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

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

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

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

Directiva y que el indefinido no fijo no puede ser la sanción ante el abuso.

- Se acaba con el despido libre y gratuito pues, como sanción, el empleado temporal tiene derecho bien a la transformación de su relación temporal en una fija, bien a una indemnización disuasoria y completa, que necesariamente debe ir acompañada de otros mecanismos sancionadores efectivos y disuasorios.

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

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

Ahora bien, para que la indemnización pueda ser considerada una medida acorde con la Directiva: (i) Por un lado, debe ser completa y disuasoria y, por tanto, debe comprender, al menos, la misma indemnización que se establece

para el personal laboral en el E.T. y otra adicional, por pérdida de oportunidades de empleo y pérdida de ingresos; (ii) y, además, debe ir acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, sin que ésta pueda consistir en mantener al empleado público en régimen de precariedad. Mecanismo adicional de sanciones que no existe en nuestro país.

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

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

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

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

Y desde luego, si la normativa española estableciera como sanción la indemnización, previamente a convocar los procesos selectivos cada Administración empleadora deberá aprobar como decimos previamente la correspondiente partida presupuestaria, concretamente, en los Presupuestos de

2020, y la medida sancionadora disuasoria adicional que exige la AG en su informe

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

b) La Abogada General informa que es indispensable imponer una sanción en caso de abuso y que esta sanción no puede ser otra que, o bien la fijeza, o bien una indemnización, con dos requisitos para que ésta última pueda ser concebida como una medida ajustada a la Directiva 1999/70/CE.

- Uno, que la indemnización sea completa y disuasoria, por lo que debe comprender, cuanto menos, además de la indemnización prevista en el E.T. para el despido del personal laboral, otra adicional para compensar la pérdida de oportunidades y la pérdida de ingresos.
- Otra, que no basta la indemnización, sino que es necesario que la indemnización vaya acompañada de otro *"mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio"*.

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

c) En cualquier caso, como quiera que en España no existe ninguna norma legal que establezca una indemnización como medida sancionadora efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de la Directiva, y tampoco existe ningún mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio adicional (no hay multas), no cabe sino optar por la única alternativa posible: la de la fijeza, *"a falta de otras"*

posibilidades de sanción” (apartado 85 del informe de LA AG). Esto es, no cabe sino la transformación de la relación de servicios temporal en una relación de servicios fija. Y aquí nuevamente, en relación con la transformación de la relación de servicios temporal abusiva en una relación fija, caben igualmente dos alternativas:

- La fijeza como sanción individual e inmediata -léase automática- en caso de abuso en la contratación temporal de un empleado público, que es la tesis por la que opta el TJUE, entre otras muchas, **en su Sentencia de 25 de octubre de 2018, Asunto C-859/2018**, según la cual no existiendo en el Ordenamiento español medida alguna efectiva para sancionar el abuso incompatible con el Acuerdo Marco, no cabe otra opción que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, en cuanto que, habida cuenta que el personal laboral temporal del sector privado, según el art.15 del Estatuto de los Trabajadores, pasa a ser fijo automáticamente por el mero hecho de haber trabajado para el mismo empresario durante un plazo superior a 24 meses, la Cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a que no se sancione la utilización abusiva de contratación temporal sucesiva en el sector público mediante su recalificación automática en contratos fijos, si la relación laboral persiste pasada una fecha precisa, cuando no existe ninguna otra medida efectiva en España que sancione los abusos constatados en este Sector, y la negativa a esta transformación en este Sector puede suponer una discriminación entre los trabajadores privados fijos o de carrera y los temporales.

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

Sin embargo, esta propuesta que hace la Abogada General, en nuestra opinión, es incompatible con la Directiva (i) porque esta propuesta se opone de forma radical a la jurisprudencia de ese Excmo. TJUE (p.ej en su sentencia

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

En Madrid 23 de octubre de 2019

Fdo: Javier Arauz de Robles

