

Nº 27
Tercer trimestre 2021

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 27
Septiembre 2021
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Número 27. Septiembre 2021

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.

SUMARIO

EDITORIAL
El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

BREVE COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL
«DESPACHO ORDINARIO» DE ASUNTOS PÚBLICOS POR
UN GOBIERNO EN FUNCIONES
D. José Joaquín Jiménez Vacas..... 15

EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DEL PERSONAL
INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION
ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE
D^a Eva M^a Fernández Gracia..... 36

EL ESTADO ACTUAL DE LOS CRITERIOS DE
ADJUDICACIÓN DE CARÁCTER MEDIOAMBIENTAL
D. Diego Arcís Flor121

UNA PROPUESTA DE MEJORA PARA LA VALORACIÓN DE
LAS OFERTAS EN EL SECTOR PÚBLICO. LAS
REVISIONES POR PARES.
D. Luis Castel Aznar, D^a Laura Montalbán Domingo y
D. Joaquín Catalá Alís 135

VIOLENCIA PSÍQUICA EN VIOLENCIA DE GÉNERO
D. Alberto Arroyo Blanco 147

RECENSIÓN DE LIBROS

LA CONTRATACIÓN MENOR EN ESPAÑA: SU
PROBLEMÁTICA REGULACIÓN Y UNA PROPUESTA DE
FUTURO. Autor: D. Antonio Villanueva Cuevas
D^a Maria Zaballos Zurilla.....186

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

DESAFÍOS Y RETOS DE LAS CONTRATACIONES
ELECTRÓNICAS EN EL PERÚ, A LA LUZ DE LA
EXPERIENCIA ESPAÑOLA
D. Juan Manuel Revoredo Lituma.....191

BASES DE PUBLICACIÓN 269

EDITORIAL

En el número 27 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a una reseña de libro y un trabajo de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. José Joaquín Jiménez Vacas con el artículo que lleva por título *Breve comentario jurisprudencial sobre el «despacho ordinario» de asuntos públicos por un Gobierno en funciones*. El autor aborda como De la doctrina jurisprudencial cabe extraer que, por «despacho ordinario» de los asuntos públicos que puede acometer un Gobierno en funciones, se comprenden todos aquellos cuya resolución no implique establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Se trata, en todo caso, de un concepto jurídico indeterminado que ha de apreciarse –caso por caso– atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba aquella producirse.

A continuación, D^a Eva M^a Fernández Gracia analiza en un interesante y profuso trabajo “El derecho a la indemnización del personal interino al servicio de la

Administración española a la luz de la jurisprudencia del TJUE”.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Diego Arcis Flor que aborda el estado actual de los criterios de adjudicación de carácter medioambiental.

D. Luis Castel Aznar, D^a Laura Montalbán Domingo y D. Joaquín Catalá Alís, en su artículo “Una propuesta de mejora para la valoración de las ofertas en el sector público. Las revisiones por pares” plantean una innovadora propuesta de valoración de la componente evaluable mediante juicios de valor en las ofertas que se licitan en el sector público.

D. Alberto Arroyo Blanco analiza pormenorizadamente la violencia psíquica en violencia de género.

D^a María Zaballos Zurilla hace una reseña del libro de D. Antonio Villanueva Cuevas sobre: La contratación menor en España: su problemática regulación y una propuesta de futuro.

Por último, la sección internacional se cierra con un trabajo de D. Juan Manuel Revoredo Lituma que hace una reflexión sobre “Desafíos y retos de las contrataciones electrónicas en el Perú, a la luz de la experiencia española”. Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN
DEL PERSONAL INTERINO AL
SERVICIO DE LA ADMINISTRACION
ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA DEL TJUE
THE RIGHT TO INDEMNIFICATION OF
INTERIM STAFF AT THE SERVICE OF
THE SPANISH ADMINISTRATIO IN THE
LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE
CJEU**

D^a. Eva María Fernández Gracia

Jefe de Servicio de personal no docente y régimen
jurídico

Consejería de Educación, Cultura y Deportes. JCCM

RESUMEN: La Directiva 1999/79/CE del Consejo tiene como objetivo mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando, a través de su cláusula 4, el respeto al principio de no discriminación del trabajador

temporal respecto del fijo comparable y, estableciendo, en su cláusula 5, un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. El personal interino al servicio de la Administración española, amparándose en esta Directiva, ha reclamado tanto el reconocimiento a una indemnización por cese al amparo de la cláusula 4 como una indemnización como sanción al abuso en la utilización de sucesivos contratos de duración determinada, basándose en las previsiones de la cláusula 5, lo que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo hasta llegar, finalmente, a la reforma legislativa a través del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

PALABRAS CLAVE: Directiva 1999/70/CE, función pública, funcionarios de carrera, funcionarios interinos, no discriminación, abuso en el uso de la contratación temporal, cese, indemnización.

ABSTRACT: Council Directive 1999/70/CE aims to improve the quality of fixed-term work by guaranteeing, through its clause 4, respect for the principle of non-discrimination of temporary workers with respect to comparable fixed-term workers and, establishing, in its clause 5, a framework to avoid abuses derived from the use of successive contracts or employment relationships of a fixed duration. The temporary staff at the service of the Spanish Administration, based on this Directive, has demanded both the recognition of severance pay under clause 4 and compensation as a sanction for abuse in the use of successive fixed-term contracts, based on the

provisions of clause 5, which has given rise to an abundant jurisprudence of the CJEU and the Supreme Court until finally reaching the legislative reform through Royal Decree-Law 14/2021, of July 6, of urgent measures for the reduction of temporary employment in public employment.

KEY WORDS: Directive 1999/70/CE, public function, career civil servants, temporary civil servants, non-discrimination, abuse in the use of temporary contracts, dismissal compensation.

SUMARIO: I. EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO 1. EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN 1A) El Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público 1B) El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud. 1C) El personal interino docente 2. LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO. UNA APROXIMACIÓN 2A) La Cláusula 4 de la Directiva: el principio de no discriminación 2B) La Cláusula 5 de la Directiva: medidas destinadas a evitar la utilización abusiva 3 LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO 3A) El efecto directo de las Directivas 3B) En particular, la aplicabilidad de la Directiva 1999/70/CE del Consejo al personal temporal al servicio de la Administración. **II LA INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO Y LA CLÁUSULA 4 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE** 1 LA INDEMNIZACIÓN POR CESE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 1A) La indemnización por finalización del contrato indefinido por causas objetivas. 1B) La indemnización por despido

improcedente 1C) La indemnización por finalización de determinados contratos de duración determinada. 2. ¿Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN? ¿NO HAY INDEMNIZACIÓN PARA ELLOS? 2A) Asunto C-596/14 de Diego Porras I. La sentencia de 14 de septiembre de 2016. La gran ilusión 2B) Asunto C-677/16 Montero Mateos. La sentencia de 5 de junio de 2018. Menos lobos, Caperucita 2C) Asunto C-619/17 de Diego Porras II. Una ilusión con freno y marcha atrás 2D) Asunto C-177/18 Baldonado Martín. La sentencia de 22 de enero de 2020. Despedida y cierre. **III LA INDEMNIZACIÓN COMO COMPENSACIÓN DEL ABUSO EX CLÁUSULA 5 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE.** 1.EL ABUSO EN EL USO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. MECANISMOS DE CONTROL. 2. ASUNTOS C-184/2015 MARTINEZ ANDRÉS Y C-198/2017 CASTREJANA LÓPEZ.LA POSICIÓN DEL TS 3 ASUNTO DE DIEGO PORRAS (Y III) CAMBIO DE TERCIO 3 A) La sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018.Primer asalto 3 B) La respuesta del TS. Sentencia de 13 de marzo de 2019 4 ASUNTOS C-177/18 BALDONEDO MARTIN Y C-429/18 FERNÁNDEZ ÁLVAREZ. NO VA MÁS **IV.AL FIN, LA RESPUESTA LEGAL CONCLUSIONES.**

I.EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO

1.EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

Ha sido tradicional encontrar al servicio de la Administración española, junto al clásico funcionario de

carrera, cuya estabilidad y permanencia en el cargo han estado, desde antiguo, garantizadas por ley por mor de la superación del correspondiente proceso selectivo, a otros trabajadores, no estables ni permanentes, incorporados a la Administración para prestar servicios de manera temporal bajo una variada tipología de contratos y modalidades de nombramiento. Encontramos a este tipo de trabajadores en la administración decimonónica y todavía bien entrado el siglo XXI, ya sea al servicio de la administración central, autonómica o local o en empresas públicas, y en cualquier actividad que podamos imaginar: sanidad, educación, justicia o administración general; en todo el escalafón administrativo, desde los grados inferiores a los más altos coexisten trabajadores que prestan sus servicios por tiempo determinado con trabajadores fijos.

Si bien han existido y todavía perviven grandes diferencias entre los distintos tipos de trabajadores de carácter temporal al servicio de la Administración, todos ellos comparten, al menos, dos importantes características que a su vez les diferencian de los funcionarios: la incorporación al servicio de la Administración sin haber superado la consabida oposición o proceso selectivo, y unas condiciones de trabajo diferentes, en todo o en parte, de las de sus compañeros funcionarios.

La coexistencia de dos tipos de trabajadores - permanentes y temporales- con diferentes estatutos jurídicos tiene un anclaje legislativo que nace a mediados del siglo XIX y se ha perpetuado hasta la actualidad en un modelo que ha funcionado de manera relativamente pacífica, en el que el trabajador temporal aceptaba, con

mayor o menor resignación, la inestabilidad en su puesto de trabajo y las diferencias de trato respecto del trabajador permanente -en muchas ocasiones, compañero de mesa-, empeñando todo su esfuerzo en la superación de la preciada oposición.

Como sintetiza MALARET i GARCIA¹, el concepto genérico de «empleado público» identifica al personal que desempeña un trabajo remunerado al servicio de la Administración Pública, pero la vinculación con la misma, esto es, la relación jurídica, puede tener una doble naturaleza jurídica. La relación puede ser de carácter estatutario -no disponible por las partes y sometida al derecho administrativo-, o de carácter contractual y sometida al derecho laboral. La elección de uno u otro modelo se fundamenta en artículo 11.2 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público² (en adelante TREBEP) que reserva a los funcionarios «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas».

¹ MALARET i GARCIA, E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción" Revista Vasca de la Administración Pública, nº 84- 2009 página 184.

² Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015.

1 A) El Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público

El artículo 8 del TREBEP contiene el catálogo con los distintos tipos de personal al servicio de la Administración, desgranándose a continuación en el texto legal las circunstancias en las que esta puede acudir a una u otra modalidad: los funcionarios de carrera, que están vinculados a la Administración por una relación de carácter permanente³; los funcionarios interinos, que si bien desempeñan funciones propias del funcionario de carrera, lo hacen llamados por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia⁴; el

³ El artículo 9.1 del EBEP define al funcionario de carrera como aquel que, en virtud de nombramiento legal, está vinculado a una Administración Pública por una relación estatutaria de carácter permanente. El artículo 62.1, por su parte, contiene los requisitos que han de cumplirse para la adquisición de la condición de funcionario de carrera, requisitos que han de cumplirse sucesivamente y que son: superación del proceso selectivo, nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente, acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico y toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

⁴ El artículo 10.1 del TREBEP define al funcionario interino en los siguientes términos: son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, b) La sustitución transitoria de los titulares, c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán

personal laboral que puede ser contratado por tiempo indefinido o con carácter temporal con cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral⁵ -entre ellas y destacadamente, la sustitución de un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo y para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva- ; y, por último, el personal eventual que , de manera no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial.

