las presentes Jornadas es el de “Cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales”, dedicando un amplio espacio a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuyo impacto en el ordenamiento jurídico interno español, no sólo en el estrictamente laboral, está adquiriendo especial relevancia en los últimos tiempos, consecuencia sin duda del esfuerzo realizado por jueces y tribunales españoles de presentación de cuestiones prejudiciales sobre asuntos de indudable importancia ante aquel, a fin y efecto de que este resuelva si la normativa española es conforme a la comunitaria. Más concretamente, y por lo que respecta a mi intervención, las Jornadas centran buena parte de su atención en el impacto de la jurisprudencia del TJUE en materia de extinción del contrato de trabajo, tanto desde la vertiente colectiva (con ponencias de la profesora M<sup>a</sup> Fernanda Fernández y del magistrado Joan Agustí) como desde la individual (además de la mía, la del magistrado Carlos Hugo Preciado, y una mesa de debate con la participación de destacados juristas y dirigentes sindicales).

Efectúo esta precisión con respecto a la separación entre la temática de los despidos colectivos y las extinciones individuales a los efectos de precisión y delimitación de la temática que será abordada en mi intervención (y también en la del magistrado Carlos Hugo Preciado, de cuya ponencia he podido disponer con antelación al inicio de las Jornadas), porque del título genérico “extinción del contrato de trabajo” bien pudiera entenderse, y no sería errónea la apreciación, que pudieran ser objeto de examen las sentencias dictadas tanto en despidos colectivos como las que afectan a las extinciones individuales. No va a ser así por mi parte, si bien si quiero dejar constancia en esta introducción del importante impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos en España. En efecto, en los dos últimos años se han dictado seis importantes sentencias sobre la regulación comunitaria en materia de despidos colectivos, es decir dando respuestas a cuestiones prejudiciales planteadas sobre la adecuación de diversos ordenamientos jurídicos nacionales a la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 “relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos”. Se trata de las sentencias de fechas 30 de abril, 13 de mayo (dos), 9 de julio y 11 de noviembre de 2015, y 21 de diciembre de 2016. En ellas se abordan cuestiones que han sido objeto de especial atención en la reciente jornada de debate organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la que

también participé como ponente<sup>2</sup> y en las que dediqué especial atención a varias de las cuestiones abordadas en las mismas: en primer lugar, el concepto de trabajador, por la importancia que tiene para determinar si se alcanza o no el umbral numérico que diferencia las extinciones individuales/plurales, por una parte, y las colectivas por otra; en segundo término, la protección de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores desde el momento en que la parte empresarial decide iniciar la tramitación de un procedimiento de despido colectivo (que en el ordenamiento español, y así ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, puede incluir otras medidas como suspensiones contractuales y modificaciones de condiciones de trabajo) hasta la adopción de la decisión, en el bien entendido que la gran mayoría de las sentencias relevantes sobre esta materia dictadas por el TJUE lo habían sido ya con anterioridad; por fin, cuál es el ámbito de intervención de la autoridad administrativa laboral y sus límites, aspecto de no menor relevancia para España ya que la regulación anterior a la reforma laboral de 2012 preveía la obligatoriedad de la aprobación del expediente de regulación de empleo por aquella, y en algunas propuestas de derogación de la reforma del gobierno popular se ha defendido la recuperación de dicha autorización, si bien no es del mismo parecer la propuesta recientemente elaborada por un grupo de cualificados expertos, bajo la dirección de la profesora María Emilia Casas Baamonde, conocida como “Documento FIDE” y que ha sido objeto de detallado análisis por mi parte en un reciente artículo publicado en la revista “Derecho de las Relaciones Laborales”<sup>3</sup>.

Excluido, pues, el ámbito colectivo, la ponencia se centrará en el estudio de las tres sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016 por el TJUE, relativas a la adecuación de la normativa española, no sólo laboral sino también estatutaria y administrativa, a la europea, y en concreto a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, con referencias más escuetas a dos autos de 21 de septiembre que abordan la misma temática. Dichas sentencias han generado desde el momento de su publicación un importante debate en sede doctrinal, y han tenido su aplicación en sede judicial, con diferentes criterios por parte de Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia, a la espera de cómo se pronuncie de forma expresa el TS al resolver algún recurso de casación para la unificación de doctrina. Igualmente, dichas sentencias han activado el interés judicial de dichos juzgados y tribunales (habría que preguntarse si el motivo de tal interés es el deseo de encontrar respuestas más allá de lo que diga el TS y en su caso el TC, pero esta es sólo una hipótesis de trabajo) en la presentación de cuestiones prejudiciales, siendo cuatro las que se han presentado ante el TJUE hasta el momento de redactar este artículo (si bien una de ellas lo fue con anterioridad a la publicación de las sentencias). En fin, además del intenso, muy intenso debate, en la

---

<sup>2</sup> “Extinción de contrato y Derecho de la Unión Europea. El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y la intervención, y sus límites de la autoridad administrativa laboral”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/01/extincion-de-contrato-y-derecho-de-la.html> (última consulta: 15 de febrero de 2017).

<sup>3</sup> Documento FIDE: “Por un nuevo marco legislativo laboral: análisis de un texto de obligada lectura y atención”. Derecho de las Relaciones Laborales, nº 11, 2016, págs. 1078-1089

doctrina laboralista académica y en la doctrina judicial (cuando sus señorías se pronuncian sobre cuestiones jurídicas pero no actúan investidos de su potestad jurisdiccional), no cabe olvidar, ni mucho menos, el interés del gobierno en abordar la cuestión, con el nombramiento de un grupo de expertos que ha elevado recientemente sus “Conclusiones provisionales” y que han sido remitidas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social a la Mesa del Diálogo Social para la Agenda Integral por la calidad en el empleo.

Desde la publicación de las sentencias y los autos del TJUE he prestado especial atención tanto a su análisis muy detallado como a su acogimiento por las sentencias de los jueces y tribunales españoles, y en no menor medida a los debates en la doctrina académica y judicial. Por todo ello, el texto que sigue a continuación es un reflejo, como no podría ser de otra forma, de ese esfuerzo investigador realizado desde hace varios meses, convenientemente revisado y actualizado, dado que la rapidez con que se desarrollan los acontecimientos han puesto sobre la mesa del debate jurídico varias y diversas cuestiones que inicialmente no se habían planteado.

A tal efecto examinaré y estudiaré las sentencias (por el orden en que fueron conocidas) y autos del TJUE, unida a la anotación de las sentencias nacionales que se han dictado en dos de los casos abordados por el TJUE y una más que aplica su doctrina en la primera. Repasaré después el contenido de las cuestiones prejudiciales planteadas y que aún no han sido resueltas, y me imagino que todavía tardará varios meses en hacerlo, por el TJUE. Finalizaré con unas anotaciones sobre los criterios expuestos en el documento del grupo de expertos, anotaciones que tendrán la misma dosis de provisionalidad que tienen aquellas, como se han cuidado de destacar sus autores. Para un seguimiento exhaustivo de todas las sentencias que se han dictado en relación con la temática objeto de la presente ponencia, es obligada la remisión al blog del profesor Ignacio Bertrán de Heredia<sup>4</sup>

Las muchas, ricas, extensas e intensas aportaciones de la doctrina académica y judicial han sido objeto de atención en varias entradas de mi blog por lo que me permito remitir en este momento al mismo a todas las personas interesadas<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina “de Diego Porras” (FEB’17)”. <http://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/> (última consulta: 16 de febrero de 2017).

<sup>5</sup> [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es) A mis comentarios cabe añadir ahora, por no haber sido objeto de referencia con anterioridad, el monográfico de diálogos con la jurisprudencia (y doctrina judicial multinivel), publicado en la RTSS CEF, febrero 2017, con el título “El minotauro del empleo temporal español: crece el laberinto judicial”. En la presentación, que corre a cargo del director de la Revista, el profesor Cristóbal Molina, se pone de manifiesto que “la trilogía sísmica” (refiriéndose a las tres sentencias del TJUE) han removido “todo el sistema de empleo público temporal español”.

También, la aportación del magistrado Juan Molins G. Atance. “La indemnización extintiva de los contratos temporales: sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso De Diego Porras”, publicado en La Ley digital nº 8867, 21 de noviembre de 2016. Para Juan Molins G., la raíz de la sentencia del TJUE radica en que se encontró “con un caso ciertamente extremo, en el que el contrato temporal era lícito después de que la trabajadora hubiera desempeñado idénticas funciones que un titular durante mucho tiempo (diez años) sin devengar indemnización alguna cuando se extinguió, a diferencia de otros trabajadores temporales en España.” Es porque se trata de un caso extremo que el autor considera que el TJUE ha resuelto en los términos que lo ha hecho.

Y todo ello, siempre teniendo en consideración, como he expuesto y defendido en muchas ocasiones, que los debates sobre las sentencias del TJUE, que han girado principalmente sobre el derecho a indemnización de los trabajadores interinos en concreto y de los trabajadores temporales más en general, no nos impida ver el que a mi parecer es el más importante, el de la calidad y estabilidad en el empleo. Y en este punto, no sólo es necesaria una reforma laboral sino también cambios importantes en el modelo productivo de nuestro país. Aquí está, creo, la verdadera apuesta de cambio.

## **2. Las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016.**

### **2.1. Consideraciones generales previas.**

Bajaban tranquilas las aguas judiciales españolas respecto a los litigios derivados de la finalización de una relación laboral de duración determinada, y señaladamente la de los contratos de interinidad, hasta que llegaron las tres sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, en especial la dictada en el asunto C-596/14, ya archiconocido como Caso De Diego Porras.

En efecto, la discusión en sede judicial, en caso de producirse, versaba sobre el cumplimiento de la normativa sobre contratación temporal del art. 15 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en la actualidad Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre), y del RD 2720/1998 de 20 de noviembre. Más exactamente, de si estábamos en presencia de un auténtico contrato temporal o bien de una contratación que no respetaba la normativa citada y que por haberse celebrado en fraude de ley debía considerarse un contrato indefinido, y derivar de tal decisión las consecuencias pertinentes en orden a declarar la improcedencia del despido y fijar la indemnización a abonar, es decir 45 o 33 días de salario por año de servicio, según que la contratación se formalizara o no antes de la reforma laboral de 2012, y con los límites marcados en el art. 56 TRLET y la disposición transitoria quinta del RDL 3/2012 de 10 de febrero (y posterior Ley 3/2012 de 6 de julio), que actualmente ha pasado a ser la disposición transitoria undécima del TRLET.

No había discusión sobre la cuantía de la indemnización (repito sobre contratación temporal, aunque si la habría para trabajadores indefinidos no fijos a partir de 2013 en la jurisprudencia del TS y el reconocimiento de su derecho a percibir una indemnización semejante a la de los trabajadores temporales en el momento de la extinción del contrato), dado que el art. 15.6, que daba cumplimiento a la normativa comunitaria (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco

---

En fin, también debe referenciarse la aportación del responsable del gabinete jurídico de la UGT de Cataluña Luís Ezquerro, con su artículo "Comentarios evolutivos sobre la sentencia Ando de Diego Porras (TJUE 14 de septiembre de 2016). Sindicalisme als Jutjats (Butlletí del gabinet jurídic de la UGT de Catalunya, 10 de febrer de 2017, núm. 4). El autor desarrolla en la parte final del artículo la tesis de que no puede catalogarse de idónea la diferencia de trato (entre contratados temporales e indefinidos) "en atención a que la causa objetiva existe de forma apriorística y se consolida en una determinada modalidad contractual, o bien no existe a priori y genera el contrato indefinido". Esta tesis no la acepta el TJUE, que requiere que para justificar la diferente regulación "debe existir o parecer un plus diferencial que tenga sustantividad propia y elevada sustancialidad". En realidad, del juego del art. 3.2 de la Directiva 1999/70/CE y de la sentencia De Diego Porras, parece claro que ni la norma ni el tribunal admiten que "dos trabajadores... con la misma formación, categoría e iguales funciones y misma forma de prestación, tengan contraprestaciones distintas".

de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada), había fijado el principio de igualdad de derechos entre trabajadores con contratos temporales e indefinidos, si bien “sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos”.

Pues bien, las “particularidades específicas” se concentraban en la indemnización a la finalización del contrato, reconocida a partir de 2001 a los contratos para obra o servicio y a los eventuales por necesidades de la producción (arts. 15 1 a y b del TRLET), pero no “en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos”. De la indemnización inicial de ocho días se ha pasado en la actualidad a los doce días por año de servicio.

Por consiguiente, parecería que respecto a los contratos de interinidad no había conflicto entre el marco normativo interno y el comunitario, o dicho más correctamente no se había planteado en sede judicial hasta que se presentó por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid la cuestión prejudicial que daría lugar a la sentencia del caso De Diego Porras.

Pues bien, la semana del 14 al 21 de septiembre de 2016 fue muy movida, jurídicamente hablando, para la normativa española estatal y autonómica, reguladora de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas. El TJUE dictó tres sentencias y dos autos en los que queda constancia (en todas las sentencias y en un auto) de la vulneración por aquellas de la Directiva 1990/70/CE, en cuyo anexo se transcribe el acuerdo marco suscrito el 18 de marzo de 1999 por las organizaciones sindical y empresarial europea (CES, UNICE y CEEP) sobre el trabajo de duración determinada. Resoluciones que deberán ineludiblemente conducir a una modificación de la normativa laboral y administrativa de aplicación, para evitar que se sigan produciendo decisiones judiciales como las dictadas, y también para evitar dejar en manos de la judicatura todos y cada uno de los problemas que se planteen y correr así el riesgo de interpretaciones diversas, y en más de una ocasión contradictorias, hasta llegar a la posible unificación de doctrina por parte de la Sala de lo Social del TS.

¿Qué tesis contienen con carácter general, dichas sentencias? Que la normativa española sobre extinción de los contratos o nombramientos de personal interino, no es conforme con la citada Directiva. Que no puede tratarse de diferente (= peor) condición a estos trabajadores en el momento de extinción de su contrato que a los trabajadores indefinidos con los que se puedan comparar. Que el nombramiento de interinos puede estar justificado, pero que deja de ser tal cuando se acumulan nombramientos durante varios años, y que las plazas que ocupan dichas personas deberían salir a concurso público para su adecuada provisión, y mientras tanto que no puede extinguirse la relación de forma unilateral por decisión del empleador.

¿Se refieren las sentencias del TJUE a los restantes trabajadores temporales, por ejemplo los contratados para obra o servicio, o por necesidades de la producción? Concretamente no tratan sobre su situación, porque la normativa europea no regula la posible discriminación entre trabajadores temporales según su modalidad contractual, sino sólo entre trabajadores temporales e indefinidos comparables. Pero, una vez hecha esta afirmación jurídica, no cabe duda de que sí tienen un impacto indudable sobre todas las relaciones de trabajo de duración determinada, abriendo el camino para una necesaria reforma de la normativa laboral que proteja adecuadamente a todos ellos.

Cabe preguntarse si era necesario esperar al tirón de orejas del TJUE para reconocer que la normativa española necesitaba revisión. La respuesta es claramente que no, porque ya hace casi dos años, el 26 de marzo de 2015, la Comisión Europea había enviado una “carta de emplazamiento” al gobierno español por infracción de la normativa comunitaria, en concreto sobre la aplicación de la cláusula 4 del acuerdo marco y la discriminación operada en la regulación de las condiciones de trabajo entre el personal fijo o indefinido comparable y “los funcionarios con contrato de duración determinada o interinos en el sector público español”. Además, ¿quién puede sorprenderse del tirón de orejas cuando los casos que han llegado al TJUE en las tres sentencias se refieren a personal estatutario, funcionarios interinos, o contratados laboral por contrato de interinidad, que venían prestando sus servicios en “interinidad permanente” desde hacía bastantes años? En cualquier caso, y también es muy importante reseñarlo, no se afirma en las sentencias del TJUE que la regulación de la contratación de duración determinada en España, en concreto de las causas que la justifican, sea incorrecta jurídicamente hablando, sino que aquello que realmente lo es versa sobre su flagrante incumplimiento en numerosas ocasiones, y que las diferencias de trato entre trabajadores temporales (laborales, estatutarios e indefinidos) no pueden estar nunca justificada por la mera duración temporal de los contratos, sino que debe existir una causa o razón objetiva vinculada al tipo de trabajo y a las condiciones de su desempeño.

