



NOTA SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN SU AUTO DE 30 DE MAYO DE 2024: UNA CUESTION EXTEMPORANEA, IRRAZONABLE E IMPROCENTE.

De forma extemporánea y tardía -pues es evidente que esta cuestión prejudicial debía haber sido planteada por la Sala cuando tomó la decisión hace años de aplicar la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la Directiva, sancionando los abusos incompatibles con esta norma comunitaria con la transformación del empleado público temporal víctima de un abuso en un trabajador indefinido no fijo-, y vulnerando la eficacia vinculante de la STJUE de 22 de febrero de 2024, pretende ahora la Sala de los Social del TS a través de una nueva cuestión prejudicial fechada el 30 de mayo de 2024, que el TJUE revise los pronunciamientos contenidos en esta su Sentencia de 22 de febrero, ya que la Sala parece no estar conforme con los mismos.

I.-

En un primer plano formal, el planteamiento en esto términos por la Sala de lo Social del TS de la cuestión prejudicial es irrazonable, dicho sea con máximo respeto y consideración.

En efecto, al así actuar la Sala de lo Social del TS está atacando a uno de los pilares básicos del Derecho comunitario, como es el carácter vinculante de las sentencias del TJUE, que tienen “*autoridad de cosa interpretada*” y efectos erga omnes, en cuanto que vinculan no solo al Tribunal que plantea la cuestión, que debe fallar en el proceso principal con arreglo a la sentencia, a la doctrina que contiene y al fallo del TJUE, sino que también vincula al resto de las autoridades judiciales nacionales que estén conociendo de un asunto idéntico o similar, a los que también se impone la obligación de fallarlo con arreglo a la sentencia, a la doctrina que contiene y al fallo del TJUE.

Es cierto, que las sentencias del TJUE no tienen eficacia de cosa juzgada, y por tanto, es posible plantear al Tribunal cuestiones prejudiciales sobre la validez o sobre la interpretación de preceptos sobre los que ya se ha pronunciado; pero ello no significa que la sentencia del TJUE no tenga valor de cosa interpretada o acto aclarado, en cuanto que sus pronunciamientos tienen carácter vinculante para las autoridades nacionales, sean administrativas o judiciales, de tal forma que.

- el efecto directo y primacía del Derecho Comunitario, no solo conlleva para las autoridades tanto judiciales como administrativas de ese Estado miembro, la prohibición de pleno Derecho de aplicar el régimen incompatible con dicho Derecho Comunitario, aunque este régimen nazca de la propia Constitución y de las leyes internas, sino que también implica la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho Comunitario (sentencias TJUE de 22 de junio de 1989 Fratelli Costanzo 103/88 Rec. p. 1839, apartado 33 y de 19 de enero de 1993, Comisión/Italia, C-101/91, Rec. P-I-191, apartado 24)

- que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas en respuesta a un reenvío prejudicial, *“tienen carácter vinculante al tener autoridad de cosa interpretada, como instrumento procesal idóneo para conseguir una interpretación y una aplicación uniforme de las normas comunitarias por parte de los Tribunales nacionales, a los que corresponde, como Jueces comunitarios, la aplicación en los correspondientes procesos del ordenamiento jurídico comunitario y esa interpretación y aplicación uniforme solo puede conseguirse proporcionando a la Sentencia del TJUE el carácter de vinculantes, pues la aplicación de una misma norma comunitaria en diferentes estados miembros pondría en cuestión la propia construcción y funcionamiento de la Unión Europea”*. (Vid SSTS, Sals de los C-A de 16 de diciembre de 2010, Rj 2010/8386 y 27 de enero de 2016, Rj 2016/423).

Lo que pretende el Tribunal Supremo con esta nueva cuestión prejudicial, actuando como si fuera una parte del proceso prejudicial, no es que el TJUE matice los pronunciamientos contenidos en su sentencia de 22 de febrero de 2024 y los aclare y complemente, sino que lo que persigue con esta nueva cuestión prejudicial es que el TJUE rectifique lo fallado en su sentencia de 22 de febrero -en definitiva impugnarla- y esto no es posible hacerlo a través de una nueva cuestión prejudicial, pues entraña una vulneración flagrante del principio esencial de obligatoriedad de las sentencias del TJUE, y de su fuerza ejecutiva y vinculante erga omnes, y de principios claves del Derecho comunitario, como son los principios de seguridad jurídica, de primacía del Derecho de la UE, de cooperación leal y de efecto útil.

En efecto, lo que viene a sostener en su cuestión prejudicial el Tribunal Supremo es que la recalificación de la víctima de un abuso en indefinido no fijo, que conlleva -según la Sala- el disfrute de los mismos derechos del personal laboral fijo mientras permanece en esta situación, y el derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio con un

máximo de 12 mensualidades en el momento de su despido o cese, son medidas sancionadoras que cumplen con los requisitos de la Directiva 1999/70/CE.

El problema es que, sobre estas cuestiones, ya se ha pronunciado de forma clara y tajante el TJUE en su sentencia de 22 de febrero de 2024, haciendo una valoración completa y específica de la doctrina de la Sala de lo Social del TS, para concluir:

1. Que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse como un trabajador con contrato de duración determinada a efectos del Acuerdo Marco, y por tanto, comprendido en su ámbito de aplicación (apartados 65 y 66 de la STJUE del 22 de febrero de 2024).
2. Que la transformación del temporal en un indefinido no fijo, con la permanencia en la plaza hasta que se cubra definitivamente por la administración empleadora a través de un proceso selectivo, compromete el objeto, la finalidad y la efectividad del Acuerdo Marco (Vid apartados 78 y 82 de la STJUE del 22 de febrero de 2024).
3. Que en la medida en que el concepto de trabajador indefinido no fijo es una creación jurisprudencial, no existe una medida sancionadora en la normativa española para dar cumplimiento a la Clausula 5 del Acuerdo Marco, esto es, el Derecho español, no prevee medida legislativa alguna destinada a evitar la utilización abusiva de estos contratos, lo que es contrario a la Clausula 5 del Acuerdo Marco (Vid apartados 83 a 101 de la Sentencia)
4. Que una indemnización tasada igual a 20 días por año trabajado, con el límite de una anualidad, que se abona al cese o extinción de la relación laboral no permite alcanzar el objetivo conseguido por la Clausula 5 del Acuerdo Marco, y por tanto, esta indemnización no resulta adecuada para sancionar la utilización abusiva de relaciones laborales temporales, ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión (Vid apartados 102 a 108 de la Sentencia)
5. Que la exigencia de responsabilidad por las actuaciones irregulares cometidas por las administraciones públicas empleadoras, tampoco es garantía de cumplimiento de los objetivos de la Clausula 5 del Acuerdo Marco (Vid apartados 109 a 115 de la Sentencia).

6. Y por último, que la Clausula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que establece, que la convocatoria de procesos selectivos y de procesos de consolidación para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos, por trabajadores indefinidos no fijos, debe ser concebida como una medida sancionadora, puesto que estos procesos, cuyo resultado es además incierto, están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso (Vid apartados 116 a 121 de la Sentencia)

En consecuencia, como puede comprobarse, las dudas que plantea la Sala de lo Social del TS, ya han sido resueltas por el TJUE en la sentencia de 22 de febrero de 2024, por lo que es llano que el planteamiento de esta cuestión prejudicial, en cuanto que no persigue y no pretende del TJUE que aclare lo fallado en esta sentencia, sino que rectifique y revoque su fallo, se excede como mucho de lo que debe ser una cuestión prejudicial europea, y como hemos dicho, entraña un incumplimiento por parte del Tribunal Supremo de la naturaleza vinculante de las sentencias del TJUE socavando principios esenciales del hecho comunitario, como son los principios de seguridad jurídica, de prevalencia del Derecho a la unión, de cooperación leal o del efecto útil.

Esto es así porque, la sentencia prejudicial es firme desde el mismo día de su pronunciamiento, por lo que dispone automáticamente de la autoridad de cosa juzgada formal y presenta la peculiaridad, frente a otras sentencias de esta jurisdicción, en razón de las especiales características del incidente prejudicial como la ausencia de partes en el mismo, de que no es posible accionar frente a ella, ni el recurso de interpretación ni ninguno de los medios extraordinarios de rescisión de la cosa juzgada formal previstos por los artículos 42 a 44 del ETJUE. De hecho, lo único que cabe es la corrección de los errores de pluma y de cálculo o inexactitudes evidentes, de oficio y a instancia de parte si la petición se presenta en el plazo de dos semanas desde su lectura (artículo 103 del RPTJ).

Le guste o no le guste, comparta, o no, sus pronunciamientos, es obligación de la Sala de lo Social del TS dar cumplimiento a la STJUE de 22 de febrero de 2024, porque debe quedar claro que la vinculación que produce la sentencia prejudicial no distingue según se trate de una jurisdicción inferior o de una que ocupe el más alto lugar en la jerarquía judicial de un Estado miembro, como tampoco es relevante que sea el juez a quo u otro juez que llegue a conocer del mismo proceso, o del mismo u otro juez en el marco de litigios diferentes. Lo que ninguna jurisdicción interna puede hacer es dar una

interpretación diferente de una disposición comunitaria, ni tampoco inaplicarla por considerar que es inválida por los motivos rechazados por el Tribunal de Justicia o por otros cuya existencia aprecie motu proprio, ni tampoco impugnarla -como hace el TS, disfrazando su impugnación de nueva cuestión prejudicial-, pues cualquiera de estas actuaciones socavaría la eficacia vinculante de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia.

Pero hay más,

II.-

También por razones de fondo, la cuestión prejudicial que plantea la Sala de lo Social del TS es inasumible, dicho sea con todo respeto.

En efecto, en el planteamiento de la cuestión prejudicial subyace un argumento que constituye leit motiv de su cuestión prejudicial:

- Que no puede transformar en fijos a los trabajadores públicos víctimas de un abuso pues lo impide la Constitución española, que exige que el acceso al empleo público se lleve a cabo a través de procesos selectivos sujetos a los principios de igualdad, capacidad y libre concurrencia.

Este argumentario no puede en ningún caso ser compartido, por las siguientes razones:

a.) En primer lugar, porque la Sala inaplica el principio de preferente aplicación del Derecho de la UE, que obliga a dejar sin aplicar cualquier norma interna -incluidas las Constituciones de los países miembros-, que sean contrarias a una norma de la UE, hasta el punto de que el **TJUE en su Sentencia de 11 de febrero de 2021** dice que esta conversión en fijo, en aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70, procede, *“aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público”*

En definitiva, como dice la STJUE, de fecha 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, **en su Apartado 59:**



“según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del Ordenamiento Jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional aún si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado”

b.) En segundo lugar, porque carece de justificación argumental decir, como hacen los magistrados del TS, que el personal temporal del sector público no accedió a un sistema selectivo sujeto a principios de igualdad, capacidad y libre concurrencia. Sencillamente esto no es cierto.

No olvidemos que desde la Constitución de 1978, tal y como se desprende del art 10.2 y 61.4 y 7 del EBEP:

- Por un lado, los empleados públicos interinos/temporales deben reunir los mismos requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas a los funcionarios fijos de carrera para ocupar las plazas vacantes.
- Y por el otro, la selección del personal interino/temporal se realiza por imperativo legal a través de bolsas a la que se accede por procesos selectivos, en los que se garantiza el respeto a los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia.