El personal interino no ha superado, al contrario que el funcionario de carrera, un proceso selectivo, si bien el propio TREBP, siguiendo una tradición secular, exige que su selección se realice mediante procedimientos ágiles que han de respetar, en todo caso, los principios de

tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

⁵ El artículo 15 del ET contempla los supuestos en que los trabajadores pueden ser contratados de manera temporal: a) cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta, b) cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la empresa, c) cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. El artículo 15 del ET es desarrollado por el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre (BOE nº 7 de 8 de enero de 1999).

igualdad, mérito, capacidad y publicidad⁶. En la práctica, lo más común es que, una vez celebrados los procesos selectivos, se constituyan las denominadas «bolsas», integradas por aquellos aspirantes que han superado alguna de las pruebas. No obstante, no es insólita la convocatoria de procesos de concurso en los que solo se toman en consideración los méritos presentados.

Nada nos dice, sin embargo, el TREBEP sobre los mecanismos y requisitos del reclutamiento del personal laboral, sea este fijo o temporal, por lo que debemos acudir a las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas. Así, en Castilla-La Mancha⁷, los sistemas selectivos del personal laboral fijo son la oposición y el concurso-oposición, y para el personal laboral temporal se acude, en un reflejo del sistema funcionario-interino del TREBEP, a la constitución de bolsas con las personas aspirantes de los procesos selectivos.

1 B) El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud

También al servicio de la Administración, pero en un ámbito muy concreto -el sanitario- coexisten los trabajadores fijos y temporales. El Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud⁸ (en adelante, EM) contempla la figura del personal estatutario fijo, pero a la vez regula, en su artículo 9, las distintas modalidades de contratación temporal y sus

⁶ Artículo 10.2 TREBEP.

⁷ Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (DOCM nº 56, de 22 de marzo de 2011).

⁸ Ley 55/2003, de 16 de diciembre. (BOE nº 301, de 17 de diciembre de 2003).

efectos. Como regla general, personal estatutario temporal es el nombrado por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal pero dentro de esta modalidad se contempla una variada tipología de nombramientos: a) de interinidad -en plaza vacante-; b) de carácter eventual y c) de sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.

1 C) El personal interino docente

Sin una normativa específica propia a nivel estatal -a pesar de que el TREBEP así lo prevé⁹- la Administración educativa cuenta igualmente con personal funcionario estable -que ha superado, como no, un proceso selectivo- y personal interino, el cual se rige por la normativa general del TREBEP, por la normativa, en los casos en que exista, de las Comunidades Autónomas y, muy significativamente, por los distintos Pactos de gestión de Bolsas celebrados entre las Administraciones educativas y las organizaciones sindicales más representativas.

⁹ Artículo 2.3 del TREBEP: El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84. Mientras que esta previsión si se cumplió con la promulgación de la Ley 55/2003 del personal estatutario de los Servicios de Salud, el personal docente sigue huérfano de una legislación específica a nivel estatal.

De manera que el concepto «personal temporal al servicio de la Administración» incluye una variada tipología de personal:

- el funcionario interino del artículo 10.1 del TREBEP,
- el personal laboral contratado al amparo del artículo 11 del TREBEP el artículo 15 del ET y su normativa de desarrollo,
- el personal eventual del artículo 12 del TREBEP, y
- las distintas modalidades de personal estatutario contratado al amparo del artículo 9 del EM.

Como veremos a lo largo del presente, los términos utilizados en los distintos textos legales no identifican siempre la misma realidad: no es lo mismo un interino nombrado de acuerdo con las reglas del art. 10.1 del TREBEP que el interino contratado en virtud del art. 15.1 c) del ET, el personal eventual del art. 12 del TREBEP es una figura radicalmente diferente del eventual del art. 9 del EM lo que ha provocado, en no pocas ocasiones, confusiones y equívocos no tan desinteresados.

En adelante, por razones de economía de lenguaje, utilizaremos el término genérico «funcionario» para referirnos a aquellos trabajadores fijos que prestan servicios para la Administración tras la superación de un proceso selectivo -ya se trate de funcionarios en sentido estricto o personal laboral fijo- y el término genérico «interino» para identificar a los trabajadores que prestan servicios de carácter temporal, independientemente del régimen jurídico -estatutario o laboral- al que estén sujetos.

Una última precisión, esta vez respecto al estilo: siguiendo las consideraciones de la RAE sobre el uso del masculino genérico¹⁰, esta autora huye, intencionadamente, de los tan en boga hoy en día desdoblamientos de género. Sólo en las citas o cuando se considere imprescindible, por ser gramaticalmente necesario o se estime que mejorará la comprensión del discurso, se acudirá al desdoblamiento de género.

2. LA DIRECTIVA 1999/70/CE. UNA APROXIMACIÓN

El ingreso de España, el 1 de enero de 1986 a las entonces Comunidades Europeas supuso la aceptación del acervo comunitario, todo un ordenamiento jurídico que, como señala MANGAS MARTÍN¹¹ forma parte del derecho que se aplica en cada Estado miembro pero no se confunde con el derecho interno, ni «se somete a los principios, ni a los modos de producción normativa ni a los efectos jurídicos establecidos en la Constitución nacional y restantes normas internas de los Estados miembros».

Durante el largo proceso de desarrollo de su construcción, la UE no ha olvidado su dimensión social, y ya muy tempranamente se signó en Turín, el 18 de octubre de 1961 la Carta Social Europea. Más adelante,

¹⁰ Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas. Madrid, 16 de enero de 2020. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf, consultado el 15 de abril de 2021.

¹¹ MANGAS MARTÍN, A et al.: «Instituciones y derecho de la Unión Europea» Tecnos. Madrid, 6ª edición, 2010, página 364.

la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, ya señalaba, como uno de sus objetivos para la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores la aproximación de dichas condiciones entre los contratados por tiempo indefinido y los sujetos a distintas formas de trabajo de duración determinada¹².

Estos objetivos tienen su reflejo en el TFUE que dedica su TÍTULO X a la Política Social y cuyo artículo 151 - haciendo referencia expresa a la Carta Social Europea y a la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores- se fija como objetivos, entre otros, el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, una protección social adecuada, y la lucha contra las exclusiones.

Estimándose deseable una acción comunitaria, el Consejo y la Comisión invitan a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo, incluidas las formulas flexibles de trabajo, con el fin de aumentar la productividad y la

¹² Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Artículo 7: «La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada».

competitividad de las empresas y alcanzar el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad.

Las organizaciones interprofesionales de carácter general -la Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europea (UNICE), el Centro Europeo de la empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES)-, recogieron el guante y, finalmente alcanzaron, el 18 de marzo de 1999 un Acuerdo Marco (en adelante AM) sobre el trabajo con contrato de duración determinada¹³, con el objetivo específico de establecer los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y, finalmente, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada.

Este AM se aplica a través de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999¹⁴ lo que significa que obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejándoles la elección de la forma y

¹³ Este Acuerdo exceptúa su aplicación a los trabajadores puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal, que son objeto de una Directiva específica y posterior la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DO L327 de 5 de diciembre de 2008). Por otra parte, permite a los estados miembros exceptuar de la aplicación de la Directiva a las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje y los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

¹⁴ DOCE L175/43, de 10 de julio de 1999.

de los medios¹⁵. En todo caso, se estableció como fecha límite para la entrada en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias el 10 de julio de 2001.

Descendiendo al contenido del AM, y en lo que a este trabajo interesa, se parte de la premisa de que los contratos de duración indefinida son la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores y contribuye a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento¹⁶, si bien también se reconoce que, en algunos sectores, ocupaciones y actividades, los contratos de duración determinada pueden convenir tanto a empresarios como a trabajadores¹⁷.

De manera que no existe una proscripción general de la contratación temporal, que el propio AM reconoce como una opción de contratación, pero en la búsqueda del delicado equilibrio entre ambas modalidades de contratación, la indefinida y la temporal, entre la estabilidad y la flexibilidad, el AM pivota alrededor de dos grandes objetivos: de una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación del trabajador temporal respecto del fijo comparable y de otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización

¹⁵ Artículo 288 TFUE.

¹⁶ Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, Anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, consideraciones generales, apartado 6.

¹⁷ AM...Consideraciones generales, apartado 8.

de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

2 A) La cláusula 4 de la Directiva: el principio de no discriminación

Como decíamos, el primer gran objetivo del AM es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada con la finalidad última de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida, para lo que se establece, en la cláusula 4¹⁸ del AM, el principio de no discriminación, y que supone, resumidamente, que, dada una condición de trabajo, no podrá tratarse al trabajador temporal de una manera menos favorable que al trabajador fijo comparable, salvo

¹⁸ El texto completo de la cláusula 4 del AM reza: 1.- Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. 2.- Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis. 3.- Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales. 4.- Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

que el trato diferente venga justificado por razones objetivas.

«Condición de trabajo», «trabajador temporal», «trabajador fijo comparable», «razones objetivas», términos que tendremos que colmar de significado para entender el verdadero alcance de esta cláusula 4 y su impacto entre el personal temporal al servicio de la Administración.

El propio AM nos da la definición de contrato de duración determinada: cuando el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas (una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado), y también define al trabajador fijo comparable, que será aquel con contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

Sin embargo, no define con la misma precisión las condiciones de trabajo ni las causas objetivas que justificarían el diferente trato entre uno y otro tipo de trabajador, por lo que está labor recaerá, como veremos, en el TJUE.

Por tanto, recapitulando sobre el principio de no discriminación de la cláusula 4 del AM, su aplicación se sustenta sobre tres pilares:

a) Identificación de la «condición de trabajo» respecto de la que es discriminado el trabajador temporal;

- b) identificación del «trabajador fijo comparable» que sí se beneficia de la mencionada «condición de trabajo»; y
- c) acreditación de la no existencia de una «causa objetiva» que justifique la discriminación.

2 B) La cláusula 5 de la Directiva: medidas destinadas a evitar la utilización abusiva

El segundo gran objetivo del AM es evitar la utilización abusiva de la contratación de duración determinada, imponiendo límites a la utilización sucesiva de esta modalidad de contratación, considerada por el TJUE¹⁹ como fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, con objeto de evitar la precarización de los asalariados.

Para lograr este objetivo el AM deja en manos de los Estados miembros (salvo que ya dispongan de alguna medida legal equivalente) la adopción de 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.

¹⁹Sentencia Huet (C-251/11, de 8 de marzo de 2012), párrafo 34.

De manera que, en orden a evitar esta utilización sucesiva de contratos, en tanto que fuente potencial de abusos, la cláusula 5 insta a los estados a adoptar una o varias de las medidas ya mencionadas, pero -y es un gran pero- no establece sanciones para el caso de que el abuso se produzca.

Como acertadamente han observado algunos autores como FUENTETAJA²⁰:

«En lo que respecta a la Directiva 1999/70 y su alcance respecto a los abusos en las Administraciones públicas a diferencia de las medidas preventivas de abusos, donde la directiva es mucho más precisa y reduce considerablemente el margen de discrecionalidad de los Estados al exigirles que adopten al menos una de las medidas que contempla [...], en lo que respecta a las consecuencias jurídicas que aquellos deben establecer para reprimir los incumplimientos de la normativa encaminada a prevenir los abusos en la contratación temporal, el derecho europeo ha permitido un margen de discrecionalidad más amplio a los Estados, con objeto de que las medidas sancionadoras que se prevean tengan "en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas" (preámbulo del AM)».

