

**NOTA SOBRE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 19 DE MARZO DE 2020:
la FIJEZA COMO ÚNICA SOLUCIÓN A LA QUE AVOCA LA
SENTENCIA**

Ante los comentarios que se están vertiendo sobre la sentencia del TJUE, vuelvo a insistir que la sentencia es muy positiva, en cuanto que da un varapalo al Estado y a sus Administraciones públicas, y avoca a la fijeza del personal temporal objeto de un abuso, como única medida efectiva posible para dar cumplimiento a la Directiva en nuestro país.

PRIMERO.- Lo primero que debemos señalar, es que la sentencia acaba con los dos mecanismos que nos habían vendido Gobierno y sindicatos, como los únicos medios posibles para dar cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE y acabar con la precariedad de larga duración en el Sector Público.

a) Para empezar, la sentencia concluye tajantemente que ni los procesos de estabilización, ni los procesos selectivos, resultan adecuados para prevenir y sancionar la utilización abusiva por parte del empleador de la contratación temporal sucesiva en el Sector Público, ni para eliminar las consecuencias de infracción del derecho de la Unión, entre otras razones, porque su aplicación no tendría efectos negativos para ese empleador.

Y sigue indicando la sentencia:

- Que aun cuando los empleados públicos objeto de un abuso puedan participar en estos procesos de estabilización, consolidación y procesos selectivos, en general, este hecho no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar el abuso en la temporalidad.
- Que, para que estos procesos selectivos puedan concebirse como una medida sancionadora y compensatoria del abuso, tienen que ser procesos restringidos, en lo que solamente puedan participar los empleados públicos objeto de un abuso, sin que los procesos selectivos ordinarios puedan ser concebidos como una sanción, porque además de que su resultado es incierto, están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas del abuso.

b) En lo que afecta a la figura del indefinido no fijo, implementada en nuestro país en los años 80 y 90 como mecanismo para evitar la aplicación del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en el Sector Público (precepto que obliga a transformar en fijos a los empleados temporales que lleven trabajando para el mismo empresario más de 24 meses en un plazo de 30) y, por tanto, para sancionar el fraude y el abuso en la contratación pública del personal laboral, la sentencia acaba definitivamente con esta figura, con dos argumentos palmarios:

(i) Que el indefinido no fijo, al igual que el temporal / interino, cesa cuando se provee la plaza por un empleado fijo o se amortiza, por lo que no es acorde con la cláusula 5 del Acuerdo marco, ya que no puede sancionarse el abuso en la temporalidad sucesiva, con más abuso y más temporalidad;

(ii) Que, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, en el que el trabajador temporal es transformado en trabajador por tiempo indefinido, al indefinido no fijo no se le permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo -léase, de la misma estabilidad- que el personal estatutario fijo.

Por tanto, ante este pronunciamiento de la sentencia, no cabe otra opción que la transformación del empleado temporal objeto de un abuso, y de los laborales indefinidos no fijos, en empleados laborales fijos o, al menos, con las mismas condiciones de trabajo que el personal fijo, incluyendo como condición de trabajo, la estabilidad en el empleo.

SEGUNDO.- La sentencia acaba igualmente, con el argumento que tradicionalmente se empleaba por las autoridades nacionales, que afirmaban que, en nuestro país no había abusos contrarios a la Directiva, porque los nombramientos del personal temporal se amparaban en las normas nacionales.

Sin embargo, el Tribunal dictamina que el abuso se produce cuando se utilizan estas normas nacionales para destinar a los empleados temporales a realizar funciones que no son provisionales, ni excepcionales, ni puntuales; sino que son ordinarias, estables y permanentes, cubriendo el empleador con personal temporal sus

necesidades estructurales en materia de personal, al no disponer de suficientes funcionarios fijos o de carrera.

Y de seguido, la sentencia dibuja algunos parámetros a través de los cuales se evidencia el abuso, como son: (1) el número de años consecutivos prestando servicios de la Administración empleadora realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo; (2) el porcentaje elevado de empleados públicos temporales, que constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de este sector; (3) la inexistencia real de límites máximos de duración de los contratos temporales; (4) o el incumplimiento de la obligación legal por parte de las Administraciones empleadoras de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo, convocando los correspondientes procesos selectivos en los plazo que marca la Ley.

Frente a ello, no puede oponerse:

- Ni el hecho de que el empleado temporal disponga de un solo contrato o nombramiento, cuando dicho empleado ha desempeñado durante años, las mismas tareas y funciones, y su mantenimiento de modo permanente se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo, al objeto de proveer definitivamente la plaza vacante, y su relación de servicio ha sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo.
- Ni tampoco el hecho de que el empleado público no haya impugnado sus nombramientos y ceses, esto es, haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones temporales, que no priva a esos empleados de la protección de la Directiva.

Por lo tanto, la sentencia deja claro cuándo se produce el abuso incompatible con la Directiva y vacíos de contenido los argumentos empleados de contrario en el Estado español, que negaba la existencia de abusos por el mero hecho de que la normativa interna permitía y habilitaba el nombramiento de personal público temporal por razones de urgencia, excepcionales, coyunturales o provisionales, lo que permite, en contra de la Directiva, utilizar a este personal temporal para atender a necesidades estructurales, propias del personal fijo, cubriendo el déficit estructural de estos últimos.

TERCERO- Por último, la sentencia establece que para que una indemnización pueda ser concebida como una sanción acorde con la Directiva, es imprescindible que concurren tres requisitos

a) Uno, que la indemnización exista en el Derecho español.

b) Otro, que esta indemnización tenga por objeto compensar específicamente los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Esto es, esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva.

c) Y el tercero, que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco.

Ahora bien, resulta que ninguno de estos requisitos, concurren en nuestro país:

a) En primer lugar, porque no existe ninguna indemnización prevista para sancionar el abuso en la contratación temporal sucesiva en el Sector Público y dar cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE, como lo demuestra el hecho de que no hay un solo caso en nuestro país en el que se haya fijado una indemnización a favor de un trabajador público sujeto a derecho administrativo por abuso en su contratación temporal sucesiva.

b) En segundo lugar, porque las únicas indemnizaciones que existen en nuestro país en caso de cese de un trabajador, son las recogidas en los arts 49 y ss. del Estatuto de los Trabajadores, pero el TJUE ya ha dicho en sus sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, apartados 94 y 95, y la sentencia TJUE de 22 de Enero de 2020, asunto Baldonado, apartados 61 a 63, que las indemnizaciones por despido para el personal laboral previstas en los art. 49 y ss del Estatuto de los Trabajadores, no son una medida que cumpla los requisitos de la cláusula 5 del Acuerdo marco, 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 sucesiva incompatible con la Directiva

c) En tercer lugar, porque tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 207/2019, de fecha 13 de marzo de 2019, en su FJ Cuarto, apartado 3, como la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo, en sus sentencias nº 1425 y 1426, de 26 de septiembre de 2018, tienen declarado que en España una eventual indemnización no sería una sanción acorde con la Directiva, pues 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, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización

d) En cuarto lugar, porque el TJUE en su sentencia de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, dictaminó que la indemnización por sí sola no basta, sino que es necesario que vaya acompañada de otras medidas sancionadoras efectivas y disuasorias adicional, como puede ser un sistema de multas impuestos a las autoridades administrativas responsables de estos abusos.

Y en nuestro Derecho no existe ni indemnización, ni medidas sancionadoras efectivas y disuasorias adicionales, ni un sistema de multas a las autoridades administrativas que abusan de la contratación temporal en el Sector Público.

Por ello, al no existir ninguna medida sancionadora para garantizar el cumplimiento de la Directiva, la misma sentencia de 19 de marzo de 2020, nos lleva a afirmar que la única alternativa posible es la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, si la relación funcional persiste pasada una fecha precisa, esto es, si los nombramientos superan los plazos máximos que establece el artículo 10 del EBEP y ello, como medida efectiva, proporcionada y disuasoria para sancionar el abuso producido, deviniendo aplicable la doctrina del TJUE (vid TJUE sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, Apartado 106: Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado contra empresa Provincial de Salud de Cosenza, en cuyo apartado 42; y Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41), según la cual *"el Acuerdo marco debe*

interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador y deben considerarse abusivos.

Por lo dicho, entendemos que la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 consolida los derechos del personal temporal de larga duración en nuestro país, y su derecho a la estabilidad en el empleo, entendida como derecho a no ser cesado en su puesto de trabajo, sino por las mismas causas y con arreglo a los mismos requisitos que los empleados públicos fijos de carrera comparables, como única medida para sanciona los abuso en al temporalidad, eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y garantizar en todo momento los resultados fijados por la Directiva 1999/70/Ce.

Pero, para ello, es imprescindible que los empleados públicos temporales reclamen y demanden sus derechos ante la Administración empleadora, evitando los efectos que pudiera tener una reforma legislativa nacional que fije una indemnización como única sanción viable para sancionar los abusos en la temporalidad y eliminar la infracción del Derecho de la Unión.

En Madrid 19 de marzo de 2020

Fdo: Javier Arauz de Robles