Queda así garantizado por Ley, que el acceso a la Función Pública del personal temporal se ha producido con pleno respeto a los principios constitucionales contenidos en el art. 23 de la Constitución Española, y por tanto, no puede negarse inamovilidad al personal público temporal víctima de un abuso, sosteniendo que con ello se produciría una vulneración de los principios constitucionales del art. 23 CE o de la normativa nacional:

Es decir, no se puede decir al mismo tiempo, que se contrata a los funcionarios interinos con sujeción los principios de igualdad, capacidad, publicidad y libre concurrencia, y afirmar después lo contrario, para negarles la posibilidad de conversión de la relación temporal en fija.



Pero es que además, como dice la **STJUE de 20 de septiembre de 2018, C-2018/758, apartados 33 a 35**), **NO** puede sostenerse para negar estabilidad en el empleo a los empleados públicos temporales que, al no superar el mismo proceso selectivo que los laborales fijos o de carrera, ello afecta a la calidad de los servicios públicos prestados o de las tareas realizadas, lo cual es contradictorio con el número de años que acreditan los empleados públicos temporales en nuestro país, ya que, si fuera cierto que sus servicios no son idóneos o no tienen la calidad necesaria, las Administraciones empleadoras hubieran organizado con la suficiente frecuencia oposiciones destinadas a cubrir las plazas desempeñadas por estos empleados públicos temporales con personal fijo, cumpliendo con la obligación que le impone el propio art 10.4 EBEP. Como dice el TJUE en esta sentencia **de 20 de septiembre de 2018**:

(...) la suposición de que la calidad de las prestaciones de profesores recientemente contratados por una duración determinada pueda ser inferior a la de quienes han aprobado una oposición no concuerda con la decisión del legislador nacional de reconocer íntegramente la antigüedad adquirida en sus primeros cuatro años de ejercicio profesional por los profesores con contratos de duración determinada. Además, esa suposición, de ser cierta, llevaría implícito que las autoridades nacionales organizan con la suficiente frecuencia oposiciones destinadas a cubrir las necesidades de personal. Ahora bien, no parece ser este el caso, puesto que, según las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia por la demandante en el litigio principal, estas oposiciones solo se organizan esporádicamente, ya que las últimas que se han celebrado tuvieron lugar en 1999, en 2012 y en 2016.

c.) En tercer lugar, porque el Tribunal Supremo parte de un tercer hecho incierto, como es el de que los indefinidos no fijos disfrutan de los mismos derechos que los empleados públicos fijos mientras están en activo, a diferencia de los empleados públicos temporales, que no disfrutan de las mismas condiciones de trabajo que los fijos.

Esta afirmación tampoco se ajusta a la realidad, ni en un sentido, ni en el otro

- Porque no es cierto que el indefinido no fijo disfrute de los mismos derechos y condiciones de trabajo que los trabajadores fijos, ya que, como dice la STJUE de 10 de marzo de 2020 en su apartado 102, al indefinido no fijo “no se les permite

disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal fijo”, ya que no se les sujeta a las mismas condiciones de cese, toda vez que el indefinido no fijo, como el temporal, cesa cuando se amortiza su plaza o se provee con un empleado fijo. Y recordemos que los “*requisitos de finalización o las condiciones de resolución de un contrato de duración determinada se incluyen de la definición del concepto de «condiciones de trabajo»*” (Vid SSTJUE del 13 de marzo de 2014, asunto C38/13, apartados 27 y 29; y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596, apartados 30 y 31)

- Y porque por aplicación de la Clausula 4 del Acuerdo Marco -que parece olvidar la Sala de lo Social del TS al plantear la cuestión prejudicial-, también los trabajadores temporales que no sean indefinidos no fijos, tienen derecho a disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que los fijos comparables, de tal forma *que la prohibición precisa impuesta por la Cláusula 4 del Acuerdo Marco no necesita la adopción de ningún acto de las instituciones de la Unión, y no confiere, en modo alguno, a los Estados miembros la facultad de condicionar o de restringir, al adaptar el Derecho interno a dicha disposición el alcance de la prohibición de discriminación, que impone en materia de condiciones de trabajo (TJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto Gavieiro, C-444/09, apartado 79)*

d.) En cuarto lugar, tampoco es cierto la afirmación que se contiene en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial del TS, en cuanto que éste afirma que los trabajadores europeos no tienen derecho a acceder al empleo público temporal en España, lo cual tampoco se ajusta a la realidad, pues tal y como puede comprobarse a través de los procesos selectivos convocados para contratar personal público temporal, en todos ellos se permite la participación de trabajadores de la Unión Europea que cumplan con los mismos requisitos que los trabajadores españoles en función de las necesidades públicas que se tratan de proveer y atender.

Y, por otro lado, al citar la Sala de lo Social del TS en su Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial a la carta europea de derechos humanos, olvida que la protección de los trabajadores y la prohibición de los abusos en las condiciones de trabajo, constituyen principios generales del Derecho de la Unión, contenidos no solo en el punto 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores, sino también en los artículos 4, 21, 23 y 31 de la Carta Europea de DH, en cuanto que



estos preceptos prohíben los tratos degradantes, consagran el derecho de toda persona al respeto a su vida privada y familiar (la precariedad afecta a la dignidad de las personas y conlleva precariedad personal, familiar y social), prohíben toda discriminación y toda situación de abuso y de explotación, y proclaman el derecho a un trabajo justo y equitativo.

III.-

Pero hay otras razones, que avalan que el planteamiento de esta cuestión prejudicial por la Sala de lo Social el TS, en nuestra opinión respetando siempre el criterio ajeno, es improcedente. En este sentido, cabe señalar lo siguiente:

PRIMERO.- Que es evidente que la figura del indefinido no fijo, no es eficaz como medida para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Clausula 5 del Acuerdo Marco, toda vez que esta figura de creación jurisprudencial lleva implementada en nuestro país más de 30 años y no ha logrado disuadir a las administraciones públicas para que no sigan abusando de sus trabajadores temporales.

Los datos objetivos hablan por sí solos y revelan que la figura del indefinido no fijo ni ha sido, ni es una medida sancionadora efectiva acorde con la Clausula 5 del Acuerdo Marco. Así:

- a. Según la EPA de 2021, en España hay 1.101.300 de empleados públicos temporales que se encuentran en situación de precariedad y de abuso en su contratación temporal sucesiva, lo que representa el **31,6%** de la plantilla pública.
- b. En algunas entidades, oficinas o servicios públicos -donde la actividad que se desarrolla es especialmente incomoda, nociva o peligrosa-, los empleados públicos temporales alcanzan el **100%** de la plantilla.
- c. La mayor parte de los empleados públicos temporales llevan 10, 15, 20, 25 y hasta 35 años de servicios continuados en la misma Administración empleadora, en un régimen de precariedad en el empleo, hasta el punto que el 75% de los empleados públicos temporales víctimas de un abuso son mayores de 50 años

- d. Que el 75% de los empleados públicos temporales víctimas de un abuso son mujeres, y en su mayor parte, mayores de 55 años (este dato es muy significativo, por cuanto que revela que las autoridades españolas buscan y contratan temporalmente a mujeres, mucho más vulnerables que los hombres). Por ejemplo:
- En la Administración del Gobierno Vasco (LEKUA) el **68,789%** de los funcionarios interinos son mujeres.
 - en la administración de Justicia Catalana, hay 1601 hombres interinos y 5629 mujeres interinas, por lo que el **77,85%** de los funcionarios interinos son mujeres.
 - en la Administración de Justicia en Canarias, había 462 hombres interinos y 804 mujeres interinas, por lo que el **63,50%** de los funcionarios interinos son mujeres.
 - En la Comunidad de Madrid, el **74,13%** de los funcionarios interinos son mujeres; el **79,33%** de los laborales temporales son mujeres; y el **81,63%** de los sanitarios temporales son mujeres.
- e. Que se destina a los empleados públicos temporales principalmente a cubrir aquellos puestos de trabajo que, por su dificultad, incomodidad, penosidad, insalubridad o peligrosidad, no quieren ser cubiertos por los funcionarios fijos o de carrera, preocupándose las Administraciones públicas de garantizarse que los trabajadores temporales no puedan adquirir la condición de fijos, al no convocar durante años los procesos selectivos correspondientes que les hubieran permitido obtener esa condición.

Como indica la sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2014, caso Mascolo, apartado 104, *“al contrario de lo que mantiene el Gobierno, el hecho de que la normativa nacional controvertida en los litigios principales pueda estar justificada por una «razón objetiva» en el sentido de esta disposición, no basta por sí solo para adecuarla a ésta -a la Directiva 1999/70-, si se observa que la aplicación concreta de esta normativa conlleva, de hecho, una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.*

SEGUNDO.- El indefinido no fijo es un figura de creación jurisprudencial, que no viene recogida en la legislación española como una medida sancionadora para evitar los abusos que pudieran derivarse de la utilización de contratos temporales, lo que determina que esta figura vulnere la Clausula 5 del Acuerdo Marco.

En efecto, es importante destacar, que la sanción para compensar a las víctimas de un abuso tiene que estar establecida por una norma con rango legal, ya que el TJUE tiene dicho que la trasposición de las Directivas a los ordenamientos jurídicos nacionales tiene que realizarse a través de normas claras y transparentes, a fin de que los ciudadanos europeos puedan conocer con exactitud sus derechos y obligaciones (**vid STJUE de 23 de mayo de 1985, asunto 29/84. Comisión v Alemania; o de 20 de marzo de 1986, 72/85, Comisión v Holanda, de 14 de enero de 2010 C-343/2008**, apartado 40)

Y estas normas deben que tener el mismo rango que las normas que regulaban esta materia en el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro, de tal forma que la transposición de una Directiva que imponga el establecimiento de sanciones (como es la Directiva 1999/70/CE), debe hacerse siempre por el Legislador, pues la potestad sancionadora en nuestro ordenamiento jurídico está indisolublemente ligada al principio de legalidad (art 25 CE y art. 25 Ley 40/2015). Si la sanción no está fijada en una Ley, el principio de legalidad impide que se pueda establecer por los Tribunales.

La misma reserva de ley que existe en materia indemnizatoria (ex. arts. 35.2, 103.3 y 106.2 CE), de tal suerte que de forma coherente con lo expuesto hasta ahora, resulta que las normas que regulan, tanto las indemnizaciones a satisfacer a los empleados por cuenta ajena por parte de sus empresarios-empleadores (**RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre**, del Estatuto de los Trabajadores), como las derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (**Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público**), están regulada en normas de rango legal.

Y si el Legislador nacional, incumpliendo la Directiva 1999/70/CE, no ha establecido la sanción para compensar a las víctimas de un abuso, el principio de reserva de ley impide que puede ser determinada por el Juez, y no cabe otra opción que transformar en empleados públicos fijos a los temporales víctimas de un abuso, pues como tiene dicho el TJUE, *“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 (vid. SSTJUE sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, Apartado 106: y de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41).

TERCERO.- Siendo el indefinido no fijo un empleado público temporal a los efectos de la Directiva 1999/70, es de todo punto evidente que no puede ser concebido como una medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70.

Como es de sentido común, no es ni puede ser, una medida efectiva, proporcionada y disuasoria: **(i)** para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión; **(ii)** evitar y sancionar la precarización y la temporalidad de los empleados públicos; **(iii)** y garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo, como un componente primordial de la protección de los empleados públicos, que son los objetivos que persigue y garantiza la Directiva 1999/70/CE (vid apartados 26, 27 y 33, de la **sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15**), dejar a los empleados públicos temporales/interinos en la misma situación de temporalidad o precariedad irregular, abusiva y fraudulenta, o lo que es lo mismo, transformarlos o mantenerlos como meros empleados indefinidos no fijos, sujetándolos a las mismas causas de cese que antes de abuso -la provisión de la plaza por un empleado fijo o su amortización-, pues esto sería tanto como castigar la temporalidad y precariedad abusiva, con más temporalidad, más precariedad y más abuso, incumpliendo radicalmente los objetivos y el efecto útil de la precitada Directiva.