## **2.2. Nombramiento de personal estatutario temporal eventual en el ámbito sanitario público. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15).**

El miércoles 14 de septiembre se hizo pública la sentencia dictada por la Sala décima del TJUE en el asunto C-16/15, en la que no hubo conclusiones del abogado general, que afecta directamente a España en cuanto que se trata del conflicto planteado entre el Servicio madrileño de salud y una persona que prestaba sus servicios para el mismo, concretamente como enfermera en el hospital universitario de Madrid, en virtud de un nombramiento de fecha 5 de febrero de 2009 (al que siguieron otros siete hasta el 31 de marzo de 2013), efectuado como personal estatutario temporal eventual, al amparo del art. 9 de la Ley 55/2003 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: “Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusulas 3 a 5 — Sucesivos contratos de duración determinada en el sector de la sanidad pública — Medidas que tienen por objeto prevenir el recurso abusivo a relaciones de trabajo de duración determinada sucesivas — Sanciones — Modificación de la relación de servicio — Derecho a indemnización”. Tras la sentencia, se publicó un comunicado de prensa, titulado "La utilización de nombramientos de duración determinada sucesivos para atender necesidades permanentes en el sector de los servicios de salud es contraria al Derecho de la Unión"

No es la primera ocasión, ni será la última, en la que el TJUE se pronuncia sobre la conformidad a la normativa comunitaria sobre trabajo de duración determinada de nuestra normativa interna. Ahora bien, el interés especial de la nueva sentencia, y que es muy probablemente lo que ha motivado que merezca mayor atención mediática que otras, es que aborda la situación laboral de una persona sometida a régimen estatutario, a la que es de aplicación su normativa específica (la ya citada Ley 55/2003) en cuanto



que no se trata de una relación contractual laboral regulada por la Ley del Estatuto de los trabajadores. Recordemos que el art. 1.3 de la LET excluye de su ámbito de aplicación “a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias”.

Como consecuencia del estatus jurídico de la persona afectada por ocho nombramientos como personal estatutario temporal eventual, ha sido un juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid, el núm. 4, el que ha elevado la cuestión prejudicial tras que la persona afectada interpusiera en primer lugar recurso de alzada el 30 de abril de 2013 como consecuencia de la comunicación efectuada por la empresa con anterioridad de la finalización de su prestación laboral el 31 de marzo y habiendo sido desestimado por silencio administrativo interpuso recurso contencioso-administrativo. Queda constancia de que, sin solución de continuidad se produjo un nuevo nombramiento de tres meses a partir del 1 de junio, y que la razón del fin del (séptimo) nombramiento encontraba su base legal en la Orden autonómica de 28 de enero de 2013, en la que estipulaba (vid apartado 16) que “... para cumplir el objetivo de contención del gasto público, se establecía que, una vez llegada la fecha de fin del nombramiento, debía procederse al cese del personal estatutario temporal eventual y a la liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, fuera a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular”.

En dicho recurso, según puede leerse en el apartado 18 de la sentencia, la recurrente alegó esencialmente que los sucesivos nombramientos “no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente. En consecuencia, la sucesión de nombramientos de duración determinada incurre en fraude de ley y la relación de servicio debe transformarse”. Por consiguiente, ha de quedar claro de entrada, que se trata de un conflicto de una persona sometida a régimen estatutario y no laboral, y que aquello que será más relevante destacar de la sentencia del TJUE será la aplicación del Acuerdo marco CES-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada no sólo a los trabajadores sometidos a relación jurídico contractual laboral, sino también a otras personas que presten su actividad para una empresa y con independencia del título jurídico (en este caso regulación estatutaria) en virtud del cual se lleva a cabo la prestación.

Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 55/2003 se puede leer que “La conveniencia de una normativa propia para este personal deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud”, disponiendo el art. 1 que la norma tiene por objeto “establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal”, siendo aplicable según el art. 2 “al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado”, así como también “al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas

por las distintas comunidades autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma”.

El conflicto jurídico versará sobre el art. 9, regulador de la figura del personal estatutario temporal, que dispone lo siguiente:

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

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

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

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

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

a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.

c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

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

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

4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

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

Como ya he indicado, el litigio del que ha conocido el TJUE se plantea mediante cuestión prejudicial presentada por el juzgado C-A con ocasión de la presentación del recurso C-A por la persona afectada por los sucesivos nombramientos. En apretada síntesis, la redacción del art. 9 no permitiría limitar de manera efectiva la prestación de servicios de duración determinada, ya que la acumulación de nombramientos en los términos recogidos en su apartado 2 puede llevar a juicio de la Administración, pero no queda obligada, a la creación de una plaza estructural, y en tal caso la situación del personal estatutario seguiría siendo temporal por tener la Administración “... la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal”. Igualmente, el juzgador abriga duda sobre la existencia de discriminación entre el personal laboral y el personal estatutario con contratos y nombramientos, respectivamente, de duración determinada, por la garantía de estabilidad en el empleo

que tienen los primeros ex art. 15.3 de la Ley cuando el contrato se haya celebrado en fraude de ley, garantía de la que no disfruta el personal estatutario. Por todo ello, el juzgado elevó las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

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

a) No fija una duración máxima total para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos.

b) Deja a la libre voluntad de la Administración la decisión de proceder a la creación de plazas estructurales, cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años.

c) Permite realizar nombramientos de carácter eventual sin exigir la constancia en los mismos de la concreta causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que los justifique.

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

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

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

Con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial, el juzgado solicitó la tramitación del asunto mediante procedimiento acelerado, con justificación de esta petición, recogida en el auto del TJUE de 24 de abril de 2015 que la deniega, en el hecho de que “el nombramiento del personal estatutario temporal es un mal endémico de la sanidad pública española, pues aproximadamente un 20 % a un 25 % de las plazas están ocupadas por personal nombrado con carácter eventual, con una duración media de cinco a seis años, llegando algunos de ellos a rebasar los quince años de prestación ininterrumpida de servicios. El órgano jurisdiccional remitente precisa que, en el presente asunto, el factor del número potencial de afectados por el planteamiento de la cuestión prejudicial se ve agravado, por un lado, por el hecho de que miles de familias se encuentran indudablemente en una situación laboral de precariedad, lo que conlleva serias dificultades para afrontar su proyecto de vida —como el acceso a una vivienda en propiedad o la educación para sus hijos— y, por otro lado, por el hecho de que esta situación de precariedad incidirá negativamente en la calidad de un servicio público de base, como es la sanidad”.

El TJUE acude a su consolidada doctrina jurisprudencial para recordar que “el número elevado de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse afectadas por la resolución que deba dictar un órgano jurisdiccional remitente tras solicitar que el Tribunal de Justicia se pronuncie con carácter prejudicial no puede, como tal, considerarse una circunstancia excepcional que sirva para justificar la aplicación del procedimiento acelerado”. Igualmente recuerda su doctrina de que “ni el mero interés de los justiciables, por grande y legítimo que sea, en que se determine con la mayor rapidez posible el alcance de los derechos que les confiere el Derecho de la Unión, ni la trascendencia económica o social del litigio principal, implican que el litigio deba resolverse en breve plazo conforme al artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento”, formulando además una crítica nada velada al juzgador solicitante al afirmar que “dado que el litigio principal se halla pendiente desde el mes de septiembre de 2013, no parece que haya sido tramitado con carácter de urgencia por los órganos jurisdiccionales nacionales antes de plantear la cuestión prejudicial el 16 de enero de 2015”.

El TJUE procede en primer lugar al estudio de la normativa europea e interna del Estado que sea de aplicación. Dado que el conflicto versa sobre la interpretación de tres cláusulas, números 3, 4 y 5, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada recogido en el anexo de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, recuerda cuál es el objeto de la Directiva (“aplicar el acuerdo marco”), algunos apartados (6, 7 y 8) de las consideraciones generales del acuerdo marco previas a sus cláusulas, y las cláusulas 2, 3, 4 y 5, interesándose en destacar ahora que el acuerdo se aplica a trabajadores “con contrato de trabajo o relación laboral”, que el concepto de trabajador con contrato de duración determinada se refiere a “un trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral”, y que el apartado 1 de la cláusula 5 se refiere a la regulación de las medidas que deben adoptar los Estados miembros destinadas a evitar la utilización abusiva “de contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Subrayo que el acuerdo marco no sólo se refiere a la contratación laboral temporal, sino también a otras relaciones laborales que, lógicamente, serán reguladas por otra normativa, pero a las que los firmantes del acuerdo marco, y posteriormente la Directiva, acuerdan conceder los mismos derechos en punto a la estabilidad en el empleo cuando la prestación laboral se desarrolla al margen de la legalidad.

En segundo término, el TJUE procede al estudio de la normativa interna española; en primer lugar, el ya citado art. 9 de la Ley 55/2003; a continuación, la normativa laboral propiamente dicha, es decir la LET y más concretamente su art. 15.3, que establece la presunción de la consideración de indefinidos de los contratos temporales que se celebren en fraude de ley, y el art. 49.1 c) regulador de la indemnización de determinados contratos de duración determinada en el momento de su finalización, así como también el Real Decreto 2720/1990 de 18 de noviembre, que desarrolla el art. 15 de la LET, mencionando que el art. 3, regulador del contrato eventual “está pensado para dar respuesta a necesidades coyunturales”.

El TJUE procede en primer lugar, al entrar en la resolución jurídica del conflicto, al examen de las cuestiones prejudiciales primera y tercera, es decir a determinar si la cláusula 5 del acuerdo marco se opone a una normativa como la del art. 9 de la Ley 55/2003, porque la norma interna no daría respuesta favorable a la necesidad de justificar la temporalidad de una prestación laboral “por causas objetivas”. A partir de aquí, el TJUE recuerda los ejes principales de su consolidada doctrina sobre cómo deben interpretarse algunas cláusulas del acuerdo marco, a la que ya he prestado

detallada atención en mis comentarios a anteriores sentencias del TJUE publicados en el blog. La más relevante a mi parecer, es que el acuerdo engloba a todos los trabajadores, “sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno”. El acuerdo no excluye ningún sector particular, por lo que, ya respondiendo a la cuestión prejudicial planteada, “un trabajador como la demandante en el litigio principal, que presta servicios como enfermera y forma parte del personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud, está incluido en (su) ámbito de aplicación”.

EL TJUE repasa su amplia y consolidada doctrina sobre la interpretación del apartado 1 de la cláusula 5, que tiene por finalidad fijar unas reglas generales, y de aplicación concreta por parte de cada Estado en los términos que estime más oportunos, para evitar que una persona trabajadora se vea afectada por una sucesión injustificada de contratos temporales, persiguiendo la Directiva “evitar la precarización de los asalariados”, en cuanto que la protección de cualquier persona trabajadora debe ir dirigida a garantizar su estabilidad en el empleo, de tal manera que los contratos de duración determinada “sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y los trabajadores en ciertas circunstancias” De ahí que delimite con claridad la obligación de que existan “razones objetivas” (como la enumeradas en la propia cláusula) para justificar la formalización de “contratos o relaciones laborales” de duración determinada. En suma, cada Estado tiene un amplio margen para elegir los medios que considere oportuno para alcanzar el resultado perseguido por la Directiva, de tal manera que las decisiones normativas adoptadas no deben, ni pueden, poner en peligro “el efecto útil” del acuerdo, adoptando además medidas adecuadas para garantizar la plena eficacia de las normas protectoras, medidas que deben ser “proporcionadas, efectivas y disuasorias” para garantizar la plena efectividad de la regulación legal.

Tras este amplio recordatorio de la doctrina del TJUE sobre la protección de quienes trabajan en virtud de la existencia de un contrato o relación laboral de duración determinada, el tribunal también recuerda que la interpretación del ordenamiento jurídico interno es competencia de los tribunales de cada Estado, por lo que será el juzgado remitente de la cuestión prejudicial quien deberá valorar si las medidas existentes en el derecho español, en el caso concreto enjuiciado constituyen “una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”, sin perjuicio de poderse facilitar por parte del TJUE “precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su apreciación”.

Tales precisiones, y yo diría que algo más, consistirán en el litigio en cuestión, en comprobar “si las disposiciones de la norma nacional controvertida en el litigio principal, que permiten la renovación de nombramientos de duración determinada en el ámbito de los servicios de salud, pueden constituir medidas enunciadas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, y, más concretamente, razones objetivas que justifican la renovación de contratos o de relaciones laborales de duración determinada”. Sigue recordando su doctrina el TJUE, cual es que el concepto de razón o causa objetiva “se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”, y que tales circunstancias “pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o,

eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”. Ahora bien, no se ajusta a esos requisitos una disposición nacional que se limite a autorizar “de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”, porque sería un cumplimiento meramente formal pero en absoluto real del acuerdo, ya que no permitiría saber si en efecto existe esa razón o causa objetiva, y en consecuencia entrañaría “un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de contratos”, por lo que no sería en absoluto compatible “ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco”.

Tras este largo, extenso y detallado recordatorio de las notas principales de su doctrina en materia de protección de las personas con contrato o relación laboral de duración determinada, el TJUE pasa revista al contenido del art. 9.3 del Estatuto marco, concluyendo que sí limita la utilización de una prestación laboral (la sentencia ya utiliza el término contrato en el apartado 43) a casos en principios debidamente objetivos y que responden a necesidades provisionales, por lo que, en principio, cumple con el requisito antes señalado de “no establecer una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de duración determinada”.

Las razones del art. 9.3 pueden entenderse razonable en el marco de un sector de actividad, sanidad y más en concreto la pública, en el que existe una amplia rotación del personal por muy diversos motivos, y el legislador tiene un margen de maniobra para regular esa actividad laboral de duración determinada a fin y efecto de garantizar “la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes”. Pero esa flexibilidad que acepta el TJUE decae, desaparece y por tanto no es aceptada cuando, tal como dispone la normativa española, los “nombramientos de duración determinada” (terminología ahora utilizada correctamente) pueden renovarse “para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo”. De aceptarse tal posibilidad se iría frontalmente en contra de aquello que es la finalidad del acuerdo marco, es decir “que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral”, y sin cuestionar en modo alguno que “los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades”.

La ayuda o “precisiones” que puede realizar el TJUE para facilitar la tarea del juzgado interno van a ir a mi parecer un paso más allá en cuanto que el TJUE deduce de los datos facilitados en el auto de remisión de la cuestión prejudicial que los sucesivos nombramientos de la recurrente como personal estatutario temporal eventual “no parece responder a meras necesidades temporales del empleador”, basándose, y de ahí la importancia de una buena motivación y fundamentación del auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, que el juzgador español ha aportado datos que ponen de manifiesto la muy elevada precariedad de las personas trabajadoras en el sector sanitario público, siendo muy relevantes los datos recogidos en el apartado 51, que estaban expuesto en el auto del juzgador interno, en el que “califica de «mal endémico» la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal y que considera que alrededor del 25 % de las 50 000 plazas de plantilla de personal facultativo y sanitario de la Comunidad de Madrid están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal, llegando en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años”. Por todo ello, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea se

opone a que una norma nacional como el art. 9.3 de la Ley 55/2003 introduzca tal flexibilidad en los nombramientos de duración determinada que en la práctica los mismos se utilicen para cubrir puestos de trabajo que en realidad deberían estar ocupados por personal estable, en cuanto que resuelven necesidades que “son permanentes y estables”.

