
***SOBRE LAS CONCLUSIONES DE LA ABOGADA
GENERAL EN LOS ASUNTOS PREJUDICIALES C-103/18
Y C-429/18 DEL TJUE***

Evaluado con detenimiento el informe emitido por la Abogada General el pasado 17 de octubre, debemos informaros de los siguiente:

PRIMERO.- Consideramos que las conclusiones de la Abogada General son, en general, muy positivas. Solo hay que hacer el esfuerzo de pensar dónde se encontraba el personal publico temporal y dónde está ahora.

- Antes de este informe:
 - No se reconocía en ningún caso el abuso en la temporalidad, razonado que con el mero hecho de estar en régimen de interinidad ya se cumplía la Directiva 199/70/CE.
 - Se decía que, por no haber impugnado sus nombramientos y ceses, el personal publico temporal no podía reclamar.
 - Se argumentaba que los procesos de estabilización y las OPEs eran la solución y la sanción para acabar con el abuso.
 - Se alegaba que el indefinido no fijo era la sanción más acorde con la Directiva.
 - Se había instalado un régimen de despido libre y gratuito.

- Ahora, según el informe de la Abogada General
 - Se amplían los supuestos amparados por la Directiva, incluyendo tanto a los interinos de larga duración con un solo nombramiento, como los que van modificando su situación y pasan de eventuales, a sustitutos, o a interinos o viceversa; así como todos los casos en los que se destina a un temporal a realizar funciones que no son provisionales, ni excepcionales, sino ordinarias y estructurales.
 - Se dice que los procesos de estabilización y las OPEs no son una medida sancionadora y por tanto, que estos procedimientos deben de ir precedidos de un régimen de sanciones para garantizar la compensación de los empleados públicos temporales y reprimir estos

comportamientos abusivos y fraudulentos de las Administraciones empleadoras.

- Se nos explica que los Tribunales no pueden ampararse en la no impugnación de los nombramientos y ceses para dejar de aplicar la Directiva y que el indefinido no fijo no puede ser la sanción ante el abuso.
- Se acaba con el despido libre y gratuito pues, como sanción, el empleado temporal tiene derecho bien a la transformación de su relación temporal en una fija, bien a una indemnización disuasoria y completa, que necesariamente debe ir acompañada de otros mecanismos sancionadores efectivos y disuasorios.

SEGUNDO.- Resumamos lo que dice el informe de la Abogada:

- Que tanto a los empleados públicos temporales de larga duración con un solo contrato, como a aquellos en los que se modifica el tipo de relación -siempre temporal-, pasando de personal eventual o de sustitución a interino, se les aplica la Directiva 1999/70/CE que prohíbe el abuso en la contratación temporal sucesiva en el Sector Público.
- Que la posibilidad de mantener la relación de servicio temporal hasta que la plaza se ocupe con carácter permanente es contraria a la Directiva, pues supone un cheque en blanco para las Administraciones Públicas empleadoras, perpetuando la temporalidad abusiva.
- Que ni los procesos de estabilización, ni los procesos selectivos u OPEs de acceso libre, son una medida acorde con la Directiva 1999/70/CE, si no hay otra medida sancionadora que compense al trabajador temporal.
- Que la jurisprudencia que exige que el personal temporal haya impugnado sus nombramientos y ceses para que pueda gozar de la tutela de la Directiva 1999/70/CE, es contraria a esa norma comunitaria.
- Que la figura del indefinido no fijo nunca puede ser la sanción, pues hasta el propio Gobierno español reconocía que el indefinido no fijo es un trabajador temporal cuya relación de empleo finaliza, al igual que el trabajador interino, cuando la plaza vacante se ocupa de modo permanente o se amortiza.
- Que en caso de abuso en la contratación temporal sucesiva es indispensable la sanción, y estas sanciones solo pueden consistir en la transformación de la relación temporal en una relación fija -que dice la AG, es la sanción más

mas idónea para sancionar el abuso y eliminar definitivamente sus consecuencias- , o en una indemnización.

Ahora bien, para que la indemnización pueda ser considerada una medida acorde con la Directiva: **(i)** Por un lado, debe ser completa y disuasoria y, por tanto, debe comprender, al menos, la misma indemnización que se establece para el personal laboral en el E.T. y otra adicional, por pérdida de oportunidades de empleo y pérdida de ingresos; **(ii)** y, además, debe ir acompañada de un mecanismo adicional de sanciones efectivo y disuasorio, sin que ésta pueda consistir en mantener al empleado público en régimen de precariedad.

- Que, de no existir indemnizaciones disuasorias, ni un mecanismo adicional de este tipo, no cabe sino la transformación de la relación temporal en una relación indefinida o fija, a falta de otras posibilidades de sanción, que es lo que siempre hemos propuesto nosotros. Esto, no obstante, la Abogada General insinúa que esta fijeza se articule a través de un procedimiento ordenado y de carácter restringido para la ejecución de la sanción y para determinar el orden de los nombramientos, sin que pueda ser un proceso selectivo de acceso libre, ya que previamente ha dicho que los procesos selectivos de libre concurrencia no son sanciones acordes con la Directiva 1999/70/CE.

TERCERO.- Hay tres observaciones que tenemos que hacer en relación con este informe:

- a) La primera**, que como indica en su apartado 70 el informe, los procesos de estabilización y las OPEs no son una medida sancionadora que cumplan con la Directiva y solo pueden ser válidos si la norma nacional pertinente establece previamente otra medida sancionadora.

Refiriéndose precisamente a España, **el TJUE** ya ha declarado en su **Auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, Marta León Medialdea contra el Ayuntamiento de Huertor Vega**, apartado 51, que:

“51 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la segunda cuestión que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración

determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.”

Y la Sentencia del TJUE, también de 14 de septiembre de 2016, recaída en los asuntos C-184/15 y C-197/15, remacha diciendo

*38 De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, **es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva»***

En consecuencia, mientras no exista esta sanción “indispensable”, o lo que es lo mismo, mientras no exista una norma que fije la sanción ante el abuso conforme impone la Directiva 1999/70/CE, obviamente no pueden convocarse procesos selectivos que incluyan las plazas de este personal temporal, pues estos procesos selectivos de acceso libre, por sí solos, no son una medida sancionadora eficaz y disuasoria, y por lo tanto, únicamente pueden convocarse cuando ya exista una sanción ad hoc establecida por la normativa nacional para reprimir el abuso producido y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la UE.

Y desde luego, si la normativa española estableciera como sanción la indemnización, conviene recordar:

- o Que los procesos de estabilización y las OPEs correspondientes, carecerían de habilitación legal pues la Ley de Presupuestos de 2017, en su art 19, cuando habilitó los procesos de estabilización, decía que éstos en ningún caso pueden producir un aumento del gasto público. Sin embargo, es obvio que estos procesos de estabilización y de OPEs incrementan el gasto público prohibido por esta Ley, al tener que indemnizar -y no con cualquier indemnización-, a los empleados públicos temporales objeto de un abuso que sean cesados en ejecución de los mismos. Por tanto, estos procesos selectivos carecen ya del amparo de esta Ley de Presupuestos, pues producen un incremento del gasto público.

- o Que previamente a convocar los procesos selectivos, cada Administración empleadora deberá aprobar -como decimos previamente- la correspondiente partida presupuestaria, concretamente, en los Presupuestos de 2020, y la medida sancionadora disuasoria adicional que exige la AG en su informe, pues a tenor de los arts 27, 42 y 46 de Ley General Presupuestaria, todo gasto o compromiso de gasto debe estar previamente autorizado en los presupuestos de la entidad publica

Pero es que además, el desembolso de tales indemnizaciones, teniendo en cuenta los multitudinarios casos de abuso acreditados en nuestro país, podrían comprometer gravemente los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, como criterios de máximo rango (constitucional, ex. art. 135 CE) a los que ha de ajustarse nuestra política presupuestaria

Es así que, a nuestro juicio, de **ninguna manera, puede celebrarse proceso selectivo alguno de libre concurrencia -sean de estabilización, sen en ejecución de una OPE-, sin que previamente se haya fijado por una norma legal y se haya presupuestado la sanción que ha de imponerse a la Administración empleadora causante del abuso que proteja y compense al empleado público que ha sufrido la violación sistemática y repetitiva a lo largo de varios años de sus derecho, elimine las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y garantice en todo momento los resultados fijados por la Directiva 1999/70/CE**

- b)** La Abogada General informa que es indispensable imponer una sanción en caso de abuso en la temporalidad y que esta sanción no puede ser otra que, o bien la fijeza, o bien una indemnización, con dos requisitos para que ésta última pueda ser concebida como una medida ajustada a la Directiva 1999/70/CE.
- Uno, que la indemnización sea completa y disuasoria, por lo que debe comprender, cuanto menos, además de la indemnización prevista en el E.T. para el despido del personal laboral, otra adicional para compensar la pérdida de oportunidades y la pérdida de ingresos.

- Otra, que no basta la indemnización, sino que es necesario que la indemnización vaya acompañada de otro “*mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio*”.

Parece claro que la Abogada General, en cuanto a estas últimas, está pensando en el caso de la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018 asunto C-494, en la que se dictamina que para que la indemnización sea acorde con la Directiva, es imprescindible que vaya acompañada de un sistema multas a los responsables de estos abusos que, en el caso de Italia a la que se refiere la sentencia, consistían, en sancionar a la autoridad administrativa responsable del abuso con la pérdida de complementos retributivos y la obligación de restituir al Tesoro Público lo pagado de indemnización al trabajador, y a la Administración empleadora, con la prohibición de contratar durante el plazo de tres años.

Llegado a este punto, en relación con la indemnización, nos gustaría recordar

- 1) que no existe ninguna norma en España que específicamente establezca una indemnización a favor de los empleados públicos temporales en caso de abuso en su contratación temporal sucesiva incompatible con la Directiva 1999/70/CE
- 2) que cualquier indemnización que pudiera aplicarse, no cumpliría los requisitos que impone la Directiva, pues no sería una indemnización efectiva, proporcionada y disuasoria. Así,
 - **el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso en las Sentencias de 26 de septiembre de 2018** (que cita la Abogada de la UE) **en su FJ 17º, apartado C.2ª**, reconoce que una eventual indemnización económica no es una medida de protección que cumpla con los requisitos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, en tanto que *“una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasorio como para garantizar esta plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización”*.
 - Y en esta misma línea argumental, la **Sala de lo Social** del mismo **Tribunal Supremo, en su Sentencia 207/2019, de 13 de marzo de 2019**, en su FJ 4º, apartado 3, declara que la *“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 disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal ...”

- 3) Que tampoco existe en nuestro país ningún mecanismo sancionador efectivo y disuasorio adicional para penalizar los abusos y garantizar el cumplimiento de los objetivos que marca la Directiva, en cuanto que no existe un sistema de multas o de sanciones a imponer a las autoridades administrativas responsables de los abusos

c) Por consiguiente:

- 1) como quiera que, en España no existe ninguna norma legal que establezca una indemnización como medida sancionadora efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de la Directiva, y tampoco existe ningún mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio adicional (no hay multas) como exige el informe del AG, como requisito sine qua non para que la indemnización sea acorde con la Directiva 1999/70CE;
- 2) como quiera que, las únicas indemnizaciones recogidas en la Ley española para el caso del cese de un trabajador temporal, son las previstas en los arts. 49 y ss del Estatuto de los Trabajadores, para el despido del personal laboral privado, no público, pero estas indemnizaciones del Estatuto de los Trabajadores no son acordes con la Directiva 199/70, como dictaminaba el **TJUE en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018, asunto C-936/2018, apartados 94 y 95**, puesto que no constituyen una medida legal equivalente para prevenir los abusos, pues su abono es independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada y, por tanto, estas indemnizaciones no están previstas para sancionar debidamente la contratación temporal;
- 3) y como quiera que, además, estas indemnizaciones por despido previstas en el Estatuto de los Trabajadores no rigen en el sector público, pues el art. 96.2 del RDL 5/2015, del EBEP, dispone que en caso de despido improcedente de un trabajador público en régimen laboral, procederá siempre la readmisión del trabajador, sin que la Administración empleadora pueda optar -a diferencia de lo que sucede con los empresarios privados-, entre la readmisión o la indemnización;

no cabe a nuestro criterio, sino optar por la única alternativa posible a la indemnización: la de la fijeza, “a falta de otras posibilidades de sanción” (apartado 85 del informe de la AG). Esto es, no cabe sino la transformación

de la relación de servicios temporal en una relación de servicios fija en aplicación del Directiva 1999/70/CE.

Y aquí nuevamente, en relación con la transformación de la relación de servicios temporal abusiva en una relación fija, como la única alternativa para sancionar el abuso en el sector público, caben igualmente dos alternativas:

- o La fijeza como sanción individual e inmediata -léase automática- en caso de abuso en la contratación temporal de un empleado público, que es la tesis por la que opta el TJUE, entre otras muchas, **en su Sentencia de 25 de octubre de 2018, Asunto C-331/2017**, según la cual no existiendo en el ordenamiento español medida alguna efectiva para sancionar el abuso incompatible con el Acuerdo Marco, no cabe otra opción que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, en cuanto que, habida cuenta que el personal laboral temporal del sector privado, según el art.15 del Estatuto de los Trabajadores, pasa a ser fijo automáticamente por el mero hecho de haber trabajado para el mismo empresario durante un plazo superior a 24 meses, la Cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a que no se sancione la utilización abusiva de contratación temporal sucesiva en el Sector público mediante su recalificación automática en contratos fijos, si la relación laboral persiste pasada una fecha precisa, cuando no existe ninguna otra medida efectiva en España que sancione los abusos constatados en este Sector público, y la negativa a esta transformación en este Sector puede suponer una discriminación entre los trabajadores privados fijos o de carrera y los temporales.

- o La otra, la fijeza obtenida a través de un procedimiento ordenado para la ejecución de la sanción, de modo que pueda determinarse de modo comprensible el orden de los nombramientos sobre la base de criterios objetivos y transparentes, tesis por la que se inclina la Abogada General en el apartado 85 de sus conclusiones. Obviamente, estos procedimientos deben ser procedimientos restringidos en los que solamente puedan participar los empleados públicos temporales objeto de un abuso al servicio de la Administración empleadora convocante, pues, por un lado, se trata de sancionar el abuso en la temporalidad y compensar al empleado público objeto del abuso, y por otro lado, ya hemos visto anteriormente, que los procedimientos de acceso libre no son una medida sancionadora acorde con la Directiva que supla la inexistencia de mecanismos sancionadores efectivos y disuasorios.

Sin embargo, esta propuesta que hace la Abogada General, en nuestra opinión, es incompatible con la Directiva

- (i) porque esta propuesta se opone de forma radical a la jurisprudencia del TJUE (p.ej en su sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto 859/18, antes citada);
- (ii) porque los trabajadores públicos temporales objeto de un abuso ejercitan un derecho individual frente a su empleador que abusa de su contratación temporal sucesiva, un derecho social básico que tiene todo trabajador europeo, y no un derecho colectivo que puede articularse a través de procedimientos colectivos;
- (iii) y porque los procedimientos restringidos u ordenados para la ejecución de la sanción dirigidos a consolidar y estabilizar a los empleados públicos que han sido objeto de un abuso en su contratación temporal sucesiva, están prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico (vid sentencias del TC de 151/1992, de 19 de octubre; 4/1993, de 14 de enero; de 16/1998, de 26 de enero; 12/1999, de 11 de febrero; y 130/2009, de 1 de junio), y en todo caso, su convocatoria es aleatoria pues depende del capricho de la Administración empleadora causante del abuso, por lo que esta propuesta de la Abogada general solo perpetua el abuso y no puede ser concebida como una medida efectiva y disuasoria acorde con la Directiva, por las mismas razones por las que según la misma Abogada General, tampoco lo son los procesos selectivos de libre concurrencia, cuya convocatoria depende de la mera discrecionalidad o capricho de las Administraciones empleadoras causantes y únicas responsables de los abusos y fraudes producido.

CONCLUSIONES

Como podemos ver, también el informe a la AG, en nuestra humilde opinión, conduce a dos conclusiones esenciales:

- 1) Una, que de ninguna manera, puede celebrarse proceso selectivo alguno de libre concurrencia -sean de estabilización, sen en ejecución de una OPE-, sin que previamente se haya fijado por una norma legal y se haya presupuestado la sanción que ha de imponerse a la Administración empleadora causante del abuso que proteja y compense al empleado público que ha sufrido la violación sistemática y repetitiva a lo largo de varios años de sus derecho, elimine las

consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y garantice en todo momento los resultados fijados por la Directiva 1999/70/CE

- 2) Otra, que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija equiparable a la del personal fijo comparable, es la única medida sancionadora en nuestro país que cumple con la Directiva 1999/70/CE, puesto que en la única: **(i)** que garantiza definitivamente el derecho a la estabilidad, como componente primordial de la protección de los trabajadores y evita la precariedad de los funcionarios, cumpliéndose los objetivos del Acuerdo marco; **(ii)** que sanciona efectivamente el comportamiento abusivo de la Administración empleadora, que no obtiene ventajas de su propio incumplimiento; **(iii)** que elimina la situación de abuso, convirtiendo la contratación fija en la forma más común de relación laboral, evitando que se utilice la temporalidad para atender, de hecho, a necesidades que no son provisionales, sino duraderas y estables, y para privar al personal temporal de los derechos que son propios del personal fijo; **(iv)** que disuade a la Administración de que siga abusando de la contratación temporal, forzándola a que convoquen los procesos selectivos, con la periodicidad necesaria, para proveer las plazas vacantes con personal fijo y cubrir sus necesidades ordinarias de empleo; **(v)** que compensa adecuadamente al funcionario temporal objeto del abuso por los perjuicios y falta de protección padecidos, a través de una sanción proporcionada a la violación repetitiva y sistemática sufrida a lo largo de los años; **(vi)** y por último, que aplica a los empleados públicos temporales sujetos al Derecho administrativo, el mismo criterio objetivo y transparente que rige para los trabajadores sujetos al Derecho laboral, que en España adquieren fijeza automática en el empleo por el mero hecho de ser contratados durante un plazo superior a 24 meses, en un plazo de 30 meses, por la misma empresa o grupo de empresas.

En Madrid 23 de octubre de 2019

Fdo: Javier Arauz de Robles