²⁰ FUENTETAJA, J.:(2020). "La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización". Revista de Administración Pública, 212, 201-230., página 206. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>, página visitada el 10 de julio de 2021.

Esta ausencia de sanciones específicas y concretas provocará no pocos quebraderos de cabeza a los interinos en su búsqueda del amparo de la Directiva 1999/70/CE y a los órganos judiciales españoles tanto del orden contencioso como del social, en su decidida voluntad de amparar y proteger a estos trabajadores.

3. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO

3 A) El efecto directo de las Directivas

El principio de la eficacia directa responde al hecho de la capacidad de algunos de los actos comunitarios para crear derechos y obligaciones para los particulares destinatarios de los mismos, siendo así oponibles de forma directa frente a los órganos administrativos y judiciales de los Estados miembros, que quedan obligados así tomar las medidas para su eficaz cumplimiento.

Este principio, de clara construcción jurisprudencial, se inició muy tempranamente con la sentencia del TJCE Van Gend en Loos²¹ y ampara tanto a las Directivas como a otros actos de derecho derivado de la UE.

Para que una directiva pueda ser invocada por el particular frente al Estado y despliegue su efecto directo, deben cumplirse ciertas condiciones, según MANGAS MARTIN,²² a saber: que haya expirado el plazo dado a los Estados para su adaptación interna, que falte tal

²¹ Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gen & Loos.

²² MANGAS MARTIN, A. Op. cit: pág. 373.

transposición o se den insuficiencias o deficiencias en la misma, y que la disposición invocada sea una disposición suficientemente precisa e incondicional.

De manera que, correctamente transpuesta la directiva, cuando un particular quiera hacer valer el derecho reconocido en la misma, invocará las medidas nacionales dictadas en desarrollo de la directiva.

En todo caso, y a ello nos referiremos con más detalle más adelante, el contenido de una Directiva no se configura como un bloque monolítico, sino que es perfectamente posible que alguna o algunas de las disposiciones de la Directiva cumplan con los requisitos que la revisten de la eficacia directa, lo que permite a los ciudadanos impetrar ante los órganos administrativos y judiciales su aplicación, mientras que otros de sus contenidos pueden quedar huérfanos de esa eficacia directa, lo que dificultará -y de qué manera, como veremos- su aplicación.

3 B) En particular, la aplicabilidad de la Directiva 1999/70 al personal temporal al servicio de la Administración

En lo que a nuestro trabajo interesa, una de las primeras cuestiones a dilucidar es si en el concepto «empresario», y consecuentemente, en el de «trabajador», está incluida la Administración Pública y quienes prestan servicios para ella, y es que ni el TREBEP -como norma de carácter básico- ni el EM -norma específica para el personal estatutario de los servicios de salud- contienen mención alguna ni apenas rastro de la obligada transposición de la Directiva 1999/70/CE.

La Directiva 1999/70/CE del Consejo tampoco menciona de manera expresa al sector público, por lo que pronto se planteó ante el TJUE la duda sobre su aplicabilidad al personal temporal al servicio de la Administración. El debate tuvo un breve recorrido, y es que la sentencia Adeneler²³ de 4 de julio de 2006 declaró que la Directiva 1999/70 y el AM se aplican igualmente a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público, y ello porque tal y como se dispone en el párrafo 55 de la sentencia:

«En efecto las disposiciones de estas dos normas no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector público».

En el caso del personal temporal al servicio de la Administración española, es la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05, del Cerro Alonso) la primera que coloca a este personal bajo el paraguas protector de la Directiva 1999/70/CE.²⁴

²³ Asunto C-212/04 Adeneler y otros contra la Agencia Helénica de la Leche (Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)). En la transposición de la Directiva 1999/70/CE, el gobierno griego dictó sendos Decretos Presidenciales: para trabajadores temporales al servicio del sector privado (81/2003) y del sector público (164/2004) con diferentes niveles de protección.

²⁴ El debate versaba sobre el derecho del personal interino a la percepción de un complemento retributivo asociado a la antigüedad -el trienio-.

II. LA INDEMNIZACIÓN POR FINALIZACIÓN DEL CONTRATO Y LA CLÁUSULA 4 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

1. LA INDEMNIZACIÓN POR CESE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En España, la transposición de la Directiva 1999/70/CE se verificó a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²⁵. Esta norma introdujo modificaciones en distintas leyes, pero a los efectos del estudio que realizamos, destacan las novedades introducidas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), el entonces vigente Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo²⁶ concretamente en sus artículos 15 y 49 referidos, respectivamente a las modalidades de contratación temporal y a las indemnizaciones derivadas de la finalización del contrato, adaptando estas realidades a las exigencias impuestas por la Directiva 1999/70/CE.

El artículo 15 del ET relativo a la duración del contrato de trabajo, distingue entre contratos de duración indefinida y contratos de duración determinada y, dentro

²⁵ BOE nº 164, de 10 de julio. Precisamente el último día del plazo fijado en la Directiva 1999/70/CE para su transposición.

²⁶ En la actualidad, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015).

de estos últimos, se admiten varias modalidades: contrato por obra o servicio determinado, contrato por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y contrato para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo

El ET fija, por otra parte, las indemnizaciones con ocasión del cese y se distingue entre los siguientes tipos:

1 A) La indemnización por finalización del contrato indefinido por causas objetivas

El contrato indefinido puede finalizar por lo que el artículo 52 del ET denomina causas objetivas: por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En todos estos casos, el artículo 53 1 b) del ET prevé la puesta a disposición del trabajador afectado de una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

1 B) La indemnización por despido improcedente

En el caso de finalización del contrato por despido, y declarado este improcedente, el artículo 56 del ET prevé que el empresario pueda optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo

inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

1 C) La indemnización por finalización de determinados contratos de duración determinada

Por otra parte, el artículo 49.1 c) del ET prevé que, a la finalización de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, 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, si bien se excluye expresamente de tal indemnización los contratos de interinidad²⁷ y los contratos formativos.

2. ¿Y EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN? ¿NO HAY INDEMNIZACIÓN PARA ELLOS?

Nos encontramos, pues, ante una Directiva que ha sido incorporada al ordenamiento interno a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio y que, en lo que al trabajador cuya relación se rige por el ET se refiere, cumple con los objetivos perseguidos: distingue entre contratación indefinida y temporal, limita la duración de esta última y prevé, para ambas, distintos tipos de indemnización con ocasión de la finalización del contrato.

²⁷ Se refiere al contrato de interinidad ex art. 15 1 c) del ET, no al concepto de interino del TREBEP.

Sin embargo, esta norma no hace mención alguna a la duración máxima de la contratación ni de posibles indemnizaciones con ocasión de finalización del contrato del personal que presta servicios de manera temporal para la Administración Pública en sus distintas modalidades, ya sea como personal laboral temporal, personal estatutario, personal interino al servicio de la Administración General o personal docente interino, como tampoco encontramos referencia alguna a dicha indemnización en el TREBEP y el EM del personal estatutario. De esta manera, cuando el personal interino al servicio de la Administración busca la protección de la Directiva 1999/70/CE y habida cuenta de la falta de transposición, ha de hacerlo invocando la eficacia directa de la Directiva. Se inicia un largo y apasionante periplo judicial que ha llevado a todo tipo de trabajadores temporales ante juzgados y Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Supremo y, finalmente, ante el TJUE, que ha cuestionado los propios fundamentos de la gestión de recursos humanos por parte de la Administración española a todos sus niveles, y que ha finalizado -atención, spoiler- en una solución legislativa que a nadie parece satisfacer plenamente.

2 A) Asunto C-596/14 de Diego Porras I. La sentencia de 14 de septiembre de 2016. La gran ilusión

El asunto de Diego Porras fue promovido por una trabajadora que prestó, durante distintos periodos de tiempo, servicios para el Ministerio de Defensa bajo la modalidad de contrato de interinidad prevista en el artículo 15. 1 c) del ET para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en

el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

Como ya sabemos, el artículo 49.1 c) del ET prevé que, a la finalización de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, 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, si bien se excluye expresamente de tal indemnización los contratos de interinidad -como el de nuestra protagonista, Ana de Diego Porras- y los contratos formativos.

En consecuencia, Ana de Diego Porras no obtuvo indemnización alguna a la finalización de su contrato, indemnización a la que sí tienen derecho los trabajadores con contrato indefinido cuyo contrato se extingue por causas objetivas. La polémica está, pues, servida: ¿no dice la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE que no se puede discriminar al trabajador temporal frente al indefinido? ¿Cómo es posible que la indemnización por finalización del contrato se reconozca a unos-indefinidos-mientras se deniega a otros -temporales-?

En esta ocasión el órgano que planteó la cuestión prejudicial fue el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ante el que había acudido, en suplicación, la interesada tras ver desestimado su recurso planteado ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid. La demandante mantiene que los sucesivos contratos formalizados lo fueron en fraude de ley, y que su relación laboral debe considerarse como indefinida y solicita, además, el pago de una indemnización tras la extinción de la relación. Si

bien el TSJ-M no apreció tal fraude de ley, sí tomó en consideración la petición de indemnización por finalización del contrato de la que la reclamante se encuentra excluida por disposición legal. Por tanto, se dirige al TJUE planteando varias cuestiones en su auto de 22 de diciembre de 2014; el asunto se tramitó bajo el número C-596/14, recayendo sentencia el 14 de septiembre de 2016.

En primer lugar, es necesario comprobar si la indemnización por finalización del contrato temporal está comprendida en el concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4.1 del AM. Para responder a esta primera cuestión prejudicial, el TJUE no tuvo sino que analizar la cuestión a la luz de su propia jurisprudencia, que a estas alturas ya era constante, el objetivo del AM consiste en²⁸ «mejorar la calidad de trabajo de duración determinada [...], garantizando la aplicación del principio de no discriminación»; en particular, la cláusula 4 tiene por finalidad «impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de los derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida²⁹».

²⁸ Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 47; de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 40, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 22.

²⁹ Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 37; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 48, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 23.

Respecto al concepto condiciones de trabajo, «el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral ente un trabajador y su empresario³⁰» y ya se habían incluido en el concepto de condiciones de trabajo los trienios³¹, las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada y, en general, los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada³².

Realizado este análisis de la jurisprudencia previa sobre la materia, las conclusiones están servidas, y a ello se dedican los párrafos 31 y 32 de la sentencia:

«Comoquiera que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario y que cumple el criterio enunciado en el apartado 28 de la presente sentencia, está por ende incluida en el concepto de “condiciones de trabajo”.

Tenemos ya el primer pilar, hemos identificado la condición de trabajo, ahora tenemos que descender al caso concreto para comprobar si se cumple la exigencia

³⁰ Sentencias de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, apartado 35, y de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartado 25.

³¹ Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58.

³² Sentencia de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, C-38/13, EU:C:2014:152, apartados 27 y 29.

de equivalencia o comparabilidad entre el trabajador temporal y el trabajador fijo y a ello se dedica la segunda cuestión prejudicial al preguntar al TJUE si el trabajador temporal tiene derecho a percibir, al finalizar su contrato, la misma indemnización que corresponde al trabajador indefinido cuando su contrato finaliza por causas objetivas³³. El TJUE se pronuncia al respecto en los apartados 42 a 44 de su sentencia:

«[...] 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 [...]. En consecuencia, procede considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo».

