

EL FRAUDE EN EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS, SEGÚN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

BORJA SUÁREZ CORUJO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 61

Enero-Marzo 2017

Págs. 153 – 185

SUMARIO: I. Telón de fondo: una injustificada proporción de empleo temporal en España. II. El marco europeo del trabajo de duración determinada: la Directiva 1999/70/CE. III. La ofensiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra el uso abusivo del trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas. 1. La aplicación de la cláusula para prevenir los abusos en la utilización sucesiva de contratos (nombramientos). 1.1. El asunto Pérez López. 1.2. El asunto Martínez Andrés. 2. El principio de no discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinada: El asunto De Diego Porras. IV. Las consecuencias de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre en el ordenamiento jurídico español. V. A modo de conclusión.

RESUMEN: Tres recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, han llamado la atención sobre la utilización abusiva del empleo temporal en las Administraciones Públicas españolas. El presente artículo parte de un análisis de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, para a continuación examinar cada uno de estos pronunciamientos y su impacto en el ordenamiento jurídico español en dos esferas dentro del sector público: el nombramiento temporal de funcionarios interinos y personal estatutario en régimen administrativo, y la contratación del personal laboral. La proyección de esta última sobre el ámbito laboral privado es merecedora de una particular atención ante la repercusión que ha tenido el fallo del Tribunal de Justicia. Las primeras reacciones revelan una interpretación demasiado apegada al Derecho nacional ignorando la dimensión europea de la normativa aplicable.

PALABRAS CLAVE: Trabajo temporal; trabajador indefinido; contrato de trabajo; principio de discriminación; personal estatutario.

ABSTRACT: Three recent judgments of the European Court of Justice, on the 14th of September 2016, have called the attention on the abusive use of fixed-term employment contracts in Spain. This article starts by analyzing the objectives seek by the Council Directive 1999/70/CE concerning the framework agreement on fixed-term work. Then it examines each of the judgements mentioned and their impact on the legal regulation of public employment: fixed-term contracts for regulated staff and for employees. The attention is also drawn to the influence that this judgement could have in the private labour field. First reactions to the judgements show an understanding which relies too much on the national Law, setting aside the European dimension of the regulation concerned.

KEYWORDS: Fixed-term work; permanent worker; contrato de trabajo; principle of non-discrimination; regulated staff.

Fecha de recepción: 29/11/2016

Fecha de aceptación: 26/12/2016

«Era una situación miserable. Era completamente normal.
Lo normal se había vuelto finalmente insoportable»

Per Olov ENQUIST, *La partida de los músicos*

I. TELÓN DE FONDO: UNA INJUSTIFICADA PROPORCIÓN DE EMPLEO TEMPORAL EN ESPAÑA

Uno de los principales problemas endémicos del mercado de trabajo español es que la tasa de empleo temporal casi dobla la media de la Unión Europea. Su desmesurado peso –más de uno de cada cuatro trabajadores tiene un contrato temporal¹– produce «perniciosos efectos» en muy diversos planos, desde el individual (peores condiciones de trabajo, mayor vulnerabilidad, riesgo de enquistamiento de la temporalidad) al general (desequilibrio del mercado

1. Según la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre de 2016, la tasa de temporalidad se sitúa en el 26,9% [www.ine.es], el segundo más alto de la UE tras Polonia. España ha mantenido durante más de treinta años un porcentaje de empleo temporal muy elevado, superior incluso al 30% en algunos periodos.

laboral y lastre para la actividad económica)². Lo más grave es que nada indica que los cambios normativos de los últimos años –seguramente menos incisivos, pero en absoluto irrelevantes en esta materia– hayan corregido este mal. Más bien todo lo contrario: al igual que sucedió en crisis económicas anteriores, los datos parecen indicar que la recuperación de la actividad productiva y su plasmación en creación de empleo pasa por el incremento de la contratación temporal en cuanto primera opción para empresarios (y empleadores) cautelosos poco dispuestos a asumir el mayor compromiso que suponen los contratos indefinidos.

