

COMENTARIOS QUE REALIZA EL DESPACHO ARAÚZ DE ROBLES A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018, SOBRE PERSONAL PÚBLICO TEMPORAL/INTERINO OBJETO DE UN ABUSO EN SU CONTRATACION TEMPORAL INCOMPATIBLE CON LA DIRECTIVA 1999/70/CE

Las recientes sentencias del **Tribunal Supremo nº 1425/2018 y nº1426/2018, de 26 de septiembre** -admitiendo expresamente que se ha producido un abuso incompatible con la Directiva 1999/70/CE, al destinar la Administración empleadora a sus respectivos funcionarios públicos temporales a atender necesidades que, de hecho, no son provisionales, sino duraderas y estables-, consideran que la sanción al abuso producido en la contratación temporal sucesiva de los respectivos demandantes, es anular su cese, y mantener provisional y temporalmente al empleado público objeto del abuso en su puesto de trabajo hasta que la Administración empleadora, en el caso de los empleados estatutarios temporales, cumpla con el art. 9.3 de la Ley 55/2003, estudiando la posible creación de una plaza estructural para ser cubierta con un personal fijo; y en el caso de los funcionarios interinos, cumpla con el art. 10 del EBEP, estudiando igualmente la existencia de una necesidad estructural,

Ciertamente, las precitadas sentencias no indican cual es la consecuencia de que del estudio resulte que la plaza servida por el funcionario temporal/interino, sea una plaza estructural, aunque se deduce que en tal caso se cesará al empleado público temporal objeto del abuso, una vez que se provea la plaza estructural con un funcionario fijo o de carrera.

(i).-

Partiendo del máximo respeto y consideración que nos merecen siempre las resoluciones del Excmo. Tribunal Supremo, sin embargo, debemos manifestar respetuosamente nuestra discrepancia en el presente caso con las conclusiones que alcanza en estas sentencias, pues en nuestra opinión -y por supuesto, respetando siempre la de nuestro más Alto Tribunal-, las decisiones adoptadas en estas sentencias son incompatibles con la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo marco, toda vez que las medidas por las que se inclina nuestro Tribunal Supremo a nuestro juicio, no presentan garantías de protección de los empleados públicos efectivas y equivalentes acordes con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, ni sancionan debidamente el abuso producido, ni producen el efecto de eliminar las consecuencias de la infracción detectada, y desde luego, no garantizan los resultados fijados por la Directiva.

Así, discrepamos del contenido de estas sentencias -discrepancia basada en el respeto y en la máxima consideración a dicho órgano jurisdiccional-, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque lo que hace el Excmo. Tribunal Supremo en estas sentencias es perpetuar, de hecho, a los funcionarios públicos actores en la precariedad en el empleo, manteniéndolos precariamente en sus puestos de trabajo, en régimen de temporalidad abusiva, hasta que la Administración empleadora, en los términos de los artículos 9.3 de la Ley 55/2003 y 10 del EBEP, determine si existe una necesidad estructural que le obliga a proveer la plaza servida por el funcionario temporal con un empleado público fijo o de carrera (es indiscutible la existencia de esa necesidad estructural, porque los funcionarias de las sentencias llevaban 18 y 14 año de servicios continuados y porque así lo declaran las propias sentencias del TS, al concluir que se ha producido, en los casos analizados, un abuso al ser destinado el funcionario temporal a realizar tareas que no son provisionales, sino permanentes, estables y estructurales), cesando entonces al funcionario eventual o interino objeto del abuso.

Con ello, lo que el Excmo. Tribunal Supremo hace es perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para dichos funcionarios públicos que se encuentran en una situación de abuso en la temporalidad sucesiva, y en lugar de mejorar la calidad del trabajo y la protección de estos empleados públicos temporales, se infringe el objetivo y la premisa en la que se basa el Acuerdo marco, a saber que *“los contratos de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral”*, sin adoptar medida alguna de protección de los funcionarios objeto de un abuso incompatible con el Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70.

b) En segundo lugar, porque las sentencias -dicho sea con todo respeto- no distinguen entre lo que son las medidas de prevención para evitar el abuso en la contratación temporal sucesiva, que se contemplan en la cláusula 5.1, del Acuerdo marco, con lo que son las medidas sancionadoras, una vez que los abusos se han producido, establecidas en particular en la cláusula 5.2 del Acuerdo marco.

Es evidente que los artículos 9.3 de la Ley 55/2003 y el art. 10.1 del EBEP, en cuanto obligan a estudiar la existencia de una necesidad estructural y la conveniencia de proveer esta necesidad con un funcionario fijo de carrera, son medidas eficaces para prevenir y evitar en el futuro los abusos en la contratación temporal sucesiva, siempre y cuando se respeten los plazos máximos que establece la normativa nacional para proveer la plaza con un funcionario fijo de carrera y no se dé lugar abuso con la contratación temporal sucesiva.

Pero estas normas no son medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada una vez que el abuso se ha producido, pues (i) por un lado, ninguna pena, gravamen o consecuencia desfavorable resulta de estas medidas para la Administración empleadora que la “disuada” de seguir actuando irregularmente, abusando de la contratación sucesiva, ya que no se vería presionada o forzada para modificar su forma de actuar y podría seguir *in eternum* manteniendo en un régimen de precariedad en el empleo a sus empleados públicos temporales, simplemente, no realizando los estudios que propone el Tribunal Supremo,

destinándolos mientras tanto a tender de hecho necesidades duraderas, estables y permanentes; (ii) y, por otro lado, porque de estas medidas no se deriva ningún beneficio que proteja al trabajador público y lo compense por los perjuicios y la falta de protección que ha sufrido a consecuencia de la violación sistemática de sus derechos, manteniéndolo en un régimen de precariedad en el empleo que conlleva precariedad en la vida personal y familiar, y que impide la consecución de los objetivos de la Directiva.

c) En tercer lugar, porque al no imponer las sentencias ninguna sanción efectiva y disuasoria a la Administración empleadora responsable del abuso -más allá de que cumpla con su obligación legal de determinar si existe una necesidad estructural que deba ser cubierta por un funcionario fijo-, estos pronunciamientos son radicalmente contrarios a la cláusula 5 del Acuerdo marco, ya que, como indica el TJUE en su sentencia de 26 de febrero de 2015, asunto C-238/14, apartado 51, *“si bien un Estado miembro tiene derecho, al aplicar la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, a tener en cuenta las necesidades particulares de un sector específico, este derecho no puede entenderse en el sentido de que le permite eximirse de respetar, en relación con ese sector, la obligación de establecer una medida adecuada para evitar, y, en su caso, sancionar, la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.”*

Como dice Sentencia del TJUE, también de 14 de septiembre de 2016, recaída en los asuntos C-184/15 y C-197/15 *“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 efectivas 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»*

Por ello, incumbe a todas las autoridades del Estado miembro de que se trate, incluidas las autoridades judiciales, cerciorarse de que todos los trabajadores con contrato de duración determinada en el sentido de la cláusula 3 del Acuerdo marco, puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones pertinentes cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno, así como garantizar la observancia de la cláusula 5 del Acuerdo marco, de tal modo que nunca se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos en la relación temporal sucesiva (Vid Sentencias TJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki, apartados 83, 85 y 155; y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, apartados 26, 27 y 33).

Si se permite que las autoridades españolas puedan seguir extinguiendo los contratos temporales celebrados con abuso en su sucesión concatenada, con independencia de las irregularidades que en la celebración de estos contratos pudieran haberse cometido, se infringiría la doctrina comunitaria según la cual *“el Estado no puede obtener desventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión”*, 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.

d) En cuarto lugar, porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, apartados 54 y 55, ya se pronunció sobre la incompatibilidad del artículo 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, como medida sancionadora que cumpla los requisitos de la Cláusula 5 del Acuerdo marco, dictaminando que:

54 Ahora bien, aunque puede admitirse que, en principio, una normativa nacional que permite la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para sustituir personal a la espera de que se creen puestos estructurales puede estar justificada por una razón objetiva, la aplicación concreta de esa razón, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio, debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo marco

55 En el caso de autos, es necesario observar que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente. Por el contrario, se desprende de las afirmaciones del juzgado remitente que los puestos estructurales creados serán provistos mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente. Pues bien, esta normativa puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables, mientras que se desprende de las observaciones realizadas en el apartado 52 de la presente sentencia que en el Estado miembro de que se trata existe un déficit estructural de puestos de personal fijo.

e) En quinto lugar, porque el Tribunal Europeo, también se ha pronunciado (por ejemplo en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014, Asunto C-22/13 Mascolo), dictaminando que el hecho de que la renovación de los contratos temporales se efectúe a la espera de la conclusión de procesos selectivos no es suficiente para que esta normativa sea conforme con la Cláusula 5, si resulta que la aplicación concreta de la misma da lugar, de hecho, a una utilización abusiva de la contratación temporal, diciendo en esta sentencia Mascolo que:

108. (...) resulta que una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, aunque limite formalmente la utilización de contratos de trabajo de duración determinada a la realización de sustituciones anuales para plazas vacantes en las escuelas de titularidad estatal únicamente por un período de tiempo determinado hasta la conclusión de los procesos selectivos, no garantiza que la aplicación concreta de esta razón objetiva, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad de que se trata y los requisitos para su ejercicio, sea conforme con las exigencias del Acuerdo marco).

109. En efecto, a falta de una fecha concreta para la organización y la conclusión de los procesos selectivos que pongan fin a la sustitución y, por lo tanto, de un límite real en cuanto al número

de sustituciones anuales efectuado por un mismo trabajador para cubrir la misma plaza vacante, tal normativa, en infracción de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco, permite la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para atender necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, en razón del déficit estructural de puestos de personal titular en el Estado miembro afectado (...).

Es evidente que:

- si la potestad que tiene la Administración de convocar procesos selectivos para el acceso a la categoría de funcionario fijo de carrera no es una medida proporcionada, efectiva y disuasoria para sancionar el abuso producido en la contratación temporal sucesiva de los empleados públicos, en cuanto que no presenta garantías de protección de los mismos, ni de ella resulta ninguna consecuencia desfavorable para la Administración empleadora que pueda disuadirla de seguir abusando de la contratación temporal sucesiva, dependiendo además estas convocatorias de circunstancias aleatorias e imprevisibles (como puedan ser las posibilidades financieras del Estado o la apreciación discrecional de la Administración);
- tampoco la realización de los estudios pertinentes por parte de la Administración empleadora para determinar si existe, o no, una necesidad estructural que deba ser cubierta por un empleado fijo o de carrera, constituye una medida efectiva, proporcionada y disuasoria para sancionar el abuso producido en la contratación temporal sucesiva del empleado público que ha venido ocupando dicha plaza durante años consecutivos, desempeñando de modo permanente y estable las funciones propias de ese puesto de trabajo incluidas en la actividad normal del funcionario fijo de carrera, atendiendo a necesidades públicas que, de hecho, no tenían carácter provisional, ni excepcional, ni coyuntural, sino permanente, duradero y estable, cubriendo el déficit estructural de personal fijo.

f) Y en sexto lugar, porque las conclusiones que alcanza el Excmo. Tribunal Supremo en las sentencias que traemos a colación, son incompatibles con el pronunciamiento contenido en la sentencia de ese Tribunal de Justicia Europeo de fecha 14 de septiembre de 2016, Asunto C-184/15 y C-197/15, caso Florentina Martínez Andrés, sentencia ésta recaída precisamente en los procedimientos a los que se refieren las resoluciones del Tribunal Supremo, en las que ese Tribunal Europeo dictamina que:

1. *La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han*

celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

Se vulnera el Acuerdo marco en tanto que en el ordenamiento jurídico nacional, en el caso de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada con los empleados públicos y privados sujetos a derecho laboral, éstos se transforman, a tenor del art. 15 y la Disposición Transitoria 15ª del Estatuto de los Trabajadores, en empleados fijos por el mero hecho de haber prestado servicios en un plazo de 24 meses en un periodo de 30 meses, mientras que con carácter general en España no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho Administrativo, cuando es lo cierto que no existe ninguna medida sancionadora eficaz, proporcionada y disuasoria en el ordenamiento jurídico interno para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal y el TJUE tiene dicho (véanse, Auto TJUE de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, apartado 42; Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41; y sentencia de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, apartado 34). que *“para que la legislación nacional que prohíbe, en absoluto en el sector público, la conversión en un contrato de trabajo permanente de los contratos sucesivos de duración determinada pueda ser considerada compatible con el Acuerdo marco, el derecho interno del Estado miembro correspondiente deberá proporcionar, dentro de este sector, otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar el uso abusivo de contratos sucesivos de duración determinada”*.

(ii).-

En esta línea argumental, las sentencias **nº 1425/2018 y nº1426/2018, de 26 de septiembre**, del Excmo. Tribunal Supremo -una vez que constatan la existencia de un abuso en la contratación temporal de los funcionarios públicos recurrentes incompatible con la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo marco-, contienen dos pronunciamientos que indudablemente arrojan luz sobre la sanción que corresponde aplicar en nuestro país ante estos abusos en la contratación temporal sucesiva de personal estatutario temporal e interino por parte de las Administraciones Públicas españolas.

1) La primera de estas aseveraciones, es la de que en España una eventual indemnización económica no es una medida de protección de los empleados públicos que cumpla con los requisitos de la cláusula 5 del Acuerdo marco, en tanto que, como razona nuestro Tribunal Supremo (Vid página 46 de la sentencia nº 1425 y página 48 de la sentencia nº 1426) “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”.

Por tanto, en esta primera conclusión, el Tribunal Supremo ya está reconociendo de forma taxativa que la medida sancionadora a imponer a la Administración empleadora en caso de abuso en la relación temporal sucesiva mantenida con sus funcionarios públicos, en nuestro ordenamiento jurídico no puede consistir en una indemnización, pues ésta no cumpliría el requisito del Cláusula 5 del Acuerdo marco de ser una sanción disuasoria.

Y en tanto que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación indefinida no fija tampoco es una medida sancionadora que cumpla con la Cláusula 5 del Acuerdo marco (toda vez que el indefinido no fijo no deja de ser un funcionario público con contrato de duración determinada a los efectos de la cláusula 3.1 del Acuerdo marco, pues su nombramiento tiene un plazo final que lo determina “*la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”, como es, la provisión de la plaza o puesto de trabajo por un funcionario público fijo de carrera o su amortización, de tal forma que el indefinido no fijo queda sujeta a las mismas causas de cese -y por tanto, a la misma temporalidad- que un funcionario interino), en España, en caso de abuso en la contratación temporal sucesiva de un funcionario sujeto a derecho administrativo -al no ser la indemnización un sanción disuasoria-, en aplicación de la jurisprudencia citada del TJUE, no cabe más opción que la transformación de la relación temporal, en una relación fija equiparable a la de los funcionarios fijos o de carrera, con la misma estabilidad que estos últimos, sujetando el cese y extinción del contrato de trabajo o relación de empleo de unos y otros a las mismas causas, requisitos y procedimientos.

2) La segunda, que el Tribunal Supremo en estas Sentencias (Vid página 47 de la sentencia nº 1425 y página 49 de la sentencia nº 1426), falla que la indemnización prevista para el personal laboral privado en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores no rige y no puede aplicarse al personal funcional sujeto al derecho administrativo, diciendo el Alto Tribunal que: *“en esta línea, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.”*

En definitiva, si como dice el Tribunal Supremo en estas sentencias, la indemnización no es una sanción disuasoria que cumpla con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, no existiendo es el sector publico funcional nacional medida efectiva, proporcionada y disuasoria para sancionar los abuso en la contratación temporal sucesiva, devendría 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.

O lo que es lo mismo:

- No existiendo ninguna norma en el sector público español que presente garantías de protección de los empleados públicos con objeto de sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que según el propio Tribunal Supremo la indemnización, por su escasa cuantía, no sería una indemnización disuasoria, compatible con la Cláusula 5 del Acuerdo marco;
- Al no existir en el ordenamiento jurídico nacional medida efectiva para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada con los empleados públicos sujetos a derecho administrativo, la única medida posible a adoptar por las autoridades administrativas y judiciales para garantizar los objetivos y el efecto útil de la Directiva y de su Acuerdo marco, es la transformación de la relación estatutaria temporal abusiva en una relación estatutaria fija, y el mantenimiento del empleado estatutario temporal en su puesto de trabajo, bajo los principios de permanencia y estabilidad, en régimen de igualdad con los homónimos empleados estatutarios fijos o de carrera comparables, sujetando a los empleados públicos temporales objeto de un abuso a las mismas causas, requisitos y procedimientos de cese en sus puestos de trabajo que rigen para sus homónimos funcionarios fijos o de carrera comparables;
- Pues solo así, se sanciona debidamente el abuso en la relación temporal sucesiva, se eliminan las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión convirtiendo la contratación indefinida en la forma más común de relación laboral, y se cumplen los objetivos del Acuerdo marco de mejorar la calidad de trabajo de duración determinada, evitando la precariedad de los asalariados y garantizando la protección del personal temporal objeto de un abuso en su contratación, impidiendo que la Administración pueda seguir utilizándolo para privarle de los derechos que son propios del personal fijo.

Fdo: Javier Arauz de Robles