Sólo nos resta una última comprobación, y es si concurren o no las «causas objetivas» que permitirían dispensar al trabajador temporal un trato diferente respecto de su equivalente fijo. En rigor, la «causa objetiva» alegada por el Ministerio de Justicia demandado es, precisamente, la naturaleza temporal de la relación y su articulación legal. Es decir, el trabajador temporal al servicio de la Administración está privado de determinados derechos que sí corresponden a su equivalente fijo porque así lo dispone la ley. A estas alturas ya se habían dictado numerosas sentencias

³³ La pregunta no es baladí porque la diferencia entre ambas indemnizaciones es notable: veinte días de indemnización por año de servicio en la extinción de un contrato indefinido por causas objetivas frente a doce días en el caso de extinción de una relación temporal.

pronunciándose, específicamente, sobre tal argumento³⁴, y la postura del TJUE es constante:

«no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo».

Y, además³⁵:

«el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una "razón objetiva"».

Como argumento adicional, el Gobierno español señaló que la diferencia entre los dos tipos de contrato radica en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación laboral, argumento que es valorado en el apartado 51 de la sentencia «a mayor abundamiento»;

³⁴ Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 57; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 54; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 72, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 50.

³⁵ Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 56 y 57; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 74, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 52.

en definitiva -opina el TJUE- este criterio de previsibilidad de la finalización del contrato «no se basa en criterios objetivos y transparentes» y además entra en contradicción con el hecho de que «la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada».

En conclusión:

«Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta que la cláusula 4 del AM 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».

De manera que, en una curiosa carambola jurídica, de Diego Porras, contratada a la sazón al amparo del artículo 15, 1 c) del ET pasó de no tener derecho a ninguna indemnización a ver reconocida a su favor la indemnización de veinte días por año de servicio. Pero, un momento ¿por qué no se le reconoce la indemnización de doce días que, al fin y a la postre es la que el ET establece para la finalización de los contratos temporales, puesto que temporal es la relación? La aparente paradoja tiene su respuesta en el ámbito de

aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que nace, específicamente, para proteger al trabajador temporal en comparación con el fijo, pero no tiene por objeto -ni el TJUE admite tal posibilidad- analizar la diferencia de trato de distintos trabajadores temporales entre sí.

Como muy bien señala CASAS BAAMONDE:³⁶

«Los trabajadores con contrato de interinidad tienen derecho a esa indemnización de finalización de su trabajo por causa objetiva, por su propia temporalidad, con independencia de la duración de los servicios prestados. La indemnización no opera únicamente en los casos de celebración de esos contratos en fraude de ley, sino respecto de todos los contratos de interinidad, incluidos los acomodados a las exigencias de la ley (del ET, en nuestro caso).

De no existir causa objetiva que justifique la diferencia entre contratos de duración determinada y fijos comparables, a todos los contratos de duración determinada ha de reconocerse la misma indemnización por su finalización por un hecho objetivo como es su propia finalización, al ser contratos de duración

³⁶ CASAS BAAMONDE, M.E.: «El derecho de los trabajadores con contrato de interinidad a la indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva prevista en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores fijos. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016, C- 596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa». Madrid, a 22 de septiembre de 2016, página 7. <https://ejaso.com/blog/maria-emilia-casas-analiza-la-ultima-sentencia-del-tjue>

determinada o temporales, que corresponde a los contratos por tiempo indefinido [art. 53.1.b) ET]»

En resumen³⁷:

«La Sentencia del Tribunal de Justicia De Diego Porras convierte la finalización del contrato [del personal interino, por alguna de las causas previstas en la ley] en causa de despido objetivo».

Sea como fuere, y aunque esa sentencia se refiere, en rigor, a un tipo de trabajador temporal muy concreto –el interino ex artículo 15 1 c) del ET-, lo cierto es que su publicación provocó un terremoto que sacudió hasta los cimientos las sedes de Ministerios, Consejerías y Ayuntamientos (¿de verdad vamos a tener que pagar una indemnización a los interinos -léase personal temporal al servicio de la Administración- cada vez que finalizan sus contratos?), a la vez que generaba un tsunami de ilusión entre los trabajadores temporales al servicio de la Administración, que , de manera casi inmediata, comenzaron a dirigirse a la Administración primero, y a los Tribunales después, reclamando sus indemnizaciones.

La gravedad de la situación es evidente: el 17 de octubre de 2016 -apenas un mes después de la publicación de la sentencia del asunto de Diego Porras- se celebró una reunión tripartita de la Ministra de Empleo y Seguridad Social con los Secretarios Generales de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT) y los Presidentes de la

³⁷ CASAS BAAMONDE, M.E.: «El derecho de los trabajadores ...» Op. cit. página 8.

Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), con el objetivo de constituir un Grupo de Expertos que estudiase el alcance de la sentencia en relación con la contratación de trabajadores interinos, y elaborase una propuesta que permitiera tomar decisiones sobre la materia en el ámbito del diálogo tripartito. Sus conclusiones provisionales fueron presentadas el 10 de febrero de 2017³⁸ y remitidas a la Mesa del Diálogo Social para la Agenda Integral por la Calidad del Empleo.

No deja de ser notable que la conclusión número 1 fuera:

«El Grupo de Expertos coincide plenamente en la necesidad de mantener la contratación laboral de duración determinada y en el rechazo del llamado "contrato único" de trabajo».

No parece, pues, que haya intención de prescindir de la contratación laboral de duración determinada, a lo sumo se admite «que debe mejorarse su regulación y los mecanismos de lucha contra el fraude en su utilización». En particular, se considera necesario eliminar la posibilidad de la utilización por la Administración de contratos de interinidad por vacante con una duración anormalmente larga. Sin embargo, el propio Grupo de Expertos hace constar en estas conclusiones que se ha de tener en cuenta que las situaciones legales que dan lugar a una duración más larga son las derivadas de cuidado de familiares y desempeño de cargos públicos y

³⁸<https://www.ecestaticos.com/file/99d5fa32100c4cf68bc7a51259c9f143/1486496193.pdf>. Página visitada el 10 de junio de 2021.

representativos, que tienen una clara trascendencia constitucional -precisamente la sentencia de Diego Porras tiene su origen en el cese de una interina tras la reincorporación de la funcionaria a la que sustituía, liberada sindical durante siete años-. No obstante, ante el «panorama de indefinición que se desprende de la sentencia», el Grupo de Expertos considera que no se ha dado una respuesta suficientemente precisa y segura al tema debatido, por lo que se aconseja, por razones de seguridad jurídica, aplazar la formulación de un informe definitivo³⁹.

2 B) Asunto C-677/16 Montero Mateos. La sentencia de 5 de junio de 2018. Menos lobos, Caperucita

El asunto C-677/16 Montero Mateos fue planteado por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid el 21 de diciembre de 2016 ante la demanda de una trabajadora de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, que fue contratada por la modalidad de contrato de interinidad para cobertura de vacante⁴⁰, modalidad prevista en el artículo 4 del RD 2720/1998, norma de

³⁹ Aplazamiento sine die, no se ha emitido tal informe definitivo.

⁴⁰ Artículo 4: El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica.

desarrollo del artículo 15 del ET. El contrato se formalizó para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso selectivo o de promoción para su cobertura definitiva y finalizó- sin indemnización- cuando el puesto se ocupó como consecuencia del proceso selectivo.

La cuestión planteada por el juzgado madrileño es única:

«¿[...] 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?»

El asunto de la indemnización a favor del trabajador temporal es, tras el precedente de la sentencia de Diego Porras, lo suficientemente importante como para poner toda la carne en el asador: el Gobierno de España y la Comisión presenta observaciones y, a petición de España, el TJUE actúa en Gran Sala⁴¹.

El asunto fue encomendado a la Abogado General J. Kokott⁴² y merece la pena detenerse en las conclusiones

⁴¹ De acuerdo con el artículo 16 del Estatuto del TJUE, el Tribunal constituirá Salas compuestas por tres y cinco jueces. La Gran Sala estará compuesta por quince jueces. Se actuará en Gran Sala cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la Unión que sea parte en el proceso.

⁴² El Abogado General en el asunto C-596/14 de Diego Porras fue M. Bobek.

presentadas el 20 de diciembre de 2017 que comienza revisando la primera premisa de la sentencia de 14 de septiembre de 2016: la comparabilidad de la situación de los trabajadores con contrato de duración determinada y de los trabajadores fijos respecto a la indemnización por extinción del contrato. Sólo si ambas situaciones son comparables⁴³ se discrimina al trabajador temporal si al finalizar el contrato se le aplica un régimen menos favorable en materia de indemnización. Y esta discriminación sería, efectivamente, contraria a la Directiva 1999/70/CE.

¿Cuál es -ahora- la posición de la Abogado General sobre la comparabilidad de las situaciones? Sería precipitado -dice- basándose únicamente en la actividad que se realizaba y en la identidad del puesto de trabajo, llegar a la conclusión de que ambos trabajadores se encuentran en una situación globalmente comparable. Debemos tener en cuenta -continúa- otros criterios para comparar ambas situaciones y las diversas prestaciones del empleador que corresponden a los trabajadores; y entre esos otros criterios deben estar, necesariamente la situación fáctica y jurídica en que procede reclamar las prestaciones al empleador. Tomando como referencia el objeto y la finalidad de la indemnización, los trabajadores con contratos de duración determinada, por una parte, los trabajadores fijos, por otra, no se encuentran, pese a lo que pudiera parecer a primera vista, en una situación comparable. Y la falta de este rasgo, -la comparabilidad- no tiene su origen -no puede tenerlo⁴⁴- en el carácter temporal del trabajo de duración

⁴³ ¿Acaso no lo había entendido así el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de septiembre de 2016?

⁴⁴ Sentencia de Diego Porras de 14 de septiembre de 2016.

determinada, sino en la previsibilidad de perder el puesto de trabajo.

Y aquí es donde la Abogado General da una nueva oportunidad a un presupuesto – la previsibilidad de perder el puesto de trabajo- que en Asunto de Diego Porras fue apuntado tímidamente por el Gobierno español como posible causa objetiva y como tal fue rechazada porque no se basa en criterios objetivos y transparentes. En el asunto Montero Mateos, la situación da un giro copernicano: la previsibilidad de perder el puesto de trabajo no se analiza ya como una posible causa objetiva que justifique la denegación de una determinada condición de trabajo al trabajador temporal, sino que es analizada como un factor diferenciador entre el trabajador temporal y el indefinido, el elemento que permitiría negar la comparabilidad entre ambos (el segundo pilar sobre el que se construye el principio de no discriminación). Y es que para un trabajador con un contrato de duración determinada, la pérdida de su puesto de trabajo por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa. Por el contrario, la extinción (anticipada) de una relación laboral de duración determinada o de duración indefinida por una decisión del empresario no es, por regla general, un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente. En el supuesto de un acuerdo de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral la cual, en

realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo temporal simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o servicio o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado.

Así pues, un trabajador que firma un contrato de carácter temporal *sabe* que la relación laboral terminará más pronto que tarde, la finalización del contrato es previsible y, por tanto, la no percepción de una indemnización o la percepción de una indemnización inferior que la que corresponde a los trabajadores cuyo contrato finaliza como consecuencia de la decisión del empresario por una causa objetiva no constituye discriminación.

Partiendo de esta nueva premisa, la Abogado General afirma, en un sano ejercicio de autocrítica que:

«el presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto -al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras- y de reconsiderar su jurisprudencia al respecto⁴⁵».

Y vaya si se reconsidera, si bien no exactamente en los términos previstos por la Abogado General. El 5 de junio de 2018 se hace pública la sentencia dictada por el TJUE (Gran Sala) y en ella se revalida la jurisprudencia ya conocida que incluye a la indemnización objeto del litigio entre las "condiciones de trabajo" y se rechaza la propuesta de la Abogado General de declarar como no

⁴⁵ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 20 de diciembre de 2017, Asunto C-677/16. Párrafo 48.

comparables a la trabajadora temporal y al trabajador fijo, pero sí que admite -y esa es la gran novedad- la existencia de una "causa objetiva" que justifique el diferente trato. El objeto de la indemnización por despido es compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar en lo que respecta a la estabilidad de la relación laboral. Tal circunstancia -ruptura imprevista de la relación, frustración de las expectativas sobre la estabilidad de la relación laboral- no se dan en el caso del interino al servicio de la Administración, que es consciente, desde el momento en que se inicia su relación con la Administración que esta será temporal.

En definitiva: «La cláusula 4 [...] debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una razón objetiva⁴⁶».

El correctivo impuesto con esta sentencia al colectivo de interinos es notable, e inicia una nueva senda interpretativa que tiene su continuación en una segunda sentencia del Asunto de Diego Porras.

⁴⁶ Ibidem, párrafo 68.

2 C) Asunto C-619/17 de Diego Porras II. Una ilusión con freno y marcha atrás

a) La sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018. Donde dije digo

Una vez recaída la sentencia del TJUE en el asunto C-596/14 (de Diego Porras I) respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ-M, este órgano jurisdiccional hubo de dictar sentencia resolviendo el recurso de suplicación planteado. Y necesariamente tenía que hacerlo de acuerdo con los postulados establecidos en la sentencia del TJUE por lo que la sentencia del TSJ-M de 5 de octubre de 2016 aplicó, por analogía, el régimen legal de los despidos objetivos del artículo 52 del ET por cuanto se evidencia - dice- la necesidad productiva de extinguir una relación laboral, considerando, además, que existe discriminación en el distinto régimen de indemnización que el ordenamiento español confiere a la indemnización por la concurrencia de la circunstancia de finalización del contrato temporal respecto de la extinción por concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En definitiva, el TSJ-M interpreta la sentencia del TJUE dictada en el asunto de Diego Porras en el sentido de que la finalización de un contrato temporal por la llegada de su causa válida de finalización no puede quedar sin indemnización, condenando al Ministerio de Defensa al pago de una indemnización equivalente a 20 días de servicio por año trabajado. No podemos olvidar que el contrato que vinculaba a esta trabajadora con el Ministerio de Defensa era un contrato de interinidad por sustitución, previsto en el artículo 15.1.c) del Estatuto

de Trabajadores, respecto del que la Ley excluye, expresamente, el derecho de indemnización cuando la extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido.

Un choque en toda regla entre la normativa comunitaria -o, más precisamente, su interpretación por el TJUE y el Tribunal nacional- y legislación interna. Y eso es lo que detecta la Abogacía del Estado en la sentencia del TSJM, razón por la que planteó recurso de casación para la unificación de doctrina, que se tramitó ante la Sala de lo Social del TS (nº 3970/2016). Llegados a este punto, el TS no puede desconocer de qué manera las conclusiones extraídas de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 han generado múltiples y dispares interpretaciones de los jueces de lo social, y siendo como es competencia y responsabilidad del TS el dotar de la mayor uniformidad interpretativa a la respuesta judicial a ofrecer en una misma materia en todo el territorio nacional el Pleno de la sala de lo Social, en su sesión de 20 de septiembre de 2017⁴⁷ acordó elevar petición de decisión prejudicial al TJUE.

Como veremos al analizar las cuestiones planteadas, el TS no deja ningún resquicio por explorar, la necesidad de fijar con precisión el derecho a una indemnización es imperiosa y el TS debe, sí o sí, establecer una postura clara, y debe actuar prospectivamente, adelantándose a los debates, liderándolos, en lugar de esperar a que lleguen a su mesa.

⁴⁷ En ese momento aún no se conocían las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto C-677/16 Montero Mateos.

Esta nueva cuestión prejudicial respecto a los mismos interesados se tramita bajo el nº C-619/17 y su planteamiento se articula en tres preguntas⁴⁸:

«1. ¿La cláusula 4 del AM [...] se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?»

La postura del Gobierno español justificando la ausencia de indemnización es ahora más precisa que la vaga alusión al «porque lo dice la ley» del asunto C-596/14 y reitera lo ya avanzado en el asunto Montero Mateos: la previsibilidad de la finalización de un contrato temporal frente a la imprevisibilidad en un contrato indefinido.

Este hecho diferencial -previsibilidad frente a imprevisibilidad, determinación del término del contrato frente a ruptura imprevista- se erige, a juicio del Gobierno español, en la tan buscada «causa objetiva» que permite justificar la diferencia de trato proscrita por la cláusula 4 del AM, y así lo admite el TJUE en su sentencia de 21 de noviembre de 2018⁴⁹, siguiendo, por

⁴⁸ Las preguntas 2 y 3 se analizarán más adelante: I.2 Asunto de Diego Porras (y III), al referirse a la aplicación de la Cláusula 5 del AM.

⁴⁹ Sentencia de 21 de noviembre de 2018, párrafos 74 y 75.

otra parte, la senda iniciada en su sentencia Montero Mateos.

«En estas circunstancias, cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del ET, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la cláusula 4, apartado 1, del AM debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva»

Tremendo jarro de agua fría para las en ese momento, altísimas expectativas de los interinos al servicio de la Administración, y es que miles de trabajadores habían depositado enormes esperanzas en la famosa sentencia de Diego Porras de 14 de septiembre de 2016, sentencia que ahora se reedita, corregida -y de qué manera- el 21 de noviembre de 2018.

b) La sentencia del TS. El fin de la fiesta

El TS -sala de lo Social- dictó sentencia nº 207/2019 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3970/2016) poniendo fin al litigio el 13 de marzo de 2019, sentencia en la que comienza recapitulando sobre el régimen indemnizatorio del ET, y recuerda que las diferencias entre las indemnizaciones tienen su origen, no en la naturaleza temporal o indefinida del contrato de trabajo, sino en atención a la causa de extinción. Así, la finalización del contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario lleva aparejada una indemnización de un mes de salario por año (art. 49.1.g) ET); el despido disciplinario declarado improcedente, una indemnización de treinta y tres días por año (art. 56 ET); la extinción por causas objetivas, una indemnización de 20 días por año (art 53 1 b) ET) y la extinción, por finalización del contrato temporal -exceptuando el contrato de interinidad y de formación-, 12 días por año (art. 49.1 c) ET).

De ello se derivan tres consecuencias que, conjuntamente interpretadas, ciegan de manera definitiva la posibilidad de obtener una indemnización por finalización del contrato de interinidad:

El hecho de que un trabajador temporal -interino o en formación- carezca de una indemnización de la que adolece otro trabajador temporal⁵⁰, no se halla, como

⁵⁰ Diferencia no arbitraria, como señala el TS «aunque pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades

sabemos, en el ámbito de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, que «ciñe su mandato antidiscriminatorio a la preservación de los derechos de los trabajadores temporales respecto de los que se reconozcan a los trabajadores fijos».

Cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada (art. 49.1 c) ET) es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido (por mucho que las funciones que se desempeñan y los requisitos de acceso sean comparables) y ello porque tal causa de extinción no puede afectar nunca a un trabajador fijo, lo que impide que se pueda acoger a la interdicción de la discriminación de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo.

Y, por último, «[...] no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal».

2 D) Asunto C-177/18 Baldonado Martin. La sentencia de 22 de enero de 2020. Despedida y cierre

Este asunto tiene su origen en la reclamación de una funcionaria interina al servicio del Ayuntamiento de Madrid que cesó en la prestación de sus servicios como

contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo».

jardinera⁵¹, tras un desempeño de siete años. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid⁵² planteó mediante Auto de 16 de febrero de 2018 varias cuestiones prejudiciales, tramitadas bajo el número de asunto C-177/18, cuestiones que pretenden abrir un nuevo portillo, más allá de la aplicación de la cláusula 4 del AM, al preguntarse si las diferencias de trato pueden analizarse con el canon del principio de igualdad de trato -un principio general del Derecho de la Unión- consagrado en los artículos 20 y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión.

Las cuestiones prejudiciales⁵³ son planteadas en imaginativos términos:

1) Puesto que el trabajador fijo comparable -el funcionario de carrera- no percibe en ningún caso una indemnización por cese ¿sería correcto entender que la situación de la reclamante no es encuadrable en la situación descrita en la Cláusula 4?

2) Y es que esta pregunta sirve en realidad como escalón para plantear la segunda, con mayor enjundia: si no podemos reconocer una indemnización al interino en comparación con el trabajador fijo comparable -puesto que, al no tener este último derecho a la indemnización,

⁵¹ De acuerdo con el artículo 10.3 del TREBEP, al finalizar la causa que dio lugar a su nombramiento, ya que se incorporó al puesto un funcionario de carrera.

⁵² Cuya titular es la Magistrada-Juez sustituta Ana Monreal Díaz.

⁵³ Se plantea una tercera cuestión prejudicial, que analizaremos más adelante, al referirse a la aplicación de la cláusula 5 del AM.

no hay discriminación- ¿sería conforme con el AM entender que el derecho a la indemnización del personal interino podría alcanzarse desde la comparación con el trabajador laboral temporal -que sí tiene derecho a la indemnización, como sabemos- y todo ello al amparo de los artículos 20 y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 151 y 153 del TFUE, preceptos todos ellos que prohíben la discriminación?

Y es que, tal y como hace constar el órgano remitente, el puesto desempeñado por la interina demandante (jardinera) puede ser ocupado tanto por funcionarios como por personal laboral, siendo que la elección del régimen jurídico aplicable a dicho puesto depende exclusivamente de la voluntad del empleador. Resulta paradójico -opina el órgano judicial remitente- que, de haber estado su relación sujeta el régimen jurídico laboral, la trabajadora hubiera tenido derecho a una indemnización por finalización del contrato -ya se trate de una indemnización por extinción del contrato por causas objetivas ex artículo 53 1, b) del ET o de una indemnización por despido improcedente ex artículo 56 del mismo texto legal- y que quede huérfana de tal indemnización en el caso de prestar servicios en régimen funcional. De manera que las dos cuestiones planteadas abordan el problema -o más bien parece que buscan el anclaje a una solución que ya está en la mente del órgano remitente- desde dos vertientes diferentes: o bien el derecho a la indemnización se reconoce por comparación con el personal laboral fijo, en aplicación de la cláusula 4 del AM o bien, por elevación, se reconoce la indemnización por aplicación vertical directa

del Derecho primario de la Unión, en iguales condiciones que al personal laboral temporal.

La sentencia del asunto C-177/18 se dictó por el TJUE (Sala Segunda) el 22 de enero de 2020 y, refiriéndose como se refiere, de forma expresa, al personal interino regulado por el TREBEP, puso el último clavo en el ataúd de las esperanzas de los interinos de obtener una indemnización por cese al amparo de la CLÁUSULA 4 del AM.

Y es que los funcionarios interinos⁵⁴:

«no reciben un trato menos favorable que los funcionarios de carrera ni se ven privados de un derecho que se les confiera a estos, ya que ni los funcionarios interinos ni los de carrera perciben la indemnización reclamada»

Respecto a la posibilidad de que el «trabajador fijo comparable» no sea el funcionario sino el trabajador fijo contratado en régimen laboral, el TJUE señala que esta es una cuestión que ha de ser dilucidada por el juzgado remitente, único competente para examinar los hechos (párrafo 40). Pero aún en el caso de que superásemos este primer escollo (es decir, entender que el «trabajador fijo comparable» no es el funcionario, sino el laboral fijo), resta una última operación, y es⁵⁵:

«[...]comprobar si existe una razón objetiva por la que la finalización de la relación de servicio de los funcionarios interinos no deba dar lugar al abono de

⁵⁴ Ibidem, párrafo 37.

⁵⁵ Ibidem, párrafo 42.

indemnización alguna, mientras que los trabajadores fijos perciben una indemnización cuando son despedidos por alguna de las causas previstas en el artículo 52 del ET»

Y, lamentablemente para los interinos, esta «causa objetiva» existe, y el TJUE sólo tiene que hacerse eco de su jurisprudencia en la materia, destacadamente las sentencias C-677/16 Montero Mateos y C-619/17 de Diego Porras II, ya analizadas y que se sintetizan en el párrafo 46:

«En cambio, la extinción de un contrato de trabajo fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del ET, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral, de modo que la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto tiene precisamente por objeto compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podía albergar, en esa fecha, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación».

La segunda cuestión prejudicial va más allá de la cláusula 4, desbordándola, ya que plantea la posibilidad de una

interpretación conjunta de los artículos 151⁵⁶ y 153⁵⁷ del TFUE, los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁸ y propia cláusula 4 del AM de manera que pudiera abonarse a los funcionarios interinos la misma indemnización por cese que se le reconoce al personal laboral temporal en el artículo 49,1, c) del ET -12 días por año de servicio-.

⁵⁶ La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones [...].

⁵⁷ Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral[...]

⁵⁸ Proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión y hecha pública en el DOUE C 83/392 de 30 de marzo de 2010. El artículo 20 proclama la igualdad ante la ley de todas las personas y el artículo 21 prohíbe toda discriminación.

Esta imaginativa propuesta ha de abordarse, como todas las cuestiones complejas, parte a parte, y así lo hace el TJUE:

Respecto a la Cláusula 4 del AM y puesto que⁵⁹:

«[...] el principio de no discriminación solo se ha aplicado y concretado [...] en lo que respecta a las diferencias de trato entre los trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentran en una situación comparable, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en dicho Acuerdo»

Sobre los Artículos 151 y 153 del TFUE y tal y como observa la Comisión Europea⁶⁰

«[...] basta señalar que [...] estos artículos del Tratado TFUE establecen los objetivos y las medidas generales de la política social de la Unión y que el derecho exigido [...] o la obligación de un Estado miembro de garantizar tal derecho no pueden deducirse de dichas disposiciones».

Sobre los artículos 21 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales:

«[...] el ámbito de aplicación de la Carta [...] se define en su artículo 51, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta se dirigen a los Estados

⁵⁹ Ibidem, párrafo 52.

⁶⁰ Ibidem, párrafo 53.

miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión [lo que presupone] la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional de que se trate de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar si una medida nacional guarda relación con la “aplicación del Derecho de la Unión”, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta se ha de comprobar, entre otros aspectos, si la finalidad de la norma nacional controvertida es aplicar una disposición del Derecho de la Unión[...]»

Y esta es la alegación que la demandante sustenta: que la indemnización prevista en el artículo 49. 1, c) del ET tiene por objeto aplicar la cláusula 5 del AM y es, por tanto, una actuación del Estado que aplica el Derecho de la Unión y, por ende, ha de interpretarse y aplicarse de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales.

No opina así el TJUE -ni el Gobierno Español- y es que:

«[...] dado que esta indemnización se abona independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de tales contratos o relaciones, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión [...]. De ello se deduce que el artículo 49, apartado 1, letra c), del ET persigue un objetivo distinto del mencionado en la cláusula 5 del AM y, por lo tanto, no puede considerarse una “aplicación del Derecho de la Unión” en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta»

«Por consiguiente, la diferencia de trato controvertida en el litigio principal no puede analizarse a la luz de las garantías de la Carta y, en particular, de sus artículos 20 y 21»

Definitivamente, hemos llegado al final del viaje en lo que al reconocimiento de una indemnización con ocasión del cese de los funcionarios interinos se refiere al amparo de la Cláusula 4 del AM y, eventualmente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: un largo trayecto que los interinos iniciaron, alegres y esperanzados en la estación de Diego Porras el 14 de septiembre de 2016 y que, finalmente, descarriló en la estación Baldonado Martín un 22 de enero de 2020.

III. LA INDEMNIZACIÓN COMO COMPENSACIÓN DEL ABUSO EX CLÁUSULA 5 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE.

1. EL ABUSO EN EL USO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: MECANISMOS DE CONTROL

El segundo de los grandes objetivos de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, es evitar el uso abusivo de la contratación temporal, y la cláusula 5 del AM insta a los Estados miembros a adoptar las medidas oportunas.

A este respecto, cabe recordar que la cláusula 5 del AM, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por este, en concreto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera,

cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones⁶¹.

Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores⁶².

De ese modo, la cláusula 5, apartado 1, del AM asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, mientras no ponga en peligro el objetivo o el efecto útil del AM. Sin embargo, la cláusula 5 del AM no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos y se deja en manos de las autoridades nacionales adoptar medidas sancionadoras, medidas que deben ser proporcionadas, efectivas y

⁶¹ Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680, apartado 35 y jurisprudencia citada.

⁶² Sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, apartado 27 y jurisprudencia citada).

disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del AM.

De manera que la correcta aplicación de la cláusula 5 supone, en primer lugar, que los Estados Miembros adopten medidas concretas -las previstas en el propio AM o medidas equivalentes- para limitar la utilización sucesiva de contratos o relaciones de carácter temporal. Para el caso de que se produzca una utilización abusiva de la contratación temporal -bien por ausencia de medidas concretas de limitación, bien por incumplimiento de las mismas- son las autoridades nacionales las que deben adoptar medidas sancionadoras proporcionadas, efectivas y disuasorias.

La Ley 12/2001, de 9 de julio cumple, efectivamente, con esta obligación, e introduce novedades en el ET respecto de la duración máxima de los contratos temporales; así, los contratos por obra o servicio determinados tendrán una duración máxima de tres años⁶³; los contratos por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses⁶⁴, los contratos de sustitución de

⁶³ Ampliables hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial.

⁶⁴ Contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo

trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, por su parte, finalizan con la reincorporación del trabajador sustituido.

Así pues, el legislador español cumple con las exigencias de la cláusula 5 del AM y establece límites a la utilización sucesiva de la contratación temporal, fijando una duración máxima del contrato temporal y además, establece la sanción para el caso de superación de tales plazos: el trabajador deberá ser contratado por tiempo indefinido. Adicionalmente, el ET contiene una sanción específica en el caso de utilización fraudulenta del contrato, ya que adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos. Además, se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley⁶⁵.

Esta transposición de la Directiva 1999/70/CE, que llegó -en el límite del plazo establecido, pero llegó- al ET no se materializó, sin embargo, en favor del personal al servicio de la Administración: ni el AM ni el TREBEP fijan, en términos precisos, una limitación a la utilización de la contratación temporal y tampoco prevén sanción alguna

máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses

⁶⁵ Artículo 15.2 y 15.3 del ET.

imponible a la Administración en caso de utilización abusiva de la contratación temporal, lo que obliga al personal al servicio de la Administración a acudir a los Tribunales si quiere que la Administración cese en la utilización abusiva de la contratación temporal y, eventualmente, se sancione tal comportamiento.

Pero ¡ay!, la cláusula 4 y la cláusula 5 si bien comparten ambas un mismo y muy loable objetivo son muy diferentes: mientras la cláusula 4, garante de la igualdad entre trabajadores temporales y fijos goza del exquisito marchamo del efecto directo, la cláusula 5 carece de él⁶⁶, lo que convierte la falta de transposición de la Directiva por parte del legislador español en un fatal obstáculo para su aplicación.

Y precisamente por ello, porque la Directiva 1999/70/CE del Consejo no obliga a ello, la legislación española no contempla el abono de una indemnización al trabajador víctima del abuso en la utilización de la contratación temporal. Y porque la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE carece de efecto directo, resulta harto complicado, como veremos a lo largo de este último epígrafe, lograr que la Administración o los tribunales reconozcan tal indemnización.

2. ASUNTOS C-184/2015 MARTÍNEZ ANDRÉS Y C-198/2017 CASTREJANA LÓPEZ. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

⁶⁶ Sentencia Impact, Asunto C-268/06 de 15 de abril de 2008, apartado 80.

Son estos dos de los asuntos más relevantes en cuanto al reconocimiento de la existencia de abuso en la contratación y sus posibles consecuencias, en los que se han dictado sentencias en los juzgados de lo contencioso-administrativo, el TJUE, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y, finalmente, el Tribunal Supremo. Los litigios fueron promovidos por trabajadores del Servicio de Salud del País Vasco-Osakidezta y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz respectivamente, y ambos vieron desestimadas sus pretensiones ante los juzgados de lo contencioso-administrativo. Planteados sendos recursos de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, éste reenvió el debate en forma de cuestiones prejudiciales al TJUE -Asunto C-184/15, Martínez Andrés y Asunto C-197/15, Castrejana López-. Los asuntos se acumularon, dictándose Sentencia del TJUE el 14 de septiembre de 2016, sentencia de un notabilísimo impacto jurídico y mediático ya que considera que, en la medida en que no exista una medida equivalente y eficaz, la asimilación del personal que presta servicios para las Administraciones Públicas a los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada⁶⁷. Además, estima que, una vez la autoridad judicial ha declarado la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, no se puede obligar al trabajador a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción adecuada⁶⁸.

⁶⁷ Ibidem, párrafo 53.

⁶⁸ Ibidem, párrafo 64.

Vinculada por esta interpretación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ-PV dictó sendas sentencias, ambas de 12 de diciembre de 2016, estimando los recursos de apelación planteados y declarando que los trabajadores continuarían vinculados a la Administración demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubriera reglamentariamente o se amortizara o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario el cese, el trabajador percibirá la indemnización señalada por el TJUE.

Ni que decir tiene que las sentencias son recurridas por el Servicio de Salud del País Vasco-Osakidezta y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, que plantearon ante el TS sendos recursos de casación, recursos admitidos mediante Autos de 30 de mayo de 2017 (recurso 785/17) y 13 de junio de 2017 (recurso nº 1305/17), respectivamente. En ambos casos, las cuestiones de interés casacional son idénticas:

1.-Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos la única solución jurídica aplicable es, en aplicación de forma analógica la jurisprudencia del orden social, la conversión de la relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, o bien, si existen en nuestro ordenamiento otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces.

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

El 26 de septiembre de 2018, el TS dictó sendas sentencias nº 1425/18 (recurso casación nº 785/17) y 1426/18 (recurso de casación nº 1305/17) en las que se declara haber lugar, parcialmente a los recursos de casación interpuestos, sentencias con las que se aclaran -¿definitivamente?- las consecuencias que para la Administración y el trabajador tiene la utilización abusiva de contratos de duración determinada.

La primera es, para decepción de los interinos, el frontal rechazo a la conversión del trabajador sujeto de abuso en indefinido no fijo, siendo la solución jurídica aplicable «la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella», hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la normativa (determinación de las necesidades estructurales, justificación de la necesidad de su cobertura por personal interino, y adopción de las medidas oportunas en orden a evitar su perpetuación en las plazas)⁶⁹.

Mas halagüeña es la respuesta a la segunda cuestión de interés casacional planteada, resuelta en el Fundamento de derecho decimosexto⁷⁰:

«El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a

⁶⁹ Una solución híbrida que no parece diferenciarse demasiado a la situación de la que partían los demandantes, que veían como su relación de interinidad se perpetuaba sin avizorar una solución definitiva.

⁷⁰ Sentencias nº 1425/18 (recurso casación nº 785/17) y 1426/18 (recurso de casación nº 1305/17), ambas de 26 de septiembre de 2018, FD decimosexto.

indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que solo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público».

Esta solución plantea no pocos interrogantes y complicaciones: en primer lugar, obliga al trabajador -a los trabajadores, a miles de ellos- a acudir a la vía judicial para acreditar el abuso en la contratación y para obtener la indemnización que lo sancione, lo que supone una importante carga de trabajo para los juzgados de lo contencioso-administrativo, en segundo lugar no garantiza soluciones homogéneas ni en cuanto al propio

reconocimiento de la indemnización ni en cuanto a su cuantía⁷¹.

3. ASUNTO DE DIEGO PORRAS (Y III). CAMBIO DE TERCIO

La Sala de lo Social del TS lidiaba también con el toro del abuso en la contratación temporal, de modo que al plantear la cuestión prejudicial C-619/17 no consultó sólo sobre la posibilidad de reconocer una indemnización al personal temporal con ocasión del cese en aplicación de la cláusula 4.1 del AM, sino que amplió el debate y lo llevó a otro terreno, y es el de la contratación abusiva y

⁷¹ Descendiendo al caso concreto, encontramos, por ejemplo, la respuesta dada en la Sentencia nº 813/2019 de 8 de junio de 2020 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 4 de Alicante que desestimó el reconocimiento de la indemnización-sanción al estimar que «[...]establecer una indemnización que fuera lo suficientemente eficaz y disuasoria y que además protegiera debidamente al empleado público, alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración». Se optó , entonces, por reconocer a la recurrente su condición de empleada pública fija y el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que desempeñaba con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, pero sin adquirir la condición de funcionaria de carrera si bien la Sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia (Sentencia nº 371/21 de 19 de mayo de 2021, recurso de apelación nº 315/20).

las medidas disuasorias de la cláusula 5⁷². De esta manera, las cuestiones prejudiciales 2ª y 3ª son:

2 Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera⁷³, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del AM una medida consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?

3. De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del AM una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?»

El TS partiendo de la existencia de abuso en la contratación, se pregunta sobre la posibilidad de

⁷² En palabras del propio TS: «De ahí que en el auto por el que elevábamos la cuestión prejudicial, entendiéramos necesario agotar también otros posibles puntos de aproximación a la cuestión y despejar las dudas sobre si la ley española hubiera podido incidir en un inadecuado cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5 del AM, con la cual se persigue imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada».

⁷³La primera cuestión prejudicial planteaba la posibilidad de reconocer la indemnización por finalización del contrato por causas objetivas al contrato de interinidad del art. 15 del ET y la respuesta fue, efectivamente, negativa.

sancionarlo reconociendo al trabajador una indemnización, la prevista en el artículo 49.1 c) del ET, una indemnización que, como ya sabemos, se abona siempre a la finalización de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio, independientemente de que haya o no abuso en la contratación. Con estas preguntas se sortea la solución tradicional -en el ámbito de lo social, no lo olvidemos- de conversión de la relación temporal abusiva en una contratación indefinida no fija para explorar la opción de la indemnización y, de otra parte, se busca una cuantificación objetiva de la posible indemnización.

3 A) La sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018. Primer asalto

Esta novedosa propuesta del TS es analizada por el TJUE en su sentencia de 21 de noviembre de 2018 desde dos vertientes:

De una parte, se recuerda al TS que⁷⁴:

«no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del AM [...]

Por tanto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una

⁷⁴ Párrafos 89 y 90.

medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada[...]

Minipunto para el TS, que parece que ve despejada la senda para indemnizar al trabajador víctima de abuso en la contratación con una cuantía y hacerlo además en una cuantía predeterminada, objetivada.

Sin embargo, el TJUE no pierde la oportunidad de hacer uso de sus competencias y atribuciones y da una larga cambiada cuando recuerda que: «puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación»

Precisiones y orientaciones nada baladíes, pues en los párrafos 92 a 94 se hace constar:

«A este respecto, procede señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el cual dichos contratos fueron celebrados, no forma parte, a primera vista, de una de las categorías de medidas destinadas a evitar los abusos y a las que se refiere la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del AM.

Una medida nacional de este tipo no parece constituir una “medida legal equivalente para prevenir los abusos”, en el sentido de dicha disposición.

El abono de una indemnización por extinción de contrato, como la contemplada en el artículo 49, apartado 1, letra c), del ET, no permite alcanzar el objetivo perseguido por

la cláusula 5 del AM, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada»

El lenguaje está medido al milímetro y expresiones como «no forma parte, a primera vista», «no parece constituir» o «parece ser independiente», hacen que la respuesta a la segunda cuestión prejudicial contenga varios niveles de lectura:

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la cláusula 5 del AM debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición».

Es decir, que queda en manos del TS, apreciar si la indemnización en cuestión constituye una medida adecuada para sancionar los abusos derivados de la utilización abusiva de la contratación temporal, pero, a su vez, ha de realizar tal apreciación de acuerdo con las precisiones («no parece constituir», «a primera vista»,

«parece ser independiente») del propio TJUE. Un poco más adelante veremos como se enfrentó el TS a este encaje de bolillos.

Aun nos queda analizar la respuesta del TJUE a la tercera cuestión prejudicial (recordemos: en caso de ser positiva la segunda -que lo es, si bien con condiciones- ¿es contrario a la cláusula 5 denegar tal indemnización a una modalidad concreta de contrato temporal?).

El TJUE recuerda al TS⁷⁵, en primer lugar, que el ordenamiento interno puede establecer medidas efectivas para sancionar los abusos en el uso de la contratación temporal distintas en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado (es decir, la indemnización no es la única vía posible):

«[...] en principio la cláusula 5 del AM no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal[...].»

La respuesta, como en el caso de la cuestión prejudicial segunda, da una de cal y otra de arena:

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, en el supuesto de que el tribunal nacional declare que

⁷⁵ Párrafos 97 a 100.

una medida como la controvertida en el litigio principal [...] constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del AM, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional»

Las pistas no pueden ser ya mas claras, y las señales enviadas por el TJUE son difíciles de ignorar: es el legislador el responsable de establecer las medidas para prevenir y sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal. En ausencia de tal previsión legislativa, es el tribunal nacional el que debe comprobar si otras medidas previstas por el legislador -en este caso, la indemnización por finalización del contrato- son o no adecuadas para prevenir y sancionar los abusos⁷⁶ y es el

⁷⁶ Recordemos las precisiones del TJUE: «no parece constituir», «a primera vista», «parece ser independiente».

tribunal nacional el que, eventualmente, puede extender tales medidas a categorías de trabajadores⁷⁷ que, en principio no estaban amparadas por tales medidas.

3 B) La respuesta del TS. Sentencia de 13 de marzo de 2019

La sentencia del TS recoge la jurisprudencia del TJUE, y definitivamente deniega el abono de una indemnización con el objetivo de sancionar el uso abusivo de la contratación temporal, ratificándose en la tradicional solución de conversión del contrato temporal en indefinido y lo hace en estos definitivos términos: «Ciertamente, la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales, no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasorio frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento. Como hemos indicado, la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días»

⁷⁷ ¿Podríamos incluir en ese «resto de categorías» al personal al servicio de la Administración sujeto a relación estatutaria?

Orden Social y Contencioso dan, pues, una diferente solución a un mismo mal endémico: mientras que el trabajador temporal sujeto al Estatuto de los Trabajadores víctima de abuso verá su contrato convertido en indefinido no fijo, el trabajador interino sujeto al TREBEP tendrá que litigar por una incierta- en cuanto a su reconocimiento y su cuantía- indemnización.

4. ASUNTOS C-177/18 BALDONEDO MARTÍN Y C-429/18 FERNÁNDEZ ÁLVAREZ: NO VA MÁS

La fórmula de la indemnización-sanción se va, pues, perfilando como la solución al abuso en la contratación, si bien los juzgados de lo contencioso siguen perseverando en la búsqueda de una fórmula que permita fijar la indemnización-sanción de forma objetiva. Aunque a estas alturas del debate parezca que los órganos judiciales españoles han explorado todas las posibilidades de reconocimiento de una indemnización por cese al funcionario interino, aún queda una última bala: la indemnización por despido improcedente del artículo 56 del ET (treinta y tres días por año de servicio).

En la tercera de las cuestiones prejudiciales planteadas en el Asunto C-177/18 Baldonado Martín ya citado, el Juzgado de lo contencioso nº 14 de Madrid planteó si sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no dé fijeza al trabajador, reconocer a su favor una indemnización, equiparable a la de despido improcedente (prevista en el artículo 56 del ET y ajena

portanto, a los marcos de funcionamiento de la relación entre las administraciones públicas a su servicio).

El Gobierno español se opuso a la admisión de esta tercera cuestión prejudicial, ya que el asunto Baldonado Martín no versa sobre la utilización de sucesivos contratos ni la existencia de abusos en el sentido de la cláusula 5⁷⁸, y es jurisprudencia constante del TJUE que la tan mencionada cláusula del AM sólo es aplicable en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Para desespesación de los interinos de larga duración, el TJUE admite la causa de inadmisibilidad⁷⁹ y al no pronunciarse sobre la propia existencia del abuso, deja sin resolver igualmente, la

⁷⁸ Se trataba de una interina que había ocupado, sujeta a un único nombramiento durante un dilatado periodo de tiempo, la misma plaza.

⁷⁹ Esta interpretación ha sido, no obstante, objeto de matización en la reciente sentencia de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) con cita de la de 11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18), en el sentido de que «considerar que no existen “sucesivas relaciones laborales de duración determinada” por la única razón de que el primer contrato de trabajo de duración determinada hubiera sido prorrogado automáticamente en una situación en la que, además, el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante, de modo que, por consiguiente, su relación de servicios ha sido renovada implícitamente durante varios años, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo».

posibilidad de que la indemnización por despido improcedente pueda ser una solución adecuada.

Con origen en el mismo juzgado de lo contencioso administrativo nº 14 de Madrid, el 8 de junio de 2018 se plantearon ante el TJUE un total de siete cuestiones prejudiciales, si bien en lo que a este trabajo interesa, nos detendremos en la séptima de ellas. Una pregunta idéntica en su redacción a la formulada en el Asunto C-177/18 Baldonado Martín aunque la diferencia en los presupuestos fácticos es determinante: en el asunto C-429/18 Fernández Álvarez sí que se ha producido -así lo considera acreditado el órgano judicial en el breve relato de los hechos contenido en el Auto de remisión- una sucesión de contratos temporales y, por tanto, abuso en la contratación.

Y el propósito perseguido con el planteamiento de esta cuestión es reconocido por la propia juzgadora, que no da puntada sin hilo: «advirtiendo el obstáculo que existe para que esa sanción (la fijeza) pueda ser posible, busca e introduce otra posible sanción, equivalente, sobre la que no recaigan impedimentos expresos en el Derecho nacional para poder considerarla adecuada».

De manera que, ahora si -y parece que de manera definitiva-, el TJUE debe pronunciarse al respecto, y lo hace en su Sentencia de 19 de marzo de 2020 y fija -por enésima vez- los requisitos que ha de reunir la indemnización propuesta para constituir la tan buscada «medida legal equivalente»:

En primer lugar, la concesión de la indemnización debe tener específicamente por objeto compensar los efectos

de a utilización abusiva de la contratación temporal⁸⁰. Además, es necesario que sea proporcionada, y lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de la cláusula 5⁸¹. En estas circunstancias, y en la medida en que el Derecho español permita la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar el abuso⁸².

IV. AL FIN, LA RESPUESTA LEGAL.

El Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el

⁸⁰ En este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, apartados 94 y 95.

⁸¹ En este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, apartado 87 y jurisprudencia citada.

⁸² Con estos mimbres debe el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 14 de Madrid tejer una respuesta, respuesta en la que además debe afrontar un curioso giro de guion: en una suerte de *aut Caesar aut nihil* el abogado de las demandantes excluye, de forma categórica, que sea posible esta sanción-indemnización, con lo que, y aunque la Magistrada-Juez está cierta de que esta sanción, excluida la de la fijeza, es la única posible y que cumpliría todos los requisitos fijados por el TJUE (proporcionada, efectiva y disuasoria) no puede imponerla, so pena de incurrir en incongruencia, al pronunciarse sobre extremos al margen de lo suplicado por la parte actora (Sentencia nº 286/2020 de 29 de junio de 2020, PA 125/17)

empleo público⁸³ aborda, al fin, la reforma del TREBEP para adecuarlo a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo. El Real Decreto contiene toda una batería de medidas dirigidas a prevenir el abuso en la contratación temporal, si bien nos detendremos, exclusivamente, en las relacionadas con el objeto de nuestro trabajo.

La posibilidad de obtener algún tipo de indemnización o compensación económica con ocasión de la finalización ordinaria y legal de la relación laboral temporal, ya rechazada en vía judicial, se ciega definitivamente con la contundente nueva redacción del artículo 10.3 del TREBEP: En todo caso, la Administración formalizará de oficio la finalización de la relación de interinidad por cualquiera de las siguientes causas, además de las previstas en el artículo 63, sin derecho a compensación alguna:

- a) Por la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos.
- b) Por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados.
- c) Por la finalización del plazo autorizado expresamente recogido en su nombramiento.
- d) Por la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento.

Con todo, la solución más esperada es la relativa al abuso en la contratación y las sanciones asociadas a ella.

⁸³BOE nº 161, de 7 de julio de 2021. En el momento de cierre de este artículo, pendiente de convalidación en el Congreso de los Diputados.

En cumplimiento de las directrices del TJUE, la norma ha de fijar, en primer lugar, la duración máxima del nombramiento de un interino en plaza vacante que en la nueva redacción del artículo 10 del TREBEP es como regla general, de tres años, siendo obligatorio que estas plazas sean objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad.

Transcurridos tres años desde el nombramiento del personal interino se producirá el fin de la relación de interinidad y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino. Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica. Con estos mecanismos combinados el legislador espera impedir, a futuro, las tan comunes largas interinidades que, en la administración general se han prolongado a veces durante décadas.

Y para el caso de que la interinidad se alargue injustificadamente, por incumplirse el plazo máximo de permanencia, en la nueva Disposición Adicional decimoséptima del TREBEP se reconoce el derecho a una

compensación⁸⁴ -no la llama indemnización- equivalente a veinte días de las retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El derecho a esta compensación nacerá, eso sí, a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento.

Para los trabajadores temporales sujetos al derecho laboral, se reconoce también una compensación, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. La compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de 20 días de salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera por la extinción de su contrato. Como en el caso del personal interino, la indemnización solo se reconocerá, en su caso, tras el cese efectivo y la cuantía estará referida al contrato del que traiga causa el incumplimiento.

Estas importantes novedades, no obstante, serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del TREBEP, es decir, desde el 8 de julio de 2021.

¿Qué ocurre, entonces, con el personal que ahora mismo trabaja al servicio de la Administración y se encuentra, potencialmente, en situación de abuso? El Real Decreto

⁸⁴ Solución decepcionante para los interinos, que habían rozado el cielo de la fijeza con la punta de los dedos.

14/2021 le da una muy particular salida: regula en su artículo 2 los procesos de estabilización de empleo temporal que deberán convocarse y resolverse antes de finalizar el año 2024 y en los que deben incluirse las plazas de naturaleza estructural que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. Estos procesos de estabilización no están, como reclamaban los interinos, cerrados a la participación de otros aspirantes y si bien prevén una fase de concurso con un importante peso en la puntuación total (un cuarenta por ciento), lo cierto es que nada garantiza al interino la obtención de la plaza. En el caso de que el interino en activo no supere el proceso selectivo y vea finalizada, por tanto, su relación con la Administración recibirá una compensación económica equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. Asimismo, las convocatorias podrán prever, para quienes no superen el proceso, su inclusión en bolsas de interinos específicas o su integración en bolsas ya existentes.

Importantes novedades que, sin embargo, no serán de inmediata aplicación a todo el personal temporal al servicio de la Administración, ya que el Real Decreto-Ley deja que la adecuación de la legislación específica del personal docente y del personal estatutario de los servicios de salud -dada la especial complejidad de la temporalidad en estos sectores- se realice en el plazo de un año desde la entrada en vigor del mismo. Si tenemos en cuenta, además, que el grueso del personal temporal presta servicios en el sector público de las Comunidades

Autónomas y que son, precisamente, el sector docente y el de la salud, cuya gestión está transferida, los que suman la mayor cantidad de estos trabajadores, la reforma, en los términos en que ahora mismo ha entrado en vigor, afecta a un número casi testimonial de trabajadores⁸⁵.

CONCLUSIONES

Desde la ya lejana sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2007⁸⁶ muchas y muy diferentes han sido las batallas libradas por el personal temporal al servicio de la Administración, logrando importantes victorias: nadie puede negar ya que la Directiva 1999/70/CE les es de plena aplicación y, en particular la cláusula 4 del AM que proscribía la discriminación del personal temporal respecto al personal fijo comparable les ha deparado triunfos incontestables: trienios, sexenios y, en general todo tipo de complementos retributivos; permisos,

⁸⁵ Si bien en el total de las Administraciones públicas los funcionarios de carrera suponen un 53,31%, su distribución es muy desigual: en el sector público del Estado el porcentaje de funcionarios de carrera alcanza el 81,13%, mientras que en las Comunidades Autónomas desciende al 51,83%, un porcentaje aún más bajo -32,71%- en la Administración Local. Correlativamente, el personal temporal se encuentra, fundamentalmente, al servicio de las Comunidades Autónomas, con una mayor implantación en los sectores de educación y sanidad. Fuente: Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, enero 2021 <https://www.mptfp.gob.es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin.html>, página visitada el 11 de julio de 2021.

⁸⁶ Asunto C-307/05, del Cerro Alonso.

licencias, excedencias; promoción y carrera profesional: una a una, cada una de estas demandas ha sido satisfecha colocando al interino en pie de igualdad frente al funcionario de carrera. Sin embargo, una de esas «condiciones de trabajo», la indemnización con ocasión de la finalización de la relación laboral se ha resistido, tenaz, a los interinos.

Se ha explorado la posibilidad de obtener una indemnización al amparo del principio de no discriminación de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE enlazándola, incluso, con los artículos 151 y 153 del TFUE y la Carta Social europea; una pretensión imposible, precisamente, por la inexistencia de tal indemnización a favor del trabajador fijo al servicio de la Administración y que, definitivamente ha desechado el legislador en el Real Decreto 14/2021.

Más recorrido ha tenido el reconocimiento de una indemnización al amparo de la cláusula 5 y sus medidas contra el abuso en el uso de la contratación temporal, que después de un largo y tortuoso periplo judicial, ha dado lugar a la reforma legislativa ya reseñada.

Ahora bien, la Disposición Transitoria 2ª del Real Decreto 14/2021 de 8 de julio limita los efectos de la reforma del TREBEP -y entre estos efectos está la determinación de la duración máxima de la interinidad y la compensación económica en caso de su superación- respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del TREBEP. De esta manera, el legislador concede a la Administración una preciosa tregua, pues las primeras compensaciones no se abonarán, como pronto, hasta el

verano de 2024. Pero, además, la reforma legislativa anuda el reconocimiento de la compensación al cese, de manera que el interino que entienda que está siendo víctima de abuso no puede actuar, desde esa posición, contra la Administración, sino que tiene que esperar hasta que el cese se produzca.

No es extraño, por tanto, que los interinos que ahora, en este momento, prestan servicios en la Administración y que han llevado todo el peso de la batalla judicial y mediática que ha dado lugar a la reforma del TREBEP se muestren decepcionados -cuando no directamente traicionados- por esta reforma.

Y es que, en teoría, cualquiera de estos interinos podría cesar mañana mismo por cualquiera de las causas legalmente establecidas sin derecho a indemnización o compensación alguna, sin encaje en ninguna de las previsiones del Real Decreto 14/2021. ¿Significa esto que se verán abocados, ineluctablemente a buscar el amparo de los juzgados y tribunales -otra vez- para que sea reconocida la situación de abuso y la correspondiente indemnización? ¿Y cuál será su cuantía? ¿Optarán los órganos jurisdiccionales por aplicar analógicamente la compensación del Real Decreto-Ley 14 /2021 o acudirán a las directrices que, en su día apuntó el TS en sus sentencias de 26 de septiembre de 2018?

Cierto es que se les ofrece la alternativa del proceso de consolidación, pero la obligación de competir en un proceso selectivo, por muy generosa que sea la valoración del tiempo de trabajo, no deja de ser un premio de consolación cuando, en un momento no tan lejano, se aspiró seriamente a la fijeza.

¿Y en el caso de que no se supere el proceso selectivo? La compensación económica para el interino que no supere el proceso de consolidación se parece, sospechosamente, a la reconocida a la que recibirán los interinos que hayan superado los plazos máximos de contratación tras la entrada en vigor de la reforma del TREBEP, lo que no deja de ser- o de parecer- un reconocimiento implícito de la situación de abuso que, también ellos, han padecido. Por otra parte, se deja en manos de la administración convocante decidir si desea seguir contando con estos trabajadores, puesto que su inclusión en las bolsas -específicas u ordinarias- es potestativa y tendrá que ser prevista, expresamente, en cada convocatoria.

No queda claro si el legislador pretende o prevé que tales opciones sean incompatibles - o indemnización o inclusión en las bolsas- aunque, desde luego, la posibilidad de que un interino, tras no superar un proceso selectivo, perciba una indemnización y, en el mismo momento, se incorpore a una bolsa de trabajo para ser llamado más o menos inmediatamente se antoja cuanto menos, extravagante.

El personal temporal al servicio de la Administración ha librado una larga y agotadora contienda, administrativa primero, judicial después. Demanda a demanda se han ido alumbrando nuevos y esperanzadores caminos, sentencia a sentencia, se han apagado los débiles faros que los iluminaban, hasta llegar, finalmente, a un, para muchos, decepcionante callejón sin salida.

BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M.E.: «El derecho de los trabajadores con contrato de interinidad a la indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva prevista en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores fijos. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016, C- 596/14, Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa». Madrid, a 22 de septiembre de 2016.
<https://ejaso.com/blog/maria-emilia-casas-analiza-la-ultima-sentencia-del-tjue>

FUENTETAJA, J.:(2020). "La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización". Revista de Administración Pública, 212, 201-230., página 206. doi:
<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>

MALARET i GARCIA, E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción" Revista Vasca de la Administración Pública, nº 84-2009

MANGAS MARTÍN, A et al.: «Instituciones y derecho de la Unión Europea» Tecnos. Madrid, 6ª edición, 2010.