CUARTO.- Siendo el indefinido no fijo un empleado público temporal a los efectos de la Directiva 1999/70, es evidente que un mantenimiento como tal trabajador temporal en abuso para atender necesidades que no son provisionales, sino estructurales, vulnera flagrantemente la cláusula 5 del Acuerdo marco, porque el TS, lo que hace es prolongar -léase, *perpetuar*- a la víctima del abuso en esta situación de abuso y de desprotección

incompatible con la Directiva 1999/70/CE, hasta que la Administración empleadora decida arbitrariamente convocar los procesos selectivos correspondientes, olvidando:

- Por un lado, que como tiene dicho el TJUE (por todas, vid apartados 32 **del ATJUE de 2 de junio de 2021** y 48 **de la STJUE de 3 de junio de 2021**), producido un abuso es indispensable una sanción inmediata que acabe con el abuso, de tal manera que, de conformidad con el art 2.1 de la Directiva 1999/70/CE, “*los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva*” y “eliminar la infracción del derecho de la Unión”
- Por otro lado, que la **STJUE de 19 de marzo de 2020**, en su apartado 58, deja claro que “*el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco. En particular, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo*”.
- Y finalmente, que el TS incurren en el vicio que prohíbe el **TJUE en su auto de 9 de febrero de 2017, C-446/2016** (apartado 44), pues “*en lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo marco, (...), perpetua el mantenimiento de una situación desfavorable para los empleados con contrato de duración determinada.*”, impidiendo el cumplimiento de los objetivos y de los resultados fijados por la Directiva 1999/70/CE, que no son otros que los de *evitar la precarización y garantizar la estabilidad en el empleo, como un componente primordial de la protección de los trabajadores y empleados públicos.* (vid **STJUE de 14/9/2006, Asunto 16/15**, contra el SERMAS (apartados 26 y 27 y 47 y 48).

Nótese que esta situación general de abuso en la temporalidad y de precariedad laboral, también en el caso de los indefinidos no fijos, da lugar: **(i)** a situaciones de inseguridad, penosidad, sufrimiento psicológico y riesgos para la salud de los trabajadores; **(ii)** a una ausencia de derechos laborales y sociales, y peores condiciones de trabajo, porque la contratación en precario elimina o mitiga las normas y, en consecuencia, las relaciones laborales pasan a funcionar de formas distintas a las democráticamente previstas por las leyes; **(iii)** a una mayor vulnerabilidad y desprotección frente al empleador; **(iv)** a

precariedad personal, familiar y social: (v) y en un contexto de recesión económica, aboca a las personas más desprotegidas por la sociedad a las formas de trabajo más precarias (mujeres, inmigrantes etc).

QUINTO.- La figura del indefinido no fijo también vulnera la cláusula 4 del Acuerdo marco

En efecto, la Cláusula 4 del Acuerdo marco, tiene por objeto “*impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contratos indefinidos o fijos*”, y expresa “*un principio de Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva y tiene eficacia directa*” (Vid Auto TJUE del 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15, apartado 32 y 33).

En efecto, constituye jurisprudencia reiterada del TJUE, que las condiciones relacionadas con la extinción de la relación de empleo y los requisitos de finalización de un contrato de trabajo, forman parte de las “condiciones de trabajo” incluidas en la Cláusula 4 del Acuerdo marco, teniendo declarado que “*una interpretación de la Cláusula 4, del [Acuerdo marco](#) que excluyese los requisitos de finalización o las condiciones de resolución de un contrato de duración determinada de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones*” (Vid SSTJUE del 13 de marzo de 2014, asunto C38/13, apartados 27 y 29; y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596, apartados 30 y 31).

Si el trabajador publico temporal, con infracción de la Directiva 1999/70/CE:

- desempeña durante años consecutivos los mismos puestos de trabajo, con las mismas funciones y tareas, y con las mismas obligaciones y responsabilidades que el personal fijo comparable;
- y atiende durante estos años a necesidades de carácter ordinario, duradero, estable y estructural, con la permanencia propia de los funcionarios fijos, acreditando mérito, capacidad e idoneidad;



A tenor del clausula 5 del acuerdo marco, lo que procede es que sean tratados como los trabajadores fijos comparables, aplicándoles las mismas condiciones de trabajo que a éstos últimos, y por tanto, sujetándolas a las mismas causas, condiciones y requisitos de cese en el puesto de trabajo y de extinción de la relación de empleo que rigen para el personal fijo comparable, sin discriminación alguna respecto a los empleados fijos, pues:

- por un lado, solo así se sanciona el abuso en la relación temporal sucesiva y fraudulenta, y se eliminan las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 38);
- y por otro lado, solo así se cumple el objetivo del Acuerdo marco de mejorar la calidad de trabajo de duración determinada, evitando la precariedad y garantizando la estabilidad en el empleo del personal publico temporal interino objeto de un abuso en su relación temporal sucesiva, impidiendo que la Administración pueda seguir utilizándolos para privarles de los derechos que son propios de los funcionarios fijos de carrera (STJUE de 9 de julio de 2015, C-177/14, Apartados 40 y 41, y Auto TJUE del 21 de septiembre de 2016, C-631/15, apartados 32 y 33);

Y el juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar su previa derogación por el legislador ni esperar a esta y está obligado a ello con independencia de que en Derecho interno existan o no disposiciones que le confieran la competencia para hacerlo (STJUE de 22 de enero de 2019, C-193/17, apartado 80).

No se olvide que: **(i)** por un lado, en las situaciones de interinidad o temporalidad de larga duración abusiva, es la propia Administración empleadora la que, en acto propio que la vincula, ha validado la capacidad e idoneidad del empleado público; **(ii)** por otro, que es la Administración empleadora la que desnaturaliza la condición del personal temporal, recurriendo a interinos/temporales para el desempeño de cometidos permanentes y ordinarios, no provisionales, ni excepcionales, sujetándolos a un régimen de tareas, obligaciones y responsabilidades que en nada dista del correspondiente al personal fijo o de carrera; pero, a la hora de poner fin a esa relación de empleo temporal, la Administración empleadora no encuentra inconveniente en aplicar unas causas de cese o extinción de la relación temporal que decayeron en el mismo momento en que se consumó el abuso; **(iii)** y finalmente, que si el personal temporal ha ocupado el mismo puesto de trabajo que el fijo o de carrera, con sus mismas funciones, obligaciones y

responsabilidades y con su misma permanencia en el tiempo, no cabe sino sujetarlo a los mismos derechos y condiciones de trabajo, y en consecuencia, a las mismas causa de cese.

SEXTO.- Tampoco una indemnización por año de servicio al cese o extinción de la relación de empleo, esto es, en el momento de despido, puede ser concedido, como una medida que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Clausula 5 del Acuerdo Marco, tanto la indemnización se fije en 20 días, como si se fija en 33 días por año de trabajo efectivo.

Para empezar, sorprende el planteamiento de esta cuestión prejudicial, cuando **la misma Sala de los Social del TS en su sentencia el 23 de julio de 2020, en la unificación de doctrina 1809/2018**, el FJ Cuarto, apartado 3, DECÍA lo que sigue:

3. Pues bien, a la vista de la respuesta del Tribunal de la Unión, no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva. 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 disuasivo 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 indemnizaron de 12 días.

Pero hay muchas razones que avalan que una indemnización por año de servicio al cese o extinción de la relación de empleo, no es una medida que se ajuste a la Clausula 5 del Acuerdo narco, por las siguientes razones,

- a) **En primer lugar**, porque la indemnización prevista infringe el principio de equivalencia, de conformidad con el cual, las personas que invocan “*los derechos conferidos por el Ordenamiento jurídico de la Unión no deben caer en situación de*

desventaja respecto de aquellos que invocan derechos de carácter puramente interno”.

En este sentido, el TJUE ya tiene dicho que al elegir la solución adecuada para garantizar el cumplimiento de los objetivos de una Directiva, los Estados miembros deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones que tengan una índole y una importancia similares (vid STJUE de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88; y de 22 de abril de 1997, asunto C-180/95, apartado 29).

Pues bien, el Reino de España vulnera este principio de equivalencia, al menos, en cuatro sentidos:

i. Primeramente, porque, aplicando el Derecho interno, la **Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para el 2021**, en su Disposición Final 31, modifica en su art 87.3 de la Ley 40/2015, del Sector Público, estableciendo, prevé que, en caso de que una entidad pública empresarial o agencia estatal privada, se transforme en una entidad pública, su personal podrá ejercer funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo, con la condición de a extinguir.

Se vulnera el principio de equivalencia, en el momento que -aplicando el derecho interno-, los trabajadores privados de empresas sujetas a derecho privado, que han sido seleccionados conforme al derecho privado sin proceso público alguno, puedan permanecer en el sector público con la condición de *a extinguir*, y que por el contrario -aplicado el derecho comunitario-, los empleados públicos temporales/interinos que siempre han trabajado en el sector público y fueron seleccionados por procedimientos públicos de libre concurrencia, no puedan permanecer en el sector público con la condición de *a extinguir*

ii. Segundo, porque el art 15 del Estatuto de los Trabajadores, incluso antes de la entrada en vigor de la Directiva 1999/70/CE y, por tanto, aplicando únicamente el Derecho interno, ya preveía la conversión en fijos de los trabajadores temporales que llevaran trabajando para el mismo empresario más de 24 meses.



Así, es el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo -por tanto antes de aprobarse la Directiva 1999/70- el que modifica el art 15 del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo en su apartado 5 que los trabajadores que lleven más de 24 meses trabajando para el mismo empresario pasan a ser fijos, diciendo este Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”*.

No sancionar el abuso en el sector público con la misma sanción que en el sector privado, cuando este aplicaba la Normativa interna, vulnera el principio de equivalencia.

iii. Tercero, porque el art 96.2 EBEP -aplicando el derecho interno- establece que, en caso de cese o despido improcedente de los trabajadores públicos fijos porque no hayan cometido ninguna falta o infracción, procede siempre su readmisión, sin que la Administración empleadora pueda optar por una indemnización.

El hecho de que, sin embargo, aplicando la Directiva comunitaria, no se reconozca este derecho a la readmisión de los trabajadores públicos temporales víctimas de un abuso, vulnera el principio de equivalencia en cuanto que se les sitúa en una situación de desventaja respecto de los primeros, ya que el cese de estos empleados públicos temporales, que no han cometido ninguna falta, simplemente cuando la Administración empleadora, infringiendo la Directiva, ha abusado de su contratación temporal sucesiva, debería ser calificado como un despido improcedente, con derecho del empleado público a ser readmitido conforme al art 96.2 EBEP.

No se olvide, en esta línea argumental, que la indemnización a abonar a un trabajador a la finalización del contrato de trabajo que le vincula como empresario, está comprendida dentro del concepto de “condiciones de trabajo”



en el sentido de la Cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo marco (vid **STJUE de 5 de junio de 2018**), asunto **C-677/16, Montero Mateos, apartados 44 a 48**).

iv. Cuarto, porque en los casos de responsabilidad patrimonial pública en los que las Administraciones públicas deben indemnizar por los daños, perjuicios y lesiones causadas a los ciudadanos y a terceros, los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, consagran el principio de reparación integral, que obliga a las Administraciones públicas a compensar, sin limitación alguna, todos los daños y perjuicios derivados de la actuación administrativa. Y lo mismo establece el Código Civil en el caso de responsabilidades civiles indemnizatorias privadas entre particulares.

Sin embargo, la indemnización de 20 días o 33 días, vulnerando el principio de equivalencia, establece restricciones para sancionar los abusos incompatibles con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, indicando que, estas indemnizaciones o compensaciones solamente pueden alcanzar los 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades, cualquiera que sea el alcance de los perjuicios sufridos.

b) En segundo lugar, es de todo punto evidente que la indemnización prevista, de 20 días con un tope de 12 mensualidades, no es una indemnización disuasoria, para unas Administraciones Públicas que manejan un presupuesto y unos fondos millonarios, por lo que puede compensarle seguir abusando de la relación temporal sucesiva, utilizando a su empleados públicos temporales para privarles de los derechos que son propios de los funcionarios fijos o de carrera, ya que la indemnización a abonar no representa nada en relación con sus presupuestos. Para las Administraciones Públicas empleadoras, esta indemnización es una indemnización simbólica, en función de los fondos públicos que manejan.

Y prueba de que esta indemnización no es disuasoria, la constituye el hecho de que las indemnizaciones a favor de los indefinidos no fijos de 20 días por año de servicio están implementadas en nuestro país desde hace tiempo y, sin embargo, ello no ha impedido el abuso en la contratación temporal de trabajadores públicos, que se ha incrementado en los últimos años de una manera exponencial

- c) **En tercer lugar**, porque la indemnización sólo se devenga en el momento de cese, lo que significa: (i) por una parte, que incurre en el vicio que prohíbe el TJUE en su auto de 9 de febrero de 2017, C-446/2016, Caso Francisco Rodrigo Sanz (apartado 44), pues *“en lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo marco, (...) perpetua el mantenimiento de una situación desfavorable para los empleados con contrato de duración determinada.”*, hasta que se produzca el cese, imposibilitando hasta entonces el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, que tiene por objeto *“evitar la precarización de la situación de los asalariados”* (vid STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto 16/15, contra el SERMAS (apartados 26 y 27 y 47 y 48); y (ii) no presenta garantías de protección de los funcionarios temporales, pues si la Administración empleadora no los cesa, éstos no perciben indemnización alguna, y puede la empleadora seguir abusando de su falta de estabilidad en el empleo, utilizándolos para privarles de los derechos que son propios de los funcionarios fijos, que es justamente lo que prohíbe la Directiva, repercutiendo negativamente en el desarrollo de su carrera y su formación profesional, manteniéndolos en un régimen de precariedad e inseguridad en el trabajo que da lugar a precariedad y inseguridad personal, familiar y social.

En esta línea, cabe citar la STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C- 619/17, que en sus apartados 92 y siguientes se pronunciaba acerca de que la indemnización prevista en el art 49 del Estatuto de los Trabajadores, de 12 días por año de servicio, no era acorde con la cláusula 5 del Acuerdo marco, razonando el TJUE en esta sentencia lo que sigue:

92 *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 Acuerdo Marco.*

93 *Una medida nacional de este tipo no parece constituir una «medida legal equivalente para prevenir los abusos», en el sentido de dicha disposición.*

- 94 *El abono de una indemnización por extinción de contrato, como la contemplada en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo marco, 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.*
- 95 *En consecuencia, esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 87 de la presente sentencia.*

O la STJUE en su **sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17**, que avoca a la estabilización como única medida sancionadora posible, dado que en el ámbito privado el art 15 del Estatuto de los trabajadores, obliga a la conversión en fijos de aquellos trabajadores temporales que lleven más de 2 años trabajando para el mismo empresario, diciendo que;

71 *“Al no permitir en ningún caso, en un sector, la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contrato de duración indefinida, la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede suponer una discriminación entre los trabajadores de duración determinada del citado sector y los trabajadores de duración determinada de los demás sectores, que, previa recalificación de su contrato de trabajo en caso de infracción de las normas relativas a la celebración de contratos de duración determinada, pueden pasar a ser trabajadores con contratos de duración indefinida comparables en el sentido de la Cláusula 4.1 del Acuerdo marco”.*

- d) **En cuarto lugar**, la indemnización de 20 días o de 30 días por año de servicio con un límite máximo de 12 mensualidades vulnera el principio de compensación adecuada e íntegra de los perjuicios causados (vid STJUE Marshall, asunto C271/91, apartado 26 y Pacuay, asunto C-460/06, apartado 46), de conformidad con el cual: (i) de una parte, la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que se castiga, garantizando un efecto realmente disuasorio (vid STJUE de 25 de abril de 2013, C-81/12, apartado 63); (ii) debe tener en cuenta el comportamiento reincidente de la Administración empleadora (vid STJUE de 25 de abril de 2013, C-81/12, apartado 67); (iii) además, la indemnización no puede ser meramente simbólica, sino que debe constituir un resarcimiento adecuado e integral de los daños sufridos, de tal forma que si un Estado miembro elige sancionar una obligación del derecho de la Unión mediante la concesión de una indemnización, esta debe ser eficaz y tener un efecto disuasorio adecuado en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios sufridos por la víctima (vid STJUE 17 de diciembre de 2015, C-407/14, apartado 33).

En definitiva, según la Jurisprudencia del TJUE, cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada para alcanzar el objetivo de una Directiva, debe ser adecuada en el sentido de permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos. Como dice la Abogada General de la UE en sus conclusiones de 26 de octubre de 2017, asunto C-494/16, caso Santoro, *“esta estandarización de las sanciones, en lugar de permitir evitar la reincidencia, puede favorecerla, por el hecho de que exista un tope universal que no se puede rebasar, independientemente del carácter recurrente de los abusos. Considero, al igual que la Comisión, que la desproporción entre el alcance potencial del abuso que puede haber tenido consecuencias a lo largo de varios años y la indemnización global de un máximo de 12 mensualidades de la retribución, puede debilitar el efecto disuasorio de las medidas sancionadoras”*.

El principio de reparación integral exige que se compensen la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima del abuso, por lo que no puede limitarse la compensación a esta indemnización simbólica de 20 o 33 días, sin tomar en consideración la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima de un abuso,

Desde esta perspectiva, establecer una única indemnización global de 20 o 33 días por año de servicio y, además, con un límite de 12 mensualidades, vulnera el principio de reparación integral de los perjuicios efectivamente sufridos, en cuanto que, aplicando,



mutatis mutandi, lo que establece el TJUE en sus sentencias de 21 de noviembre de 2018 y de 22 de enero de 2020, asunto C-177/18, las indemnizaciones como ésta, únicamente compensan el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa distinta que no estaba prevista en el momento la celebración del contrato o nombramiento, ya que supuestamente al interino se le nombra para realizar una sustitución puntual o cubrir una vacante urgente y excepcional, hasta que la plaza se provea a través de los procesos selectivos pertinentes en los plazos reglamentarios, y sin embargo, el temporal nombrado permanece prestando servicios a la Administración más allá de los plazos normales que justificaron su nombramiento, generando una expectativas legítimas por parte del empleado público temporal en lo que respecta a la permanencia y estabilización de su relación de empleo, que es lo único que se compensaría a través de esta indemnización por año de servicio.

- e) **En quinto lugar**, porque el Derecho de la Unión prohíbe tajantemente que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de una obligación del Derecho de la Unión Europea esté limitada por un tope máximo fijado a priori (vid en este sentido, STJUE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, caso Marshall y STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14, caso Arjona Camacho).

Como dice la STJUE de 2 de agosto de 1993, caso Marshall, “*el Derecho de la UE se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de un despido esté limitada por un tope máximo fijado a priori*”.

Pues bien, la compensación que se fija en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre (al igual que el 14/ RDL 2021), está limitada por un doble tope máximo fijado a priori.

- (i) Se establece en 20 o 33 días por año de servicio
- (ii) Fija un máximo de 12 mensualidades,

Con ello se vulnera, además, el principio de proporcionalidad, pues no se compensan ni indemnizan los abusos que se producen a partir de los 15 años de servicios en régimen de abuso en la temporalidad.



SEXTO.- Y por último, el mismo rechazo merece el argumento que se emplea por la Sala de lo Social del TS, en cuanto a que los procesos selectivos de estabilización previstos en la Ley 20/2021, en los que se computa los servicios prestados puede ser concebido en unión de las otras medidas, como una medida sancionadora que cumpla con los requisitos de la Clausula 5 del Acuerdo Marco.

Como tiene dicho el TJUE en su **Sentencia del 19 de marzo de 2020, C-109/2018, o en su Auto de 2 de junio de 2021, C-103/2019**, ningún proceso selectivo -que es la única medida articulada en nuestro país en caso de abusos- puede ser concebido como una medida adecuada para sancionar la utilización abusiva de relaciones de servicios temporales, ni para eliminar las consecuencias del Derecho de Unión: (i) porque su aplicación no tendría ningún efecto negativo para el empleador; (ii) porque son procesos que están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso y no confieren a los empleados públicos víctimas de tal abuso ninguna garantía de adquirir la condición de personal fijo; (iii) y porque tales procesos son independientes de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la relación mantenida.

CONCLUSION

De todo ello se deduce, que no solo la cuestión prejudicial planteada por el TS es improcedente, sino que además la Sala de los Social del TS, al negar que proceda la conversión de la relación temporal abusiva en una relación fija sosteniendo que la Constitución española lo impide, vulneran lo resuelto por el **TJUE, en este Auto de 30/9/2020, C-135-20, apartados 23 a 26**, a cuyo tenor:

“24 De ello se deduce que, con el fin de que una legislación que prohíbe, en el sector público, la conversión en contrato de trabajo indefinido de una sucesión de contratos de duración determinada, pueda considerarse como conforme al Acuerdo Marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe incluir, en este sector, otra medida efectiva que permita evitar, y en este caso, sancionar el uso abusivo de contratos de duración determinada sucesivos (sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro, C-494/16, apartado 34 y jurisprudencia citada).

26 Considerando lo anteriormente expuesto, procede responder a las cuestiones planteadas de que la Cláusula 5 del Acuerdo Marco debe ser interpretada en el sentido

que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe, de forma absoluta, en el sector público, la conversión de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, en tanto esta legislación no prevea, en relación con este sector, otras medidas efectivas que eviten y, en este caso, sancionen la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos.

Y también vulneran la doctrina que sienta ese digno TJUE en su **sentencia de 25 de octubre de 2018, C-331/17** (que es reiterada por la **STJUE de 13 de enero de 2022, C-282/2019**), según la cual:

70 “La Cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual no son aplicables en el sector de actividad de las fundaciones líricas y sinfónicas -léase, en el sector público-, las normas de régimen general que regulan las relaciones laborales y que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada mediante su recalificación automática en contratos de duración indefinida si la relación laboral persiste pasada una fecha precisa, cuando no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione los abusos constatados en este sector”.

71 “Al no permitir en ningún caso, en un sector -el público-, la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contrato de duración indefinida, la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede suponer una discriminación entre los trabajadores de duración determinada del citado sector y los trabajadores de duración determinada de los demás sectores -los privados-, que, previa recalificación de su contrato de trabajo en caso de infracción de las normas relativas a la celebración de contratos de duración determinada, pueden pasar a ser trabajadores con contratos de duración indefinida comparables en el sentido de la Cláusula 4.1 del Acuerdo marco”.

Y la doctrina 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 (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 en cuyo apartado 42; y Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41).

En Madrid a 4 de junio de 2024

Fdo: Javier Arauz de Robles