¿Qué ocurre con el margen de discrecionalidad otorgado por el art. 9 a la Administración para crear puestos de trabajo estructurales cuando se comprueba que hay determinadas renovaciones temporales de nombramientos de duración determinada en un determinado lapso de tiempo? Dicha creación puede ser una buena herramienta para luchar contra la utilización abusiva de contratos temporales y así lo reconoce el TJUE, siempre y cuando el tránsito desde una causa o razón objetiva que posibilita una prestación laboral temporal hasta la creación de dicho puesto de trabajo estructural se ajuste a las exigencias del acuerdo marco. Pues bien, de la redacción del art. 9.3, y de los datos facilitados en el auto de remisión de la cuestión prejudicial, el TJUE concluye que no existe ninguna obligación para la administración sanitaria española de la creación de tales puestos de trabajo estructurales con los que debería darse por finiquitada el nombramiento de personal laboral temporal eventual, y ello es así porque aunque puedan crearse, la norma posibilita que sean ocupados por personal estatutario temporal interino, sin límite de duración ni de número de posibles renovaciones, por lo que “la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente”. Sería contrario al acuerdo marco un texto normativo, como el español, que posibilita los nombramientos de duración determinada, con mucha flexibilidad, para cubrir puestos de trabajo permanentes y estables, cuando en el Estado al que pertenece el juzgador existe, debidamente constatado, “un déficit estructural de puestos de personal fijo” en la administración pública sanitaria.

Sentada doctrina sobre el núcleo duro y relevante de las cuestiones planteadas por el juzgador, la Sala aborda la segunda cuestión prejudicial, esto es si la cláusula quinta se opone a una norma como la española, de 2013, que obliga a finalizar la relación de servicio en la fecha prevista inicialmente por el nombramiento, y la pertinente liquidación de haberes, aun cuando sin solución prácticamente de continuidad se lleve a cabo un nombramiento para seguir desempeñando la misma actividad. Es ciertamente, y coincido con el tribunal, una cuestión muy concreta que no encontrará respuesta específica en el acuerdo marco, en cuanto que el mismo fija criterios generales de actuación para todos los Estados y deja un amplio margen de actuación para que estos lo cumplan en los términos que estimen más adecuados, siempre y cuando se evite la discriminación y el trato abusivo hacia las personas que tienen contrato o relación laboral de duración determinada. Deberá ser el juzgador nacional el que habrá de comprobar si ello es así o no, en el bien entendido, y me parece muy importante destacarlo que sería contrario al acuerdo marco, por verse completamente privado de su objeto, “si el mero hecho de que una relación laboral se considere nueva en Derecho nacional pudiera constituir una «razón objetiva», en el sentido de dicha cláusula, que permitiera autorizar una renovación de un contrato de trabajo de duración determinada”.

La última cuestión prejudicial analizada por el TJUE es la cuarta planteada por el juzgador español, y responde a la posible existencia de diferencia de trato no justificada, y por ello discriminatoria, entre el personal “con nombramiento estatutario temporal” y el personal “con contrato de duración determinada”, ya que los segundos, en los términos dispuestos en el art. 49.1 c) de la LET, tienen derecho a una indemnización por

finalización de contrato, mientras que no recibe ninguna indemnización el personal estatutario temporal al finalizar el período fijado en su nombramiento.

El TJUE se declarará incompetente para responder esta cuestión tras el estudio de la cláusula 4 del acuerdo marco y de su propia doctrina, y concluir que no se da el supuesto que permitiría su conocimiento.

¿Cuál es su argumentación? Que el principio de no discriminación ha sido aplicado en cuanto se ha debatido sobre las diferencias de trato entre trabajadores con contratos temporales e indefinidos “que se encuentren en situación comparable”, mientras que no está contemplado para debatir sobre las diferencias entre personal trabajador en razón de su carácter funcionarial o laboral, y en ambos casos tratándose de situaciones estatutarias o contractuales de duración determinada. Para el TJUE sólo sería posible entrar a conocer de un litigio, por ser de aplicación la cláusula 4 del acuerdo marco, cuando existiera una diferencia de trato entre personal estatutario con relación de servicios por tiempo indefinido y personal estatutario con nombramiento temporal y que realizaran “un trabajo comparable”, diferencia consistente en que el primero grupo percibiera una indemnización al finalizar su prestación y no el segundo, pero ello no ocurre, y tal como afirma el TJUE “ en la medida en que ningún elemento de los autos en poder del Tribunal de Justicia deja ver que en el litigio principal exista una diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual y el personal estatutario fijo, la diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

En definitiva, la sentencia lleva a plantear la necesidad de resolver una situación laboral fáctica en la sanidad pública en la que el grado de incumplimiento de la normativa europea se ha demostrado de forma clara y fehaciente, y que requerirá a mi parecer que se adopten las medidas normativas oportunas, tratando de buscar fórmulas jurídicas que permitan que el personal con nombramiento temporal que en realidad no es tal por cubrir necesidades permanentes y estables puede tener mayor estabilidad en su vida laboral, con acercamiento a la situación del personal indefinido no fijo en el ámbito laboral en sentido estricto. Buena cuestión para debate.

### **2.3. La aplicación de la jurisprudencia del TJUE por los tribunales españoles. Una nota a la sentencia del TSJ de Andalucía (C-A) de 30 de septiembre de 2016.**

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) dictó una sentencia, de fecha 30 de septiembre, en la que aplica la jurisprudencia del TJUE relativa al personal estatutario con nombramientos temporales o eventuales de carácter sucesivo y no debidamente justificados.

La sentencia del TSJ (C-A) andaluz, de la que fue ponente el magistrado Pedro Luís Roás, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de lo C-A núm. 3 de Sevilla dictada el 4 de diciembre de 2015. La demanda presentada por una trabajadora sanitaria del ámbito público, con la categoría de auxiliar administrativa, solicitaba que se acordara y reconociera que “la relación jurídica que le une con el Servicio Andaluz de Salud es laboral indefinida”, más exactamente “el reconocimiento de la condición de personal estatutario indefinido”.

En los fundamentos de derecho tenemos conocimiento de la situación fáctica que motivó la demanda, con diversos nombramientos temporales de sustitución y nombramientos eventuales para cobertura de festivos y vacaciones y para la cobertura



de necesidades coyunturales, en los hospitales Virgen Macarena y Virgen del Rocío. La prestación de servicios se llevaba a cabo desde el 27 de noviembre de 2000, con períodos de inactividad de la demandante entre algunos nombramientos. Consta también que todos los nombramientos “eran eventuales, con finalidad y duración determinada, siendo aceptados los mismos, sin que conste se interpusiera recurso alguno”. Pero más concretamente, la demanda encuentra su razón de ser en los sucesivos nombramientos efectuados de manera ininterrumpida “y de forma eventual” desde diciembre de 2011 hasta el último, formalizado el 1 de marzo de 2015. La tesis de la parte demandante era que la continuidad en los nombramientos eventuales demostraba “la existencia de un fraude o abuso por la Administración, debiéndose entender que la contratación era por necesidades ordinarias, no incardinables en la contratación eventual”, y consiguientemente debía reconocerse “el carácter de estructural del puesto y su consideración como personal estatutario indefinido”.

La Sala pasa revista en primer lugar el contenido del art. 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el nombramiento de personal estatutario con carácter eventual en determinados supuestos, cuándo se producirá el cese, y cuándo procederá el estudio de la posible creación de una plaza estructural. A continuación, recuerda cuál fue el contenido de la sentencia del juzgado C-A, que desestimó la demanda por considerar que la regulación española tendría cobertura en la normativa comunitaria, en la Directiva 1999/70/CE y en el acuerdo marco sobre la contratación de duración determinada anexo, ya que los nombramientos temporales estarían justificados por causas objetivas, ya que todos ellos se orientaban “... a la vista de la hoja de servicios... a la debida atención de necesidades provisionales...”. Tesis contraria será la mantenida por la Sala, a partir de la prueba practicada y de la documentación incorporada, y así lo expone con claridad y contundencia en el fundamento de derecho cuarto: “falta de indicación de una concreta causa o razón objetiva que justifique el empleo en este supuesto de los diversos nombramientos eventuales de que ha sido objeto la Sra.... No constan o se aportan los diferentes nombramientos y en la hoja de servicios tampoco se deja constancia de la concreta causa o razón a la que aquellos obedecían”.

El debate jurídico, una vez más, y lo destaco por su importancia ya que afecta a las tres sentencias del TJUE, no se centra en la existencia de nombramientos temporales o eventuales, cuya conformidad a derecho no se cuestiona siempre y cuando respondan a satisfacer necesidades temporales de personal, sino que aquello que la normativa comunitaria prohíbe, con su obligada incorporación en los términos adecuados a la normativa interna, es la utilización abusiva de aquellos, o por decirlo con las propias palabras del TSJ andaluz “cuando se orienta a satisfacer necesidades permanentes y duraderas resultantes generalmente de una falta estructural de personal titular”.

En este punto, la Sala transcribe ampliamente la sentencia del TJUE en el asunto C-16/15 y su rechazo de los nombramientos temporales para cubrir necesidades permanentes, por lo que para saber si la normativa interna respeta el derecho comunitario se habrá de analizar si concurren razones objetivas que justifiquen la citada temporalidad, y corresponderá al órgano jurisdiccional nacional “constatar la concurrencia y justificación de la causa objetiva”. En efecto, en mi comentario anterior de la sentencia C-16/15, y refiriéndome a las tesis del TJUE, expuse que “Las razones del art. 9.3 pueden entenderse razonable en el marco de un sector de actividad, sanidad y más en concreto la pública, en el que existe una amplia rotación del personal por muy diversos motivos, y el legislador tiene un margen de maniobra para regular esa actividad laboral de duración determinada a fin y efecto de garantizar “la adecuación constante

entre el personal sanitario y el número de pacientes”. Pero esa flexibilidad que acepta el TJUE decae, desaparece y por tanto no es aceptada cuando, tal como dispone la normativa española, los “nombramientos de duración determinada” (terminología ahora utilizada correctamente) pueden renovarse “para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo”. De aceptarse tal posibilidad se iría frontalmente en contra de aquello que es la finalidad del acuerdo marco, es decir “que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral”, y sin cuestionar en modo alguno que “los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades”.

Ante la duda jurídica de si los sucesivos nombramientos eventuales estaban justificados por causas o razones objetivas, correspondía la carga de la prueba a la Administración demandada, sin que, como he expuesto con anterioridad, ello hubiera sido así a juicio de la Sala, por lo que la conclusión jurídica será “su inadecuado y abusivo empleo por la Administración demandada en este concreto supuesto”. El carácter fraudulento de los sucesivos nombramientos, y por consiguiente su nulidad, no puede quedar desvirtuado por el hecho de no haber accionado contra cada uno de ellos, es decir “por el consentimiento tácito de afectado”, siendo así además que en el caso litigioso ahora analizado la trabajadora aún no había sido cesada y continuaba desempeñando sus tareas, que no se correspondían con el carácter temporal del nombramiento.

Llegados a este punto, la duda jurídica que surge es la de saber en qué situación laboral quedará la trabajadora, y aquí la Administración demandada argumenta que no puede entenderse que la nulidad, caso de ser estimada, como así será, por la Sala, pueda llevar a la “obtención de un nombramiento indefinido”, ya que ello supondría a su parecer, “modificar por vía de sentencia la naturaleza de los nombramientos eventuales o de sustitución”. La Sala, con apoyo en otra sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2014, se plantea cuál puede ser la respuesta jurídicamente correcta a una pretensión como la planteada y también a la argumentación de la Administración como parte empleadora, concluyendo que “... en el marco de las exigencias derivadas del principio de congruencia, resulta posible reconocer una situación menor o inferior, aunque diferente, de la pretendida por las partes, siempre que con ello no se produzca una alteración sustancial de la pretensión deducida en los términos en que la misma fue formulada”.

En el marco de la ponderación de las consecuencias derivada de la irregularidad en los nombramientos, y teniendo presente en este caso concreto, recuerdo ahora, que la trabajadora aún no había sido cesada, la Sala de lo C-A se acerca a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS, de tal manera que reconoce el derecho de la trabajadora a permanecer en su actividad de prestación de servicios para la Administración demandada, es decir en el puesto de trabajo que ocupa, “hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria, y a los derechos inherentes a esa posición”. Es decir, y en la misma línea que la jurisprudencia de la Sala Social, la extinción del nombramiento no podrá producirse a la llegada del término previsto por no darse la causa o razón objetiva que justifique su finalización. Deberá ser la Administración, en el ejercicio de sus competencias, la que decida si procede a la amortización del puesto de trabajo, o bien si decide su mantenimiento en tal caso “someterlo al correspondiente proceso selectivo al que debería concurrir el provisionalmente contratado que habría de someterse y estar a los resultados de ese proceso sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad...”. Sin cita de los preceptos de la Ley del Estatuto de los

trabajadores, por ser de aplicación la norma al personal laboral en sentido estricto, parece que la Sala aceptaría, por mor de la jurisprudencia del TJUE, la equiparación de la protección de los trabajadores con nombramientos temporales o eventuales, de forma irregular, con la de los trabajadores indefinidos laborales cuyo contrato se extinga por causas objetivas al amparo de lo dispuesto en los art. 51 y 52 de la LET.

En suma, se trata de una sentencia que une Derecho del Trabajo, Derecho Administrativo, Derecho comunitario y Derecho constitucional. Todos ellos aparecen, además, en la mayor parte de las sentencias que estamos debatiendo los laboristas. Quien aún crea que cada ámbito del ordenamiento jurídico es un compartimento estanco está, sinceramente a mi parecer, muy equivocado.

### **3. ¿Nombramientos indefinidos no fijos? Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-184/15 y C-197/15)**

El resumen oficial de la sentencia ahora objeto de comentario es el siguiente: “Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusulas 5 y 8 — Utilización de sucesivos contratos de duración determinada — Medidas que tienen por objeto prevenir el recurso abusivo a sucesivos contratos o a relaciones de trabajo de duración determinada — Sanciones — Transformación de la relación de servicio de duración determinada en contrato “indefinido no fijo” — Principio de efectividad”.

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

En el asunto C-184/15, se trata de una persona que presta sus servicios para el servicio vasco de salud con un nombramiento como personal estatutario temporal eventual de fecha 2 de febrero de 2010 y prorrogado en trece ocasiones hasta su finalización el 1 de octubre de 2012. El nombramiento se produjo, al amparo del art. 9.3 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios médicos de salud (Ley 55/2003), para prestar servicios “de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria”, mientras que en las prórrogas sólo hay una referencia a “las necesidades del servicio”. Contra la decisión de dar por finalizada la relación estatutaria, la trabajadora (y utilizo el término en sentido material y no formal, incluyendo a toda persona que desarrolla una actividad

remunerada para otra y con independencia de que esté regulada o no en la Ley del Estatuto de los trabajadores), interpuso recurso contencioso-administrativo, desestimado por el juzgado C-A núm. 6 de Bilbao, y posteriormente recurso ante el TSJ vasco, por considerar que los tres supuestos recogidos en el citado precepto “no pueden fundirse en una categoría global para motivar la existencia de un nombramiento de duración determinada”.

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

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

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

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

que hubiera diferencia de trato en cuanto a la finalización de una relación contractual o funcional/estatutaria y en tal caso no se vulneraría la cláusula 5.1 del acuerdo marco, citando como posible razón que justificaría tal decisión la diferente naturaleza jurídica de la relación, así como también la facultad de autoorganización de la Administración. Las cuestiones prejudiciales planteadas (la tercera es únicamente para el segundo supuesto) son las siguientes:

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

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

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

El TJUE pasa revista a la normativa europea y estatal de aplicación. Con respecto a la primera, es la Directiva 1999/70/CE en la que se recoge el acuerdo marco suscrito por las organizaciones sindical y empresariales europeas sobre el trabajo de duración determinada. En el segundo, el art. 15 de la LET, el art. 9 de la Ley 55/2003, y también el art. 89 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, que dispone que el personal al servicio de las entidades locales estará integrado por “funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial”.

A continuación, el TJUE aborda la respuesta a las dos primeras cuestiones planteadas, sin duda de relevante importancia para el elevado número de personas que prestan sus servicios en la Administración pública en régimen de derecho administrativo y que no tienen la condición de funcionario de carrera; es decir, ¿puede existir, conforme a la normativa comunitaria, un diferente grado de protección frente a la utilización abusiva de la contratación o de los nombramientos en caso de finalización según que la persona que preste sus servicios lo haga en virtud de régimen jurídico laboral o administrativo?

El TJUE se pronuncia, al analizar el contenido del acuerdo marco, en los mismos términos que lo ha hecho en su consolidada doctrina jurisprudencial. Baste añadir, para mayor concreción, que la norma remite a los Estados la adopción de medidas que corrijan el uso abusivo de la contratación, ya que en el acuerdo marco no se enuncian sanciones específicas al respecto, si bien las normas que se dicten “, no deben sin embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente

difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)". Importante es también recordar, sigo con doctrina jurisprudencial del TJUE, que la cláusula 5 del acuerdo marco "no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada", por lo que no se opone "... a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público". No obstante, la inexistencia de una tal transformación en el supuesto de tratarse de un empleador del sector público debe ir acompañada, para garantizar la protección del trabajador perseguido por el acuerdo marco, de medidas efectivas en el ordenamiento interno "para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada", debiendo ser los tribunales nacionales los que averigüen si existe y si cumple la normativa comunitaria, en el bien entendido, reitera una vez más el TJUE, que este puede aportar al órgano jurisdiccional interno "precisiones destinadas a orientar(le) en su apreciación".

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

Es aquí cuando llega la respuesta del TJUE que debe merecer especial atención, por lo que sorprende que la atención mediática que mereció la sentencia C-16/15 no la recibiera la que ahora estoy comentando, dado que concreta mucho más la protección que deben tener todas las personas que trabajan en régimen de derecho administrativo en una Administración que actúa de manera abusiva con sus nombramientos como personal temporal eventual o funcionario interino: si no hay ninguna medida (y así es) equivalente y eficaz de protección, "la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco".

Con respecto a la tercera cuestión prejudicial, únicamente aplicable al caso del trabajador que prestaba sus servicios para el ayuntamiento de Vitoria, el TJUE recuerda que la resolución de litigios y quejas que resulten de la aplicación del acuerdo marco debe ajustarse a la normativa, legal y convencional, regulada en el ámbito de cada Estado, debiéndose adoptar las medidas oportunas para garantizar la plena eficacia de aquellas normas, y que tales medidas "deben ser conformes con los principios de equivalencia y efectividad". En el marco normativo español vigente, el TJUE constata que el tribunal que conoce del litigio en el que debe resolverse si la Administración ha actuado de forma abusiva mediante sucesivos nombramiento de duración determinada sin causa o razón debidamente justificada, "no puede pronunciarse sobre una posible

solicitud de reparación del daño sufrido por el empleado afectado”. Para TJUE, en otra importante manifestación a la que habrá que prestar mucha atención por los cambios normativos que pudiera implicar en la jurisdicción contencioso-administrativa, “la obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal”, por lo que concluye que la normativa comunitaria se opone a las normas procesales nacionales que obliguen a ello.

En definitiva, esta importante sentencia confirma una vez más la importancia de la jurisprudencia del TJUE en la regulación de las relaciones de trabajo en el marco nacional español, ya estén sometidos a régimen laboral o a régimen administrativo.

### **3.1. La aplicación de la jurisprudencia del TJUE por los tribunales nacionales. Una nota a la sentencia del TSJ (C-A) del País Vasco de 12 de diciembre de 2016.**

Hago referencia a continuación a la sentencia dictada por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco el 12 de diciembre, de la que fue ponente el magistrado José Antonio González, que mereció una amplia nota de prensa del gabinete de comunicación del Poder Judicial, titulada significativamente “Condena a la sanidad vasca por uso abusivo en la contratación temporal” y que, siguiendo la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 14 de diciembre (asuntos acumulados C-184 y C-197/2015) “traslada” el concepto de “trabajador indefinido no fijo”, al ámbito estatutario, considerando que al no haberse justificado la causalidad de los nombramientos temporales el trabajador estatutario fue cesado de forma no conforme a derecho por lo que se relación jurídica debe considerarse como indefinida no fija, “por tanto, prolongada en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza”.

Justamente fue la Sala C-A del TSJ vasco la que planteó las cuestiones prejudiciales que fueron resueltas en los asuntos acumulados, por lo que la Sala, tras recordar que en el auto remitido al TJUE consideraba que la política de personal formalizada mediante sucesivos nombramientos eventuales era abusiva y contraria a derecho, y que el TJUE, en el apartado 1º de su fallo, se manifestó en términos muy claros al respecto (“La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar”), simplemente manifiesta que hay que remitirse a dicho fallo, consistiendo la solución que debe darse al caso enjuiciado la

de aplicar la jurisprudencia del orden jurisdiccional social respecto de la utilización abusiva de la contratación temporal con empleados públicos, "... esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, prolongada en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza".

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

La particularidad del caso con respecto a otra sentencia dictada en sede contencioso-administrativa, la del TSJ de Andalucía de 30 de septiembre, objeto de comentario con anterioridad, es que en aquel caso la relación estatutaria seguía viva, mientras que en el asunto ahora examinado el cese ya se había producido, diferencias que quizás hubieran merecido una mayor atención por parte del TSJ vasco al objeto de formular su respuesta al caso enjuiciado, y a las que se ha referido críticamente el profesor Beltrán de Heredia en una entrada de su excelente blog sobre esta sentencia, con una reflexión ciertamente de indudable interés para debate doctrinal y que permito ahora reproducir. Tras preguntarse si la calificación de indefinido no fijo (en el ámbito social) incluye un derecho previo a la readmisión en caso de extinción previa, el profesor Beltrán sostiene que "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. 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 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". Quede aquí la cuestión para debate.

#### **4. Sobre la protección de los trabajadores temporales en caso de extinción contractual. Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)**

##### **4.1. Consideraciones generales previas.**

Toca ya detenerse en el examen de la sentencia dictada por la Sala décima del TJUE en el asunto C-596/14, en el que el TJUE da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante auto de 9 de diciembre de 2014, con ocasión del conflicto planteado por una trabajadora que prestaba sus servicios como interina desde febrero de 2003 en el Ministerio de Defensa. Ciertamente, poco se hubieran imaginado los integrantes de la Sala décima del



TJUE que su sentencia no sólo iba a merecer un intenso debate jurídico sino también ser portada de los medios de comunicación y objeto de especial atención, y polémica, en las redes sociales. ¿Es tan importante la sentencia? Sí, es importante ciertamente, pero su interpretación no es en modo alguno unívoca, y de ahí que no resulte extraño que en el debate jurídico ya se hayan propuestos interpretaciones diversas de qué impacto tiene en el marco normativo laboral español.

El resumen oficial de la sentencia es el siguiente: "Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusula 4 — Principio de no discriminación — Concepto de “condiciones de trabajo” — Indemnización por la finalización de un contrato — Indemnización no prevista en la normativa nacional relativa a los contratos de trabajo temporal — Diferencia de trato en relación con los trabajadores fijos”.

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

#### **4.2. El supuesto factico.**

Pasemos pues ya al estudio del caso, a partir de los datos disponibles en la sentencia. La relación contractual laboral entre la trabajadora y el Ministerio de Defensa (estamos, en consecuencia, en el ámbito público) se inicia en febrero de 2003, y se nos informa que formalizó varios contratos de interinidad hasta el 17 de agosto de 2005, fecha en la que formalizó el que mantendría su vigencia hasta el 30 de septiembre de 2012, encontrando su fundamento jurídico en la sustitución de una trabajadora fija de plantilla que se encontraba en situación de excedencia, con reserva de puesto de trabajo, por ocupación de cargo de representante sindical. La extinción de la reserva de puesto de trabajo, que conllevó el cese de la trabajadora interina, se produjo con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Es decir, estamos en presencia de una relación laboral temporal casi indefinida, y no lo digo ahora desde el plano jurídico en sentido estricto sino desde la constatación de que nueve años y medio de antigüedad en una empresa es un período muy dilatado en la realidad actual de las relaciones laborales, y calificar la relación de temporal lleva necesariamente a pensar que bajo la cobertura jurídica se encubre una realidad que requiere de una modificación normativa que la corrija. En realidad, creo que la sentencia pone blanco sobre negro la existencia de una práctica consistente en la utilización de la normativa sobre contratación temporal para cubrir necesidades productivas permanentes.

En conclusión, la trabajadora interina, que me atrevería a calificar como “interina permanente”, estuvo en dicha situación contractual laboral, al amparo de diferentes contratos suscritos con el Ministerio de Defensa, nueve años y medio. Más allá de la

respuesta concreta al litigio planteado, cabe plantearse la necesidad de una modificación legislativa que ponga fin a esta situación de estabilidad interina (permítanme los juegos de palabras) y devuelvan la razón de ser de esta modalidad contractual a los supuestos concretos, tasados y limitados en el tiempo, muy en especial en el sector público.

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

La demanda no mereció respuesta positiva, ya que el juzgador entendió que se había respetado la normativa vigente por su empleador, por lo que la trabajadora siguió su periplo judicial y presentó recurso de suplicación, pudiendo ahora ya conocer por la sentencia del TJUE que la contratación interina se había celebrado a su parecer, o se había convertido en un momento determinado de la relación contractual por incumplimiento de algunos de los requisitos requeridos para que un contrato de interinidad fuera conforme a derecho, en fraude de ley y que por ello se había convertido en indefinida (recordemos que el art. 15.3 de la LET dispone que “Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”, y que la misma presunción se contiene en el art. 9.3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada).

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

Es a partir de aquí donde empieza a cuestionarse el TSJ que la extinción de la trabajadora, tal como se ha llevado a cabo, es decir sin indemnización alguna porque así está previsto en el marco normativo vigente, sea conforme a derecho, o dicho de otra forma, si la trabajadora “tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización del contrato” El tribunal constata la diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales respecto a la indemnización a percibir a la finalización del contrato si existe una causa o razón objetiva para ello, y “diferencia la diferencia” en dos grupos: en primer lugar, entre trabajadores con contratos indefinidos (20 días por año de servicio) y trabajadores temporales con contrato para obra o servicio determinado o por necesidades de la producción (12 días en la actualidad); en segundo término entre los trabajadores indefinidos (20 días por año de servicio) y los trabajadores interinos (0

días), en cuanto que a dicho contrato de duración determinada “no (se le) reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa”.

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

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

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

«1) ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, 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?».

### **4.3. Normativa europea y española de aplicación.**

Pasemos a continuación a examinar qué normativa europea comunitaria e interna nacional española toma en consideración el TJUE a los efectos de la resolución del caso.

En primer lugar, como es lógico, la Directiva 1999/70/CE y más exactamente la referencia a su considerando 14 en el que se refleja que las partes que suscribieron el acuerdo marco desean establecer “los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo”; igualmente, garantizar la aplicación del principio de no discriminación y sentar las bases para evitar un uso abusivo de la contratación de duración determinada.

Más adelante, se refiere al contenido del Acuerdo marco, con mención expresa de las cláusulas 1, 3 y 4 (apartado 1, antes referenciado) Me interesa ya destacar dos contenidos de dicha normativa, además del ya referido a la cláusula 4: en primer lugar, la validez jurídica de la contratación de duración determinada, que finalizará por una “condición objetiva”, enumerándose “una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado, o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”; en segundo término, y este precepto será muy relevante a la hora de determinar la hipotética discriminación del trabajador temporal, que un trabajador con contrato de duración indefinida “comparable” (con el temporal) será aquel que preste sus servicios “en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo o una ocupación idéntico o similar teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña...” Ya queda, para el debate y análisis posterior, cuándo puede justificarse una diferencia de trato entre trabajadores indefinidos y temporales “por razones objetivas; o, dicho de otra forma, ¿qué es una causa objetiva y cuál es la referencia de comparación?

Las referencias al derecho interno español son obligadas al art. 15 y 49 de la LET y al RD 2720/1998, ya referenciados con anterioridad. Constata el TJUE que la normativa española excluye en su art. 15.5 la posibilidad de convertir un contrato interino en fijo (o indefinido no fijo si nos referimos a la Administración) cuando la suma de dos o más supere una duración determinada en un período dado de tiempo (24 meses en un período de 30), algo que sí ocurre para otras modalidades contractuales temporales; igualmente, que el listado de contratos temporales cuya extinción genera derecho a una indemnización de doce días de salario por año de servicio (art. 49.1 c) no incluye a los trabajadores interinos. Por fin, el TJUE se refiere a la regulación de la indemnización a que tiene derecho un trabajador con contrato indefinido que ve extinguido su contrato por causas objetivas (20 día de salario por año de servicio).

### **4.4. La respuesta del TJUE. Análisis crítico.**

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

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

Estas consideraciones se recogen en los apartados 25 y 26 de la sentencia, con apoyo de anteriores resoluciones en las que el TJUE se ha manifestado en los mismos términos. Pero sin duda es especialmente relevante, por la importancia que ello tiene en orden a defender la aplicación de la sentencia a las relaciones entre particulares, es el recordatorio efectuado en el apartado 27 de que la cláusula 4 expresa “un principio de Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva”. En una anterior sentencia, también de indudable importancia para el derecho español, caso Del Cerro Alonso (asunto C-307/05), el TJUE ya puso de manifiesto que “habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas”.

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

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

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

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

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

Una vez constatada la diferencia de trato, ha de comprobarse si las situaciones controvertidas pueden ser comparables a los efectos de aplicación del acuerdo marco, y en un segundo momento debe comprobarse si existe “una posible justificación objetiva”

que permita la diferencia de trato en el supuesto, repito, de encontrarnos ante situaciones comparables”.

¿Cuál es el tertium comparationis del TJUE? ¿Estamos en presencia de un trabajo “idéntico o similar” entre los trabajadores indefinidos y los trabajadores interinos (y temporales en general)? El TJUE acude a las cláusulas 3.2 y 4.1 del Acuerdo marco, que listan (en modo alguno, a mi parecer, de forma exhaustiva) un conjunto de factores que permitan determinar la existencia o no de tal comparabilidad, como son “la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales”, que ya ha tomado en consideración en anteriores resoluciones judiciales de las que se deja debida constancia en el apartado 40.

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

Aunque el TJUE recuerda que corresponde al tribunal nacional determinar si existió esa situación de comparabilidad durante la vigencia de la relación contractual de la Sra. De Diego Porras con el empleador Ministerio de Defensa, con respecto a la de un trabajador con contrato indefinido durante el mismo período de tiempo, ya le da prácticamente la respuesta afirmativa, algo que tendrá importancia determinante en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 5 de octubre al conocer nuevamente del litigio, al afirmar que “es preciso no obstante señalar que, en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo”, por lo que se trata de una situación que puede ser comparable a los efectos de la aplicación del principio de no discriminación.

El TJUE lo justifica por la duración de su último contrato de interinidad y las tareas desarrolladas, aun cuando creo que esta tesis es perfectamente extrapolable a los varios contratos de interinidad que la trabajadora había suscrito con la misma empleadora (Administración Pública) con anterioridad. Tal como expone en el apartado 43, “... el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical no 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 reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo”.

Afirmada la existencia de situaciones comparables, la diferencia sólo estará justificada si existe una razón, causa o justificación objetiva que la permita, y a averiguar su existencia o no se dirige el análisis y razonamiento del TJUE en los apartados posteriores de la sentencia. En primer lugar, acudiendo a su doctrina general sobre el concepto de “razones objetivas”, para lo que se requiere que la desigualdad de trato apreciada “esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que

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

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

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

Mucho menos apoyo tiene la “mera naturaleza temporal de la relación” en un caso como el enjuiciado, en el que la duración de la vida laboral de la trabajadora en su empresa ha tenido una antigüedad superior a la de muchos trabajadores indefinidos, pues no es poca cosa en la actualidad tener una antigüedad de nueve años y medio. Por ello, es perfectamente comprensible la tesis “adicional” a las consideraciones defendidas con anterioridad por la Sala de que “la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no 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”. Tesis que, en su segunda parte, refuerza la argumentación de que debe abonarse en todo caso una indemnización a los trabajadores interinos y que puede fortalecer la de quienes defienden que la indemnización debe ser la misma para todos los trabajadores temporales (y aquí se abre otro debate de indudable calado político, cual es la cuantía de la indemnización).

Por el interés, y la polvareda jurídica y social que ha levantado, que tiene a los efectos de una mejor comprensión de la resolución del caso, y de su impacto sobre las posibles



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

La doctrina laboralista no parece discrepar en que la sentencia del caso De Diego Porras reconoce el derecho de una trabajadora con contrato de interinidad a no ser discriminada, cuando se produzca la finalización de su contrato, con respecto al trato que se otorgue a un trabajador fijo “comparable”, a menos, dice el acuerdo marco objeto de interpretación, que se justifique un trato diferente “por razones objetivas”. Insisto en algo que he destacado a lo largo de mi exposición: la demandante prestó sus servicios como trabajadora interina durante casi diez años, una contratación que tiene muy poco de temporal, aunque pueda ser, y así lo manifiesta el tribunal español que eleva la cuestión prejudicial, plenamente conforme a derecho.

¿Cuándo puede empezar el debate, hasta convertirse en discrepancia? En concreto, en la aplicación de la sentencia a toda la contratación temporal regulada en la normativa laboral española, y no sólo a la contratación interina. Si se acepta la primera tesis, también debería verse modificada la indemnización actual de 12 días y experimentar una subida hasta los 20 días que se abona a un trabajador indefinido que ve extinguido su contrato por causas objetivas. Ya he puesto de manifiesto que hay discrepancias al respecto, y que el debate se centra en qué debe entenderse por causa o razón objetiva que justifica la contratación temporal, y qué debe entenderse por trabajador indefinido comparable, así como también qué reglas tener en consideración para aplicar la comparación.

¿En qué punto sigue, como consecuencia de la discrepancia anterior, el análisis de la sentencia? En la cuantía de la indemnización a percibir por un trabajador interino, postulándose dos tesis perfectamente diferenciadas, la de abono de la misma indemnización que a los restantes temporales, o la que se abona a los trabajadores indefinidos por una extinción objetiva conforme a derecho. Se abre aquí, además, un nuevo frente: ¿todos los contratos de duración determinada deben tener derecho a indemnización a su finalización? Si acudimos a la literalidad de la sentencia, tanto en sus argumentos jurídicos como en su fallo, la respuesta debe ser afirmativa, pero ya he dicho que el parecer no es unánime al respecto.

Volvemos al acuerdo, aunque no se manifieste con tanta claridad que en los supuestos anteriores. Un trabajador interino siempre tiene derecho a indemnización en el actual marco normativo si la contratación es no conforme a derecho, de tal manera que percibiría la misma indemnización (33 días de salario/año) que un trabajador indefinido cuya extinción objetiva o disciplinaria fuera declarada improcedente y la empresa optara por el abono de la indemnización. Conviene dejarlo bien claro porque en el fragor del debate sobre la indemnización debida a un trabajador temporal interino se ha dejado de lado que las extinciones contractuales en España son causales, y que el incumplimiento de la causa, o su no debida justificación, supone la obligación del abono de una

indemnización como la indicada más arriba (siempre que la parte empresarial no haya optado por la readmisión del trabajador)

¿Dónde vuelve a situarse el debate, que puede llegar al desacuerdo? En qué debe entenderse por una diferencia de trato justificada “por razones objetivas”. No es lo mismo, por ejemplo, un contrato eventual por necesidades de la producción, con plazo estipulado, que una extinción por causas económicas o productivas. Pero en este segundo caso, ¿puede llegar a entenderse que una finalización de un contrato de trabajo interino puede constituir una causa objetiva en los mismos términos que el despido de un trabajador indefinido al amparo del art. 52 c) de la Ley del Estatuto de los trabajadores. Voces autorizadas así lo manifiestan, con argumentos de no poca consideración (y sigue el debate).

¿Hacia dónde intentan algunos llevar sus tesis, y por ello existe un claro desacuerdo con quienes piensan lo contrario? Pues en la afirmación de que la sentencia abre la puerta al mal llamado contrato único. Pero no: todo despido, toda extinción contractual debe estar justificada, y si se quiere descausalizar, que el gobierno denuncie el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo. ¡Ah! Sin olvidar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho al trabajo y a la protección contra una extinción injustificada.

Y más aún, en el mismo intento hay quienes defienden que la aplicación de la sentencia pasa por equiparar las indemnizaciones de fijos y temporales, y por ello es posible disminuir la actualmente fijada para los primeros. Craso error jurídico a mi parecer, porque el apartado 3 de la cláusula 8 del acuerdo marco dispone que “La aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por el presente Acuerdo”.

Al final, ¿en qué estamos todos de acuerdo? En que hay que modificar el marco normativo de contratación, aunque aquí se detenga el acuerdo porque quienes creemos que ello pasa por la mayor rigurosidad en la regulación y cumplimiento de la normativa sobre contratación temporal no podemos ni queremos compartir la tesis de quienes creen que un “contrato único o de tutelas crecientes” resolvería por arte de magia todos los problemas de nuestro mercado de trabajo.

#### **4.5. La aplicación de la jurisprudencia del TJUE por los tribunales nacionales. Extinción del contrato de interinidad. 20 días de indemnización según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (y otras cuestiones no resueltas). Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 5 de octubre (caso De Diego Porras).**

¿Qué interesa destacar de la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad de Madrid el 5 de octubre, de la que fue ponente la magistrada M. Virginia García?

En primer lugar, algunas referencias contenidas en los hechos probados de la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid el 10 de septiembre de 2013, respecto a los puestos de trabajo ocupados por la trabajadora interina desde su primer contrato en marzo. Reproduzco los hechos probados cuarto y quinto: “CUARTO.- La actora ha prestado servicios como secretaria en distintas subdirecciones. En el último contrato, la actora prestó servicios inicialmente en el Registro del Órgano de Dirección y a partir de 19.09.07 fue secretaria particular del Subdirector General de Planificación y Programas. QUINTO.- En el último contrato,

consta la categoría profesional de Oficial de Mantenimiento y Oficinas, categoría a extinguir que pasó a ser la de Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales por resolución de 16.11.06”.

En segundo término, el contenido de la providencia de 16 de octubre de 2014 mediante el que la Sala daba audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para sus alegaciones respecto de la posible vulneración por el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que establece: “El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.”. Entendiendo la directiva por «trabajador con contrato de duración determinada»: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”, por lo que han de considerarse incluidos en sus previsiones los contratos de interinidad, habiéndose reiterado por la jurisprudencia que la interpreta el principio de «efectividad» en orden a la contratación temporal (SSTJUE 4/Julio/06, Asunto Adeneler ; 7/Septiembre/06, Asunto Marrossu y Sardino; 7/Septiembre/06, Asunto Vassallo ; y 23/Abril/09, Asunto Angelidaki)”.

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

Baste ahora indicar que el art. 49.1 c) de la LET dispone que el contrato de trabajo se extinguirá “Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. 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”.

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

No se cuestiona pues, a mi parecer, la validez jurídica de la extinción del contrato de interinidad, con independencia de cuál sea su duración.

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

De contrario, y ciñéndose mucho más a los términos concretos de la providencia, la abogada del Estado defendió la inexistencia de comparación, de tertium comparationis, entre trabajadores con contrato de interinidad por sustitución y trabajadores indefinidos no fijos, y la consiguiente inexistencia de discriminación que pudieran sufrir los primeros, con la manifestación de inexistencia de “trabajador con contrato de duración indefinida comparable”. Sorprende ciertamente esta tesis, una vez conocidos todos los detalles del caso y la similitud, por no decir identidad, de funciones que desarrollaba la trabajadora interina con otras trabajadores y trabajadores indefinidos y fijos de plantilla.

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

En la fundamentación jurídica de la sentencia del TSJ la Sala debe responder en primer lugar a la petición de revisión de hechos probados solicitada por la parte recurrente al amparo del art. 193 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social. El hecho probado noveno estaba redactado en los siguientes términos: “NOVENO.- En el último contrato la actora estuvo adscrita al puesto de trabajo 2C420 001, perteneciente a E. M. F.z (docs. 3, 14, 16 y 17 de la demandada)”, mientras que la parte recurrente proponía, con aportación de prueba documental referenciada en el fundamento de derecho primero de la sentencia, su modificación para hacer constar que en el último contrato “la actora estuvo ocupando el puesto de secretaria de dirección, al servicio del subdirector general de Planificación y Programas de la Subdirección General de Armamento y Material”, con el objetivo de demostrar que ocupaba un puesto de trabajo, y desempeñaba las correspondientes funciones, que no era el de la trabajadora sustituida.

De forma un tanto sorprendente a mi parecer, ya que parece parcialmente estimar la petición, pero finalmente la desestima, la Sala rechaza el motivo porque “por cuanto 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, como se desprende de los documentos a los que se remite el magistrado a quo, estuviese adscrita al puesto de trabajo perteneciente a la Sra. M.”. La aceptación por la Sala del motivo del recurso, así como previamente de las

alegaciones vertidas en la demanda y en el acto del juicio, hubieran debido significar que la contratación no fue conforme a derecho por no tratarse el puesto de trabajo ocupado, y las actividades desarrolladas, de aquel ocupado por la persona con reserva legal, y en tal caso hubiera debido declararse la improcedencia de la extinción, por tratarse de una extinción sin causa, con el correlativo reconocimiento de la condición de trabajadora indefinida no fija de la demandada. Quede aquí esta cuestión para debate.

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

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

En este punto, la Sala transcribe ampliamente la sentencia del TS de 17 de diciembre de 2012, que consideró el cese del trabajador interino conforme a derecho “en un supuesto prácticamente idéntico relativo al mismo Ministerio y dirección general y a una interinidad por sustitución de un liberado sindical...”. La Sala se apoya en esta sentencia para defender la validez de la extinción del contrato de la trabajadora interina, recordando que el art. 4.2 b) del RD 2720/1998 dispone que la duración del contrato de interinidad “será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo”. La dicción de la norma no deja lugar a dudas sobre la extinción cuando se ocupe “el puesto de trabajo” de aquella persona trabajadora a la que se sustituye, con independencia del tiempo que dure dicha sustitución, por lo que la concreción en los hechos probados de la realidad o no de tal ocupación es la que se convierte en determinante, como acabo de explicar, para que pueda aceptarse la validez de la extinción contractual.

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

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

producción, que lleva a la empresa a adoptar, debidamente acreditada, la decisión extintiva. Pero, mientras que en la primera no existe indemnización alguna, en la segunda si se prevé.

La conclusión de esta identidad de causa objetiva con diferente tratamiento indemnizatorio va a llevar al TSJ a reconocer el mismo trato a los trabajadores temporales interinos que a los indefinidos, es decir a “reconocer el derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguir su contrato por otra causa objetiva”, acogiendo la jurisprudencia sentada en la sentencia del TJUE. En apoyo de su argumentación, la Sala aporta también, y cabe valorar positivamente la cita de la normativa comunitaria, la Carta de derechos fundamentales de la UE, cuyo art. 21 prohíbe cualquier tipo de discriminación, tras recoger en el artículo anterior que “todas las personas son iguales ante la ley”.

A efectos de salvar la inexistencia de despido improcedente, como hubiera debido declararse de seguirse toda la tramitación de la extinción del contrato por causas objetivas prevista en el art. 52 y 53 de la LET, que hubiera debido pronunciarse por no haber puesto la parte empleadora la indemnización a disposición del trabajador en el momento de producirse el despido, la Sala califica (y dejó abierta la cuestión de si todos los juzgados y tribunales se pronunciarán en los mismos términos, o una vez que se ha dictado la sentencia del TJUE, en una extinción operada con posterioridad y en la que no se aporte la indemnización, ¿validarán la extinción, aun con indemnización, o declararán la improcedencia del despido por no haberse aportado en tiempo y forma aquella?) de “absolutamente excusable” la no aportación de la indemnización, “dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación”. Por todo ello, la trabajadora ve extinguido su contrato de conformidad a derecho, pero con el reconocimiento de su derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, computándose la antigüedad desde la fecha de formalización del último contrato de interinidad, el 17 de agosto de 2005.

Una última cuestión importante: la sentencia del TSJ madrileño transcribe ampliamente la sentencia del TS de 7 de febrero de 2012 respecto a los requisitos que deben cumplimentarse por la empresa, al amparo de lo dispuesto en el art. 53 de la LET, para extinguir un contrato indefinido por causas objetivas, es decir la comunicación escrita, la puesta a disposición de la indemnización y un plazo de preaviso (o alternativo abono del salario de dicho período temporal). Por ello parece aceptar, dada la identidad establecida en párrafos anteriores de su sentencia entre el tipo de trabajo de trabajadores con diferentes modalidades contractuales y la existencia de causas objetivas en ambos casos para proceder a la extinción, que las extinciones de los contratos “interinos temporales”, deberán cumplir tales requisitos, mientras que en la normativa vigente sólo se requiere la comunicación de la extinción antes de su finalización, sin plazo de preaviso alguno, salvo disposición convencional que lo regule. Queda aquí otra cuestión para debate, pero que indudablemente deberán tener en cuenta las empresas en el momento de proceder a las extinciones de contratos de interinos.

En fin, y con ello concluyo, la sentencia equipara la indemnización de los trabajadores interinos a la de los trabajadores indefinidos, en cumplimiento de la sentencia del TJUE, por lo que resulta que ahora son los trabajadores con indemnización de 0 euros (los contratados mediante modalidades contractuales formativas) y los que perciben indemnizaciones de 12 días de salario por año de servicio (contratados por obra o servicio, o por necesidades de la producción), los que se encuentran en peor condición a

efectos económicos; pero, dicha posible discriminación entre unos trabajadores temporales y otros no es objeto de contemplación en el acuerdo marco de 1999, por lo que deberá ser la normativa interna española la que la corrija, y mientras ello no se produce habrá que ver cómo reaccionan los órganos judiciales ante demandas en tal sentido.

### **5. Discriminación del personal docente interino por no poder participar en el plan de evaluación docente. Nota al auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-631/15)**

Llega la cuarta entrega de la saga “vulneración de la normativa comunitaria sobre igualdad de trato y no discriminación por parte de la normativa española”, y lo hace mediante el auto dictado por la Sala décima del TJUE el 21 de septiembre (asunto C-631/15),

El resumen oficial del auto es el siguiente: “Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada — Cláusula 4 — Sucesivos contratos de duración determinada en el sector público — Enseñanza no universitaria — Normativa nacional — Concesión de un complemento salarial — Requisito — Obtención de un resultado positivo tras un proceso de evaluación — Profesores que prestan servicios como funcionarios interinos — Exclusión — Principio de no discriminación”.

El auto se dicta para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Oviedo mediante auto de 17 de noviembre de 2015, que fue la siguiente:

“¿La cláusula 4 del Acuerdo marco al que se remite la Directiva 1999/70/CE (1) del Consejo, de 28 de junio de 1999 sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa regional como la Ley del Principado de Asturias 6/2009 de 29 de diciembre de evaluación de la función pública docente y sus incentivos que en su art. 2 establece como requisito para poder ser incluido en el Plan de evaluación (y por ende percibir los incentivos económicos ligados a ello) el tener la condición de funcionario de carrera excluyendo por tanto a los funcionarios interinos?”.

Primer dato importante a destacar: estamos en presencia de un litigio que afecta a un funcionario interino que viene desempeñando actividad docente desde hace 16 años como profesor de educación secundaria en la Comunidad Autónoma de Asturias. Es decir, otro “interino permanente o casi indefinido”, categoría jurídica que hasta donde mi conocimiento alcanza todavía, y afortunadamente, no encuentra acomodo en la normativa laboral y administrativa de aplicación.

¿Dónde radica el conflicto? En la negativa de la Administración autonómica a aceptar que dicho funcionario participara en el primer plan de evaluación de la actividad docente puesto en marcha por el Principado mediante Resolución de 6 de abril de 2015. ¿Y el fundamento de la decisión administrativa? Que el solicitante no cumplía un requisito fijado en la normativa autonómica aplicable, ser funcionario de carrera perteneciente a un cuerpo docente regulado en la normativa estatal, y no poder acreditar por ello disponer de un mínimo de cinco años de antigüedad “en el cuerpo”.

Fácil es comprender que, al igual que ocurrió en los litigios que llevaron al TJUE a dictar las tres sentencias el 14 de septiembre, la persona afectada estuvo en desacuerdo con su exclusión, por lo que presentó recurso contencioso-administrativo ante el juzgado, siendo su alegación que la imposibilidad de participar en el plan de evaluación

docente, que implicaba que no podía obtener una cuantía económica a la que sí podían acceder otros docentes y que se incorporaba a la retribución mensual percibida, significaba que se le discriminaba por el diferente trato dado por la norma a funcionarios de carrera y funcionarios interinos, siendo la razón (injustificada plenamente a su parecer) de la diferencia “el carácter temporal de la prestación de servicios” (en lenguaje más técnico, no haber accedido a plaza en propiedad mediante la superación del correspondiente concurso).

¿Qué respondió la Administración demandada ante la demanda planteada? Que existían causas o razones objetivas que justificaban la diferencia de trato, y que por ello no podía considerarse en modo alguno discriminatoria. En primer lugar, que el funcionario de carrera había superado un proceso selectivo en el que había demostrado una específica formación, capacidad y mérito, algo que no había hecho un interino, tratándose de “requisitos más gravosos que justifican una mayor retribución”. Por otra parte, alegó la existencia de una discriminación inversa hacia el funcionario de carrera si era aceptada la tesis de la demanda, “en la medida en que para estos la continuidad en el puesto de trabajo, obtenido en función del mérito, dependen del resultado de la valoración”.

La argumentación de la parte demandada no convenció al juzgador, para el que existían dudas fundadas respecto a la compatibilidad de la normativa aplicada por la Administración con el acuerdo marco comunitario, y en concreto con la cláusula 4.1 tal como ha sido interpretada en reiteradas ocasiones por el TJUE. Para el juzgador, y siempre según la jurisprudencia del TJUE, “la mera naturaleza temporal de una relación laboral, sin que exista ninguna justificación por razones objetivas, no basta para justificar una diferencia de trato entre trabajadores en lo que atañe a las condiciones de trabajo, ya sea el reconocimiento de trienios ... , ya el acceso a un grupo superior..., ya la reclamación del sexenio por formación permanente...”.

En el caso ahora enjuiciado nos encontramos ante un docente que tiene una antigüedad en la prestación de sus servicios muy superior a las de cinco años requeridos por la normativa autonómica y que puede tener los mismos requisitos de “formación, dedicación al centro o implicación en la consecución de sus objetivos”, ... pero no es funcionario de carrera. Para el juzgador, no hay razón objetiva alguna, a la luz de los datos disponibles, que pueda justificar la diferencia de trato simplemente por la naturaleza jurídica de la relación (funcionario de carrera, funcionario interino), y mucho más cuando de la normativa aplicable se deduce que la evaluación positiva que puede alcanzar un docente “en nada va ligada a un sistema de ascenso o de progreso profesional, sino que se traduce única y exclusivamente en la obtención de un incentivo económico”. Por todo ello, eleva la cuestión prejudicial al TJUE.

Como ya he indicado, el TJUE resuelve mediante auto motivado, al amparo de la posibilidad ofrecida por el art. 99 de su Reglamento de procedimiento, que dispone que “Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”. Adopta la decisión de resolver mediante auto motivado porque, como dice textualmente en el apartado 26, “la respuesta a la cuestión prejudicial puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, listando un amplio número de sentencias y



autos en que se ha pronunciado en los mismos términos que lo hará en el auto ahora objeto de comentario.

A igual que en otras resoluciones, el TJUE pasa revista a la normativa comunitaria e interna aplicable. Respecto a la primera, presta especial atención, al igual que lo hizo en las tres sentencias del 14 de septiembre, a la Directiva 1999/70/CE y a los contenidos más destacados del acuerdo marco, y baste recordar aquí una vez más el de la cláusula 4.1: “«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

En cuanto a la normativa española, recordemos en primer lugar que las Comunidades Autónomas asumen competencias en materia educativa y de función pública. Por ello, el TJUE ha de prestar atención tanto a la normativa estatal como a la dictada por la autonomía. De tal manera, fija primero su atención en la normativa autonómica de la función pública y la definición de quienes son funcionarios interinos, aquellas personas que en virtud de nombramiento legal “ocupen temporalmente plazas vacantes en la plantilla de la Administración del Principado de Asturias, en tanto no se provean por funcionarios de carrera o les sustituyan en sus funciones en los supuestos de licencias o permisos y en las situaciones de servicios especiales”.

La normativa educativa estatal vigente en el momento de producirse el conflicto (Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo) preveía la elaboración de planes para la evaluación de la función docente, y la normativa autonómica contemplaba esta previsión de forma detallada (Ley 6/2009 de 22 de diciembre), previendo los requisitos antes enunciados para poder participar en la evaluación disponiendo el art. 3 de la norma que quienes cumplieran los requisitos establecidos en los planes de evaluación percibirían un incentivo económico para el reconocimiento de la función docente, “en los términos y cuantía que determine el Consejo de Gobierno al aprobar los planes de evaluación de dicha función”, siendo la concreción de tal incentivo económico, según el apartado 14 de la sentencia del TJUE, “206,53 euros mensuales para los funcionarios del subgrupo A1 y de 132,18 euros para los funcionarios del subgrupo A2”.

Antes de entrar a resolver la cuestión prejudicial planteada, el TJUE formula unas consideraciones generales previas sobre la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco, sustancialmente idénticas a las expuestas en las tres sentencias de 14 de septiembre y que por ello no reitero ahora. Sólo recuerdo la consolidada doctrina del TJUE respecto a que la cláusula 4.1 del Acuerdo marco “expresa un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de forma restrictiva”, siendo “incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional”. Destaco que, de acuerdo a la consolidada jurisprudencia del TJUE, el funcionario interino con más de 16 años de antigüedad en la prestación de servicios docentes en centros educativos públicos de la comunidad asturiana, “está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco”.

En virtud de la misma jurisprudencia, el TJUE llegará a la conclusión de que la participación en un plan de evaluación docente, y el incentivo económico derivado de la evaluación positiva que puede obtenerse, están incluidos en el concepto de condiciones de trabajo en el sentido de la dispuesto en la cláusula 4.1 del Acuerdo marco, aun

cuando nuevamente recuerde que el juzgador nacional remitente el que debe “determinar la naturaleza y los objetivos de las medidas controvertidas”.

¿Cómo llega el TJUE a la conclusión de que estamos en presencia de condiciones de trabajo al amparo de la normativa comunitaria? En primer lugar, porque el requisito de la antigüedad, que cumple el funcionario interino, se integra dentro de las relaciones de trabajo entre empresario y trabajador, y en segundo término porque aquello que realmente importa de la evaluación es la obtención de un complemento económico, es decir una mejora económica del salario percibido. Este incentivo, observa el TJUE debe concederse por igual, y por ello como paso previo habrá que habilitar las condiciones para poder solicitarlo, a trabajadores con relación laboral de duración determinada o indefinida, ya que otra interpretación que abone la diferencia de trato incumpliría el objetivo que persigue la normativa comunitaria al reducir “el ámbito de aplicación de la protección contra las discriminaciones otorgada a los trabajadores con contrato de duración determinada”.

Confirmada, pues, la existencia de una condición de trabajo, es el momento de analizar si son comparables las situaciones laborales del personal fijo y personal interino docente, y en el supuesto de que así fuere, y ya adelante que la respuesta es afirmativa, si existe una causa, razón o justificación objetiva que permita diferenciarlas a los efectos legales. Nuevamente el TJUE acudirá a su consolidada doctrina jurisprudencial para determinar si los funcionarios docentes fijos e interinos desempeñan o realizan un trabajo idéntico o similar y tras volver a recordar que debe ser el juzgador nacional el que se pronuncie si ambos grupos de funcionarios se encuentran en situación comparable, manifiesta con claridad y contundencia que ello es así a su parecer, La redacción del apartado 45 no deja lugar a dudas: no se requieren cualificaciones académicas o experiencias profesionales diferentes; más bien será al contrario, ya que “se desprende de las indicaciones contenidas en el auto de remisión que estas dos categorías de profesores ejercen funciones similares y están sometidos a obligaciones idénticas, en particular en lo que atañe a los criterios aplicados en los planes de evaluación referidos a la formación, a la contribución a los objetivos del centro y a la participación en sus actividades”.

Si la comparabilidad queda acreditada en cuanto a las funciones o tareas a desarrollar, la única diferencia que existe entre ambos colectivos es la naturaleza temporal de la relación de servicio, en cuando que el funcionario interino puede ser cesado cuando concurren las circunstancias legales requeridas para que ello sea posible, situación jurídica bien diferente a la del funcionario de carrera y que tiene una plaza en propiedad. ¿Será esta diferencia la causa, razón o justificación objetiva, que posibilita según la normativa comunitaria una diferencia de trato? A ello se apresta a responder el TJUE, y ya adelante que la respuesta, al igual que en otras sentencias y autos anteriores, es claramente negativa.

Destaco del auto la remisión a la consolidada doctrina de que una diferencia de trato no puede justificarse por el hecho de su previsión, por razón de la naturaleza temporal de la relación de servicio, en una norma general o abstracta. Tras pasar revista a los requisitos previstos en la normativa comunitaria para poder justificarse la existencia de una tal diferencia, el TJUE manifiesta que la administración autonómica se ha limitado en su escrito de alegaciones “a enunciar la existencia de menores requisitos en lo que atañe al nombramiento de los funcionarios interinos y posibles discriminaciones inversas en detrimento de los funcionarios de carrera”.

No cuestiona en modo alguno la sentencia el margen de facultad de que disponen los Estados miembros para la aplicación de la Directiva y la posibilidad de establecer requisitos específicos que puedan legalmente diferenciar a colectivos entre los que se citan “requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo”, si bien la aceptación de tales criterios de diferenciación procederá siempre y cuando se establezcan de manera transparente y se arbitren los mecanismos de control adecuados para evitar la exclusión de algunos trabajadores por el mero hecho de la duración de su relación laboral.

Por consiguiente, y es importante tenerlo presente en el debate generado sobre cómo transponer adecuadamente la normativa comunitaria y las modificaciones que deberán producirse en la normativa interna, si el trato diferente en relación con un proceso selectivo “resulta de la necesidad de tener en cuenta requisitos objetivos, relativos a la plaza que dicho procedimiento tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al funcionario interino con su empleador, puede estar válidamente justificado, en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco”, pero en modo alguno lo será un requisito general y abstracto como el de un período de antigüedad, que sí cumple el trabajador interino pero que no les de utilidad jurídica al no ser funcionario de carrera.

Es decir, la mena naturaleza temporal de la relación no puede ser un criterio válido de diferenciación si no va acompañado de un examen detallado las tareas que deben desempeñar los trabajadores, en este caso los docentes, y las características inherentes a las mismas. Repárese además en que todo funcionario de carrera que cumpla el requisito de cinco años de antigüedad podrá acceder a la evaluación docente, mientras que un funcionario interino como el del presente caso, con dieciséis años de antigüedad en la actividad docente, y probablemente con un nivel de experiencia y conocimiento superior al de un buen número de funcionarios de carrera, no podrá presentarse a la evaluación únicamente por el requisito de no ser funcionario de carrera.

Por último, tampoco acepta el TJUE el argumento de la Administración asturiana de que, de validarse la tesis del funcionario interino, se estaría produciendo una situación discriminatoria pero a la inversa, es decir hacia el funcionario de carrera. No niega el TJUE que ello podría ser una razón objetiva de acuerdo a la normativa comunitaria, pero tal objetivo que puede perseguir el legislador nacional no podría justificar “una norma nacional desproporcionada, como la del litigio principal, que excluye por completo y en cualquier circunstancia que se tomen en consideración los períodos de servicio prestados por los empleados públicos en el marco de relaciones de servicio de duración determinada para determinar su antigüedad y, por tanto, su nivel retributivo...”.

## **6. Medidas que prevengan el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-614/15).**

Formulo a continuación un breve apunto sobre el auto dictado en el asunto C-614/15. El resumen oficial del mismo es el siguiente: “Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia — Política social — Directiva 1999/70/CE — Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de

duración determinada — Contratos de trabajo de duración determinada sucesivos — Auxiliar veterinario en el ámbito de la inspección veterinaria — Sector público — Cláusula 5, apartado 1 — Medidas que tienen por objeto prevenir el recurso abusivo a contratos de duración determinada — Concepto de “razones objetivas” que justifican dichos contratos — Sustituciones para plazas vacantes a la espera de la conclusión de procesos selectivos”.

El auto se dicta con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por el tribunal de la localidad rumana de Craiova y que versa sobre la interpretación de la cláusula 5.1 del acuerdo marco (“1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”).

El TJUE dicta auto porque su respuesta se deduce claramente de la jurisprudencia ya existente sobre la materia, “... en particular de las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C 212/04, EU:C:2006:443); de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros (C 378/07 a C 380/07, EU:C:2009:250); de 26 de enero de 2012, Küçük (C 586/10, EU:C:2012:39); de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano (C 190/13, EU:C:2014:146); de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros (C 362/13, C 363/13 y C 407/13, EU:C:2014:2044), y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros (C 22/13, C 61/13, C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401)”.

Sólo deseo añadir algunas consideraciones del TJUE que no han merecido mi atención en anteriores comentarios, cuales son que el hecho de que si bien ha de ser el órgano jurisdiccional nacional remitente el que deba comprobar si concurren las causas objetivas para la conformidad a la directiva de un determinado contrato de duración determinada, no es menos cierto que la causa alegada, como necesidad para utilizar la contratación temporal, “... no puede sin embargo deducirse de consideraciones dirigidas a evitar exponer al Estado, como empleador del sector afectado, a cualquier tipo de riesgo financiero..... En efecto, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (véanse las sentencias de 24 de octubre de 2013, Thiele Meneses, C 220/12, EU:C:2013:683, apartado 43 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C 22/13, C 61/13, C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401, apartado 110)” (apartados 62 y 63).

## **7. Nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por dos juzgados y un TSJ.**

¿Sobrevivirá el TJUE a las cuestiones prejudiciales que han planteado, y que probablemente sigan planteando, los juzgados y tribunales laborales españoles en

relación con todas las dudas jurídicas que parece que han abierto las sentencias de 14 de septiembre de 2016, y en especial la dictada en el caso De Diego Porras? Ciertamente, la pregunta es un tanto, o muy, exagerada, pero con ella sólo quiero poner de manifiesto el impacto de dicha jurisprudencia en el ámbito judicial español y cómo los juzgados y tribunales han descubierto nuevos interrogantes o dudas en la aplicación de la normativa comunitaria objeto de estudio, la Directiva 1999/70/CE, que les llevan a plantear nuevas cuestiones al TJUE.

Por ello, analizo a continuación, siquiera sea con brevedad, las tres cuestiones prejudiciales planteadas por dos juzgados de lo social y un TSJ, previo recordatorio de la planteada con anterioridad por un Juzgado contencioso-administrativo, no referida a un caso relativo a la extinción del vínculo jurídico y las consecuencias que ello conlleva, sino a las diferencias en las condiciones de trabajo entre funcionarios interinos (por consiguiente personas trabajadoras cuyo vínculo es de duración determinada) y personal fijo. Esta cuestión prejudicial se presentó el 8 de agosto de 2016, y lo fue en los siguientes términos que ahora reproduzco (sólo dos de las cuatro planteadas):

“1) ¿Debe la cláusula 4 del Acuerdo marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE (1), ser interpretada como impedimento para que una normativa como la descrita permita que se produzca una reducción de la jornada por el único hecho de ser funcionario interino?

En el caso de ser la respuesta afirmativa:

¿Puede entenderse como causa objetiva que justifique esta diferencia de trato la situación económica que hace necesario la reducción del gasto, al que se viene obligado por la reducción del crédito presupuestario?

¿Puede entenderse como causa objetiva que justifique esta diferencia de trato la facultad de auto organización de la administración?

2) ¿Debe la cláusula 4 del Acuerdo marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE, ser interpretada en el sentido que siempre y en todo caso la facultad de auto organización de la administración tiene como límite la obligación de no discriminación, o la diferenciación de trato de los trabajadores a su servicio, independientemente de su calificación de funcionario de carrera o funcionario interino, eventual o temporal?”

### **7.1. Auto de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2016.**

Me detengo a continuación en el auto dictado el 2 de noviembre por el TSJ de Galicia. A mi parecer, el mayor interés de la cuestión prejudicial planteada versa por una parte, sobre la existencia, en el litigio del que ha conocido el TSJ gallego, de un contrato de relevo de duración determinada y su posible encaje dentro del derecho a percibir una indemnización en los mismos términos que otros contratos temporales; y por otra, la cuestión relativa a la posible vulneración por la normativa española del art. 21 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”).

Se trata de un supuesto en el que la parte demandante había sido contratada mediante contrato de relevo de duración determinada para prestar sus servicios a tiempo parcial, en cuanto que una trabajadora había accedido a la jubilación parcial con la consiguiente reducción de salario y jornada. La llegada a la edad de jubilación ordinaria de la trabajadora jubilada parcialmente tuvo como consecuencia la extinción de los dos vínculos contractuales, tanto el de la trabajadora de edad avanzada como el joven contratado mediante contrato temporal de relevo. La demanda se presentó con alegación

de tratarse la decisión empresarial de un despido improcedente, tesis aceptada por el juzgador de instancia.

En fase de recurso de suplicación se dio audiencia a las partes sobre la posibilidad de presentar cuestión prejudicial por posible vulneración del art. 49.1 c) de la LET (Los contratos de trabajo se extinguirán “Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. 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 parte demandante en instancia expuso que, caso de reconocerse la procedencia de la extinción por el TJUE, con revocación de la sentencia de instancia, el trabajador tendría derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio según la jurisprudencia del TJUE, “en tanto que el contrato es incardinable en la cláusula 3.1 de la ...Directiva y ocupaba el mismo puesto que la trabajadora indefinida relevada, por lo que sus condiciones de trabajo deben ser las mismas”. Para la parte demandada no debería procederse al abono de indemnización alguna, tanto porque la indemnización no sería una condición de trabajo (ya sabemos ahora que la tesis será rechazada por el TJUE en el caso De Diego Porras), como porque no son realidades comparables las condiciones de extinción de los contratos temporales e indefinidos (es este uno de los núcleos centrales del debate aún existente), y en fin, porque aun cuando se apreciara diferencia de trato, tendría cobertura al amparo del art. 6.1, dado que el contrato de relevo “tiene un objetivo legítimo de política social, de renovación generacional del empleo”.

El TSJ planteará la cuestión prejudicial porque a su parecer el litigio debería concluir con la declaración de procedencia de la extinción, planteándose en tal supuesto qué indemnización, en su caso, debería percibir el trabajador cuyo contrato de trabajo de relevo se ha extinguido, no siendo pacífica la cuestión sobre el monto concreto de dicha indemnización a juicio de la Sala, ya que la sentencia del caso De Diego Porras se pronuncia sobre la modalidad contractual del contrato de interinidad, y deja la puerta abierta a interpretaciones diversas sobre su aplicación a otras modalidades contractuales de duración determinada, entre ellas la del contrato de relevo. Dado que la Sala considera que tanto en los contratos indefinidos como temporales la causa extintiva “puede considerarse no inherente a la persona del trabajador” la Sala pregunta al TJUE lo siguiente:

“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 la respuesta fuera afirmativa, la comparabilidad sería evidente por ocupar el relevista el mismo puesto de trabajo que el de la trabajadora parcialmente jubilada, pero aún quedaría por superar, a efectos del abono de la indemnización, el test de razonabilidad del art. 6.1, es decir si la diferencia de trato responde a un objetivo razonable, “un objetivo legítimo de política social”. No es de ese parecer el TSJ tras afirmar que la posibilidad de formalizar el contrato por tiempo indefinido o determinado es la que desmontaría la argumentación empresarial, por lo que plantea al TJUE la segunda cuestión, que es la siguiente:

“¿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 laboral ,cuando el empresario optó porque tal contrato fuera de duración determinada?”.

La respuesta negativa llevaría al TSJ a plantearse la aplicación directa de la Directiva conforme al principio de interpretación conforme, pero la cuestión le suscita varias dudas ante la dicción del art. 49.1 c) LET en relación con el principio de equiparación entre temporales e indefinidos recogido en el art. 15.6, concluyendo que “tal solución no nos parece posible sin forzar la exégesis de la norma hasta el punto de ignorarla”. No obstante, sí cree que hay una vía para su aplicación en cuanto que el principio de no discriminación es un principio general de la UE, y además está recogido en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, por lo que plantea esta nueva cuestión:

“¿Ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos constituye una discriminación de las prohibidas en el art.21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?”.

## **7.2. Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 21 de diciembre 2016.**

El auto, del que se encuentra información en el blog del profesor Ignacio Bertrán de Heredia, se dicta con ocasión de un litigio en el que se plantea la conformidad o no a derecho de una extinción contractual de un contrato de interinidad por vacante, al haberse procedido a la cobertura reglamentaria de la plaza. El conflicto se suscita en la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. Más concretamente, se trata de una auxiliar de enfermería que suscribió primeramente un contrato de interinidad para sustituir a un trabajador fijo (13 de marzo de 2007), siendo posteriormente novado su contrato para cobertura de interinidad por vacante (1 de febrero de 2008). La convocatoria de un proceso extraordinario para la “consolidación del empleo en plazas de auxiliar de hostelería en el marco de la Comunidad de Madrid” se llevó a cabo el 3 de octubre de 2009, si bien será necesario esperar casi siete años (27 de julio de 2016) – sin que se expliquen en el auto los motivos de tal dilación, aunque no parece difícil relacionarlo con el inicio de la crisis económica y la congelación o reducción del gasto público -- , y tras la realización de las pruebas selectivas, para que se provea la plaza por la persona que ganó el concurso, que no fue quien la ocupaba interinamente. Poco después, el 30 de septiembre, se comunica a la trabajadora la extinción de su contrato “por la finalización del proceso de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral y que venía ocupando interinamente”.

Las dudas que se le suscitan al magistrado Pablo Aramendi quedan concretadas en la siguiente cuestión prejudicial:

“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?”

Tras referenciar la normativa española y europea aplicable, arts. 15.1 c), 15.6, 49.1 c) y l), art. 53 de la LET, arts. 4 y 8 del RD 2720/1998, cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE, art. 19.3 del Tratado de la Unión Europea y art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el magistrado pone de manifiesto que la normativa europea es de aplicación directa al caso, dado que estamos en presencia de una entidad de derecho público, y con cita de la sentencia “Carratu” (asunto C-361/12) subraya que la cláusula 4.1 en cuestión “desde el punto de vista de su contenido es

incondicional y lo suficientemente precisa para poderse invocar ante un tribunal nacional”. A efecto del debate a efectuar entre “trabajadores comparables”, lo efectúa con quien accedió a la plaza tras superar la correspondiente selección, por lo que el punto de comparación se sitúa entre un trabajador interino por cobertura de vacante y un trabajador que ha accedido a la condición de fijo, en el bien entendido que se trata de la misma plaza y puesto de trabajo, de lo que infiere, “son datos reveladores” afirma, que en ambos casos “se realiza la misma actividad de hostelería en el mismo centro de trabajo”.

¿Ha resuelto ya la jurisprudencia del TJUE, caso De Diego Porras, el hipotético conflicto, a efectos de interpretación del apartado 1 de la cláusula 4, que puede plantearse a efectos de comparación entre una indemnización que puede percibirse (y no en todos los casos en la normativa española como es suficientemente sabido) por finalización de un contrato temporal, y la indemnización a percibir por un trabajador fijo cuya extinción del contrato se produce por causas objetivas? Si bien pareciera que el TJUE responde a esta cuestión en la citada sentencia, no es de dicho parecer el magistrado que eleva la cuestión prejudicial, considerando que la controversia suscitada “no ha recibido aún una respuesta clara que haga innecesario plantear la presente cuestión prejudicial”.

El interés añadido de la cuestión prejudicial radica en que antes de abordar el caso concreto, se explica con buen criterio a mi parecer, que hay varios supuestos extintivos en lo que los trabajadores temporales perciben la misma indemnización que los trabajadores fijos, es decir se produce una situación jurídica de igualdad de trato entre ambos, circunstancia que no es abordada en la sentencia De Diego Porras, o al menos lo es con la precisión que ahora se analiza en la cuestión prejudicial y que no lo fue en la planteada por el TSJ de Madrid en aquel supuesto. En efecto, no hay diferencia de trato a efectos indemnizatorios cuando se produce un despido en vulneración de derechos fundamentales, cuando se declara un despido improcedente, o cuando se extingue, ex art. 52 c), por la concurrencia de una causa objetiva adecuadamente acreditada. Igualmente, se recuerda la diferencia de trato entre los propios trabajadores temporales, en cuanto que algunos de ellos (contratados para obra o servicio, o por necesidades de la producción) tienen derecho a una indemnización de 12 día de salario por año de servicio, mientras que otros (interinidad – al menos hasta la sentencia del TJUE, relevo, formativos) no tienen fijada indemnización alguna. Todo este análisis lleva al juzgador 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.”

Tras señalar este elemento relevante, que le llevará a plantear la cuestión prejudicial, el juzgador resalta la importancia de la sentencia De Diego Porras y el acogimiento de su doctrina por la mayor parte de los TSJ (la cuestión prejudicial, dicho sea incidentalmente, es anterior a la sentencia de 30 de diciembre de 2016 dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña) y por la doctrina laboralista, y valora la importancia que puede tener su aplicación en la práctica, ante la elevada temporalidad y el elevado volumen de desempleo en el mercado de trabajo español. Es a partir de estos planteamientos previos cuando ya se entra en las razones que justifican la presentación de la cuestión prejudicial, y que no son otras, como muy bien se explica, que existen razones tanto a favor como en contra de entender que existe una diferencia



objetiva, que permitiría evitar existente una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, entre la finalización del contrato temporal (duración determinada) sin indemnización (en este caso el de interinidad) y la extinción de un contrato fijo por causa objetiva sobrevenida (derecho a indemnización de 20 día de salario por año de servicio). De hecho, es cierto, y así lo manifiesta en su escrito el juzgador, que cuando se suscribe un contrato temporal las partes conocen que su duración es limitada (más allá de que esa limitación pueda prolongarse mucho en el tiempo hasta devenir en la práctica en muchas ocasiones como casi indefinida, y varios casos suscitados ante el TJUE así lo ponen de manifiesto) y que existe, siempre y cuando el contrato se formalice conforme a derecho, una causa que lo justifica. La diferencia es clara, y sobre ello ya ha reparado la doctrina científica crítica con la sentencia, con respecto a un contrato de trabajo indefinido (y también con relación a un contrato temporal que finaliza antes del momento, plazo, previsto) ya que la extinción por causa objetiva, al amparo del art. 52 c) “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”. Hay, pues, una situación conocida, que el contrato temporal llegará a su término, mientras que hay otra situación posible pero desconocida cuando se formaliza un contrato indefinido, cual es que pueda darse una circunstancia legalmente regulada que obligue a su extinción, y sobre esta diferencia, aunque con otra terminología, incidirán las conclusiones provisionales del grupo de expertos. Conclusión de todo lo anteriormente expuesto, y que le suscita la primera duda al juzgador, y me parece correcto que se la formule, es que la disparidad de situaciones podría ser la “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”. No acabo de encontrar el parecido del caso concreto ahora enjuiciado con la sentencia Carratu citada en el auto, que permite diferencias entre indemnizaciones a abonar según cual sea el supuesto que concurra, pero en la que se planteaba la comparación entre trabajadores despedidos, por una parte, y aquellos cuyos contratos hubieran sido concertados de forma irregular. Repárese en que las cuestiones que en su gran mayoría se están suscitando ante los juzgados y tribunales españoles no versan sobre la conformidad o no a derecho de la extinción contractual, sino sobre la cuantía de la indemnización a percibir en su caso.

Si la explicación anterior podría llevar a justificar la diferencia de trato, el juzgador se coloca ahora en la tesitura contraria, por entender, y de ahí sus dudas, que es posible también una respuesta que afirme la existencia de discriminación, y vincula su análisis al hecho de encontrarnos, tanto en caso de extinción de un contrato temporal como de una extinción de un contrato indefinido por causas objetivas, ante “una causa objetiva de tipo organizativo”, que, conviene destacarlo “no (es) inherente a la persona del trabajador”, y desde este planteamiento, que prima la causa objetiva ajena a la voluntad del trabajador, y aceptado que estamos en presencia de un puesto de trabajo y de funciones idénticas a desarrollar, es plausible argumentar, y de hecho así lo han hecho numerosos juzgados y TSJ tras la sentencia del TJUE, que no puede haber diferencia indemnizatoria por el mero hecho de la duración del contrato. En apoyo de esta tesis trae un argumento económico y sociológico de no poco peso y que puede incidir sin duda en el ámbito jurídico, cual es el elevado volumen de temporalidad y que la pérdida del puesto de trabajo supone un perjuicio a todo trabajador con independencia de la duración de su contrato, de tal manera que si esa pérdida existe, y así será en la gran mayoría de los casos, “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”. También podría argumentarse, a mayor abundamiento, que la temporalidad provoca per se una situación de desigualdad jurídica y económica de un importante número de trabajadores con respecto a quienes gozan de estabilidad laboral, algo que requiere de una mayor protección por parte del legislador. Esta es también la tesis defendida por el magistrado Carlos Hugo Preciado en su ponencia, que expone que “sobre todo, la cláusula del Estado Social (art.9.2 CE) obliga al Estado, en buena lógica, a concebir a los trabajadores precarios, entre los que suman los temporales (1 de cada 4 trabajadores), como una nueva categoría de personas discriminadas (art.14 CE), por la condición social de trabajador temporal, ya que dicha condición incide nuclearmente de forma negativa en el desarrollo de su personalidad, y por tanto en la vertiente positiva de su dignidad al no poder hacer planes de futuro, estando siempre pendientes de si se produce o no su "próxima renovación", teniendo además presente que los trabajadores temporales “están sujetos a peores condiciones de trabajo que los trabajadores fijos comparables, teniendo mermado su derecho a la tutela judicial, pues el fantasma de la "no renovación" planea siempre sobre ellos, disuadiéndoles de todo intento de reclamar sus derechos”.

### **7.3. Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa de 26 de enero de 2017.**

Mi atención se detiene, por último, en el reciente auto dictado el 26 de enero por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Terrassa, a cuyo frente se encuentra el magistrado-juez Carlos Antonio Vega, y del que también se da debida cuenta en el blog del profesor Bertrán de Heredia, que versa sobre el despido disciplinario de una trabajadora enfermera de un hospital público, que ostenta la condición jurídica de indefinida no fija, cuestionándose por el juzgador si el reconocimiento del derecho de readmisión de los trabajadores que se prevé en el art. 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, 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. Las cuestiones prejudiciales planteadas son las siguientes:

“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?

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

En primer lugar, hay que conocer el litigio suscitado, cual es la demanda por despido presentada por una trabajadora que presta sus servicios en el Consorcio Sanitario de Terrassa, con la categoría profesional de diplomada en enfermería grupo 2, poniendo de manifiesto el juzgador ya desde el inicio del auto que realiza “actividad igual que cualquier otro trabajador de enfermería grupo 2 fijo en la empresa demandada”. Estamos pues ante un vínculo contractual existente entre una trabajadora y una entidad

pública, vínculo iniciado el 30 de mayo de 2006 mediante la suscripción de un contrato de interinidad con la Fundació Sant Llàtzer que concluyó el 14 de agosto de 2006, si bien siguió prestando sus servicios en la misma empresa a partir del día 15, aun cuando con un nuevo contrato de interinidad, que fue transformado en indefinido el 28 de diciembre de 2006. Consta en la relación de hechos que dicho contrato se formalizó a tiempo parcial, muy poco parcial, permítanme el comentario, ya que la jornada diaria era de 7:30. Muy poco después, el 11 de enero de 2007, pasó a jornada completa. Con posterioridad se produjo una subrogación en la titularidad empresarial, que conllevó que la trabajadora pasara a prestar sus servicios para el Consorcio Sanitario de Terrassa.

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

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

Es partir del apartado quinto cuando el juzgador se plantea, y las formula, las “razones para preguntar sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea”, y dado que hemos partido del estatus contractual de trabajadora indefinida no fija que plantea una demanda por despido, cuya posible declaración de improcedencia en sede judicial daría opción a la parte empresarial, ex art. 56 de la LET, a optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, y que el art. 96.2 del EBEP dispone que procederá la readmisión del personal laboral fijo, es decir sin opción para la elección de la indemnización por la parte empresarial, “cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave” (expediente tramitado en tales términos en el caso ahora analizado), cree el juzgador que tal diferencia de regulación jurídica presenta “una peculiaridad que justifica la presentación de esta cuestión prejudicial”, por entender que podría no ser conforme a los apartados anteriormente referenciados del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y más concretamente a la cláusula 4.1. Para llegar a

esta hipótesis, a tener dudas sobre la correcta adecuación del derecho interno al comunitario, el juzgador entiende, con base comunitaria suficiente para ello a mi parecer, que, en el caso de la trabajadora despedida, es de aplicación el apartado 3 del acuerdo marco, por tratarse de un contrato que, aunque formalmente denominado de indefinido no fijo, está sujeto a una cláusula objetiva de temporalidad, cual es de la convocatoria pública de plaza para cubrir la vacante existente, y al que es de aplicación la normativa comunitaria tal como declaró el TJUE e el asunto León Medialdea (auto de 11 de diciembre de 2014), y acogió posteriormente nuestro TS en sentencia de 6 de octubre de 2015. Interesante es la duda planteada por el juzgador respecto a la naturaleza indefinida o temporal del contrato, dado que de aceptarse formalmente la primera hipótesis, que descarta el juzgador, no estaríamos comparando un contrato temporal con otro fijo o indefinido comparable. En apoyo de su tesis jurídica, se acude a un argumento semejante al defendido por el magistrado Carlos Hugopreciado y al que me he referido con anterioridad, cual es que la trabajadora no ha consolidado la plaza que ocupa, plaza en propiedad o fija, “por lo que la misma mantiene una situación precaria con respecto a trabajadores fijos comparables”.

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

Planteada la primera duda, surge inmediatamente la segunda, cual es la de la conformidad a la normativa comunitaria de la diferente protección jurídica para un despido disciplinario declarado procedente, según que la demandante tea uno u otro vínculo contractual (temporal-indefinido no fijo, o fijo). Nuevamente en este punto el juzgador acude a la sentencia De Diego Porras, transcribiendo sus apartados 35 a 44, y con respecto más concretamente a la llamada justificación objetiva de una diferencia de trato acude a los apartados 45 a 52. Cree el juzgador que no hay un pronunciamiento expreso sobre la cuestión planteada y por ello la formula, si bien ya le avanza al TJUE que sí considera, aunque formula su tesis “con reservas”, que no encuentra en la normativa comunitaria referenciada, interpretada por el TJUE, dicha justificación objetiva para diferenciar una y otra situación jurídica, por lo que a su parecer el diferente grado de protección en un supuesto de despido declarado improcedente sería discriminatorio por no estar la desigualdad objetivamente justificada. La cuestión

prejudicial plantea su hipótesis en relación con el art. 20 de la CDFUE por su relación con la cláusula 4.1 del acuerdo marco, si bien no hay mayor explicación o argumentación sobre la aplicación directa de la Carta, cuestión sobre la que sí hay, ciertamente, una amplia argumentación del TJUE en varias sentencias dictadas en relación con conflictos laborales.

En definitiva, y con ello concluyo estas notas sobre las cuestiones prejudiciales aún no resueltas por el TJUE y planteadas por los juzgados y tribunales españoles, aquello que piden a mi parecer es una mayor seguridad jurídica a la hora de interpretar, y posteriormente aplicar, la normativa comunitaria sobre igualdad y no discriminación por razón del vínculo contractual.

En las dos primeras, del TSJ de Galicia y del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, se pide mucha mayor precisión al TJUE que la que ha tenido en el caso De Diego Porras, con mención expresa a una modalidad contractual que suscita dudas por poderse tratar de un objetivo de política social que justificaría la diferencia de trato (contrato de relevo), y a una posible condición objetiva (las circunstancias en las que operan la modalidad contractual de duración determinada y la contratación indefinida) que podría avalar la diferencia de trato; en la tercera (juzgado de lo social núm. 2 de Terrassa), el litigio se centra en la consideración de condición de trabajo de la normativa legal reguladora del despido disciplinario para trabajadores fijos y su diferencia con la de los trabajadores que no ostentan tal condición, de tal manera que su aceptación llevaría a una diferencia de trato no justificada al amparo de la cláusula 4.1 del acuerdo marco. No le faltará, pues, trabajo al TJUE, siendo de desear que alguna de las cuestiones prejudiciales sea abordada en Gran Sala, para dotar de mayor consistencia a las tesis que se recojan en la sentencia, y siempre y cuando además haya conclusiones del abogado general, algo que no se ha dado en ninguna de las tres sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016.

## **8. Para concluir. Anotaciones a las conclusiones provisionales del grupo de expertos.**

Eran esperadas con mucho interés (¿quizás demasiado?) las conclusiones del grupo de expertos propuestos por el gobierno y los agentes sociales para elaborar un documento que sirviera como punto de referencia para analizar tanto el impacto real de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 14 de septiembre de 2016) como para proponer reformas normativas que, obviamente, el gobierno podría hacer o no suyas, aunque ciertamente dichas propuestas tendrían un valor añadido si venían avaladas por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Dichas conclusiones, “provisionales” como se enfatiza en el título del documento entregado a la Ministra de Empleo y Seguridad Social el 10 de febrero<sup>6</sup>, recogen las diferentes sensibilidades jurídicas y sociales existentes en el grupo, formulando algunas manifestaciones tajantes, aconsejando la modificación del marco normativo en algunos apartados, y planteando, por la mayoría del grupo, una mayor espera antes de adoptar modificaciones normativas de calado en nuestro ordenamiento interno, a la espera de que se pronuncie el TJUE sobre las cuestiones prejudiciales planteadas tras las

---

<sup>6</sup> El texto puede consultarse en la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2975> (última consulta: 15 de febrero de 2017).

sentencias de 14 de septiembre de 2016. Dado que varios miembros de la Comisión se han manifestado en artículos publicados en revistas especializadas sobre cuáles son sus puntos de vista sobre las tres sentencias, y en especial sobre la del caso De Diego Porras, no es extraño que la lectura del texto ponga de manifiesto el acogimiento, compartido en su totalidad o por una mayoría, o minoría, del grupo, de las tesis defendidas en sede doctrinal por cada uno de ellos.

Las conclusiones presentan una concreción adicional, cual es que el debate de los expertos se ha centrado en la sentencia De Diego Porras, es decir sobre cómo debe abordarse, en su caso, las modificaciones en la regulación del contrato de interinidad; limitación que ha merecido una valoración crítica por parte de UGT y CCOO, que en un comunicado conjunto<sup>7</sup> emitido poco después de la entrega oficial de las conclusiones (de las que se venía hablando desde varios días antes en todos los medios de comunicación y en las redes sociales) eran del parecer que la comisión hubiera debido abordar todos los aspectos que, de forma directa o indirecta, se generaron en las sentencias (y no sólo la del caso De Diego Porras) del TJUE, y con mayor concreción, útil para un mejor conocimiento de la realidad negocial de la comisión, explicaban que los profesores designados por CC OO y UGT para formar parte de ella (Joaquín Pérez Rey, de la Universidad de Castilla – La Mancha y José María Miranda Boto, de la Universidad de Santiago de Compostela) habían defendido el tratamiento de otras muchas, e importantes cuestiones, así enumeradas: “Establecer una indemnización de 20 días para todos los contratos de duración determinada y temporales cuya finalización se deba a “condiciones objetivas”: Definir con claridad que se debe entender por condiciones objetivas; determinar un plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada, sean del tipo que sean. Cómo se debe establecer la comparación entre el trabajador temporal y fijo, conforme a lo establecido por el TJUE; Diferenciar entre los límites de la duración de los contratos y los límites del encadenamiento de contratos. Determinar las causas que justifican la utilización de interinos en el ámbito público. Qué pasa con los trabajadores que tengan un contrato de interinidad hasta que se clarifique nuestra normativa”.

Afirmación tajante de la comisión (supongo que compartida por diversos motivos por los agentes sociales): debe mantenerse la contratación determinada, y ello implica “el rechazo del llamado contrato único de trabajo”. Ciertamente, el énfasis en el “llamado” contrato único, y la negativa formulada, me parece acertado en cuanto que este no resuelve a mi parecer, como he expuesto en numerosas ocasiones, los problemas de nuestro mercado de trabajo y además chirría en su fundamentación jurídica si prestamos atención al convenio núm. 158 de la OIT y al art. 31 de la CDFUE.

De las afirmaciones tajantes a las propuestas de cambio normativo, porque, más allá de las (muchas) objeciones que se realizan a la sentencia De Diego Porras, la jurisprudencia sentada por el TJUE ha declarado con contundencia que la normativa interna sobre (no) fijación de indemnización en los contratos de interinidad a su finalización (en el sector público, por amortización de la plaza o por cobertura de vacante) “se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio

---

<sup>7</sup> “La Comisión de Expertos sobre interinos desaprovecha la ocasión para equiparar los derechos de los trabajadores temporales e indefinidos”. <http://www.ccoo.es/noticia:232693--La-Comision-de-Expertos-sobre-interinos-desaprovecha-la-ocasion-para-equiparar-los-derechos-d-e-los-trabajadores-temporales-e-indefinidos> (última consulta: 14 de febrero de 2017).

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".

¿Cuáles son las objeciones? Dentro de la pluralidad de criterios existentes en la Comisión, la mayoría es crítica con la poca (o nula) relevancia que la sentencia De Diego Porras ha dado a las diferencias existentes en la normativa española entre las causas de extinción de un contrato temporal, en este caso de interinidad, y las diferentes causas objetivas de finalización de un contrato de duración indefinida, e incluso se ha insistido, y los artículos doctrinales pueden sin duda ayudarnos a conocer quién ha defendido tales tesis, que la sentencia incurre en "confusión conceptual" por equiparar las causas de extinción de los contratos temporales con las de los indefinidos cuando se extinguen por causas objetivas, una distinción, se afirma, "que conocen todos los ordenamientos de los Estados miembros, que es compatible con el Acuerdo Marco y que también se acoge, acertadamente, en otras decisiones del Tribunal europeo (recientemente, en la sentencia de 13 de mayo de 2015, caso Rabal/ Cañas)". Por otra parte, y en estrecha sintonía con el análisis realizado por el auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid como paso previo al planteamiento de la cuestión prejudicial, también se ha destacado que la sentencia no acierta en su reflejo, incorrecto, de cuál es el marco en el que opera la finalización de los contratos temporales interinos y su afirmación de que aquel deniega cualquier indemnización a dichos trabajadores, por desconocer "las que corresponden al despido improcedente y al procedente por causas objetivas", e igualmente que "queda en la indefinición la posible aplicación a los interinos de las indemnizaciones que corresponden a otros trabajadores temporales, a los que el fallo de la sentencia se refiere de un modo indirecto cuando compara la ausencia de indemnización del interino con la que reciben "en particular" los trabajadores fijos (en particular, pero no exclusivamente los fijos)".

A tal efecto, la comisión se ha centrado especialmente, aunque no me parece, a juzgar por la redacción del texto, que lo haya hecho de forma exclusiva, en el contrato de interinidad en el sector público, que es donde se concentran las mayores dosis de "precariedad estable" si hemos de atenernos a la duración de muchos de tales contratos, aun cuando puedan tener su razón de ser, y así ocurre, en muchas ocasiones, en la protección de reserva de empleo de los trabajadores que ejercen derechos (se citan, con buen criterio, los derivados de cuidados familiares y los derivados del desempeño de cargos públicos y representativos) "que tienen una clara trascendencia constitucional", y que encajan a mi parecer en los arts. 14, 23 y 39 de la Constitución.

A partir de aquí, las propuestas se centran en la revisión general del marco normativo de dicho contrato, con fijación de límites más estrictos para su duración máxima, su inclusión entre los contratos de duración determinada que genera derecho a indemnización, y valorar la aplicación de las reglas sobre encadenamientos de contratos temporales y su obligada conversión en indefinidos si se supera un determinado período de tiempo. En definitiva, se plantea la modificación del art. 15.1 de la LET para fijar una duración máxima, si bien se ha dejado la puerta abierta a debates posteriores sobre cuál debería ser, y además se concede prioridad a la negociación colectiva para fijar dicha duración.

Cuál debe ser la indemnización que correspondería a la finalización del contrato es un asunto que generó divergencias en la Comisión y que la mayoría de esta ha considerado que no debe merecer una respuesta concreta ahora (ya se trate de 20 o 12 días),

proponiendo una espera prudencial (¿hasta cuándo?) para que el TJUE resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas, con cita expresa de la del TSJ de Galicia. No obstante, este planteamiento no impedirá, por una parte, que sigan llegando litigios a los juzgados y tribunales, y que estos deban dictar sentencias en unos u otros términos y siempre teniendo presente el respeto a la jurisprudencia comunitaria, y por otra que la espera pueda dejar de ser prudencial porque el TJUE se encuentre, no sólo con las tres cuestiones prejudiciales ya planteadas, sino con otras que puedan ser suscitadas en los inmediatos meses venideros.

No obstante, y aun no manifestándose expresamente sobre la cuantía de la (obligada) indemnización, sí creo que la mayoría asume la tesis del abono de 12 días de salario por año de servicio, es decir la misma que en la actualidad se abona a la finalización de los contratos para obra o servicio, o por necesidades de la producción, ya que me parece que tendría poco sentido, si no fuera así, la modificación propuesta en los arts. 15.1 c) y 52 de la LET, consistente en aceptar que un contrato de interinidad que tenga una duración máxima, una vez superada esta seguirá vigente y la reincorporación de la persona sustituida, con reserva de puesto de trabajo, significará la existencia de una causa objetiva nueva que se incorporará a las ya existentes en el art. 52 de la LET en cuanto que posibilitará la extinción del contrato. Igualmente, carecería de sentido hacer expresa referencia a las propuestas de “otra parte del grupo”, la minoría, que apostaba por reformar la LET, en el marco de un procedimiento abierto de diálogo social y siempre prestando atención a dejar espacios de actuación a la negociación colectiva, para remediar lo que, con acierto a mi entender, “que pusiera remedio a la inseguridad jurídica actual y plasmara la cuantía de la indemnización, que podría ser de 20 días por año de servicio para la extinción del contrato de interinidad, al que se ciñen por no desbordar el mandato conferido”.