En el ámbito laboral (privado) se apuntan diversas razones para explicar esta anomalía cuyo origen hay que situar en mediados de los años ochenta. La *Ley 32/1984*³ introdujo una regulación de la contratación temporal como medida de fomento del empleo que permitía celebrar contratos de duración temporal (hasta un máximo de tres años) sin causa, es decir, que también podían utilizarse para cubrir tareas permanentes. Muy pronto se generalizó. Y cuando se produjo la rectificación que en esta materia supuso la *Ley 10/1994*⁴, las empresas se habían habituado ya a la utilización de contratos temporales sin necesidad de justificar su causa: hubo pues un trasvase hacia otras modalidades contractuales de carácter temporal a pesar de la falta de concurrencia de una causa de esta naturaleza.

Algunos creen (¿ingenuamente?) que se trata de un problema cuya resolución pasa por rebautizar esos contratos temporales como indefinidos a través de un contrato único. Otros ofrecen explicaciones sensatas (tipo de tejido productivo, peso de determinadas actividades económicas) que, sin embargo, sólo parcialmente sirven para una adecuada identificación de las causas de este grave problema. En realidad, hay señales claras desde hace mucho tiempo –bien identificadas por algunos expertos⁵– de que el origen del problema no es otro que el abuso en la utilización de la contratación temporal, esto es, el recurso (fraudulento) a estas modalidades de contratación para cubrir puestos de naturaleza estructural en la actividad de la empresa empleadora. Existe, en definitiva, una (mala) cultura empresarial que recurre de manera intensiva y en muchos casos injustificada a la contratación temporal, y frente a la cual los poderes públicos se limitan a articular respuestas excesivamente «leves» que apenas consiguen mitigar el problema.

2. Consúltense los trabajos de F.J. GÓMEZ ABELLEIRA («La contratación laboral temporal: balances y perspectivas») y de D. PÉREZ DEL PRADO («Los efectos de la temporalidad más allá del mercado de trabajo») en: AA.VV. (COORD. F.J. GÓMEZ ABELLEIRA) *El trabajo temporal: razones y alternativa. Un estudio multidisciplinar y comparado* [próxima publicación].
3. *De 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.*
4. *De 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación.*
5. Consúltense: CRUZ VILLALÓN, J. «La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual», *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 3, 2016, pp. 209 ss.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. «Mitos del mercado de trabajo», 26 de febrero de 2015 (<http://economistasfrentealacrisis.com/mitos-del-mercado-de-trabajo-espanol/>); y PÉREZ REY, J. *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004.

Lo cierto es que el tipo de causa que sustenta el contrato de trabajo es clave en nuestro sistema para el equilibrio de la relación laboral. Y en este sentido la estabilidad⁶ en el empleo del trabajador, derivado del reconocimiento del derecho al trabajo en el artículo 35.1 CE⁷, se presenta como un principio rector, vertebrador, del ordenamiento jurídico-laboral propio de un Estado social y democrático de derecho, y que como tal constituye un presupuesto básico para el efectivo ejercicio de los derechos laborales durante la vigencia del contrato.

De ahí que a lo largo de los últimos treinta años los sucesivos gobiernos, de distinto signo, hayan adoptado diversas iniciativas con el fin de corregir esta situación patológica. Bienintencionadas en su concepción, estas medidas han resultado ineficaces en la práctica –la significativa reducción de la temporalidad entre 2009 y 2013 fue consecuencia de la crisis y la destrucción de empleo– y a lo más que han servido es para reducir progresivamente la indemnización de los indefinidos con el pretexto de que la diferencia de coste extintivo entre ambos colectivos era la razón principal del recurso masivo a los contratos temporales. Quizá en otros países las actuaciones que aquí se han llevado a cabo podrían servir para hacer frente a estos problemas, pero es claro que han resultado manifiestamente insuficientes para forzar un cambio que destierre la «cultura de la temporalidad» de nuestro mercado laboral. Desde esa perspectiva, puede reprocharse al legislador español su incapacidad para plantear las respuestas ambiciosas que la magnitud del problema exigía. Dicho lo cual, sería injusto circunscribir los reproches a aquél eximiendo de responsabilidad a otros sujetos impotentes a la hora de encontrar vías para frenar el abuso (jueces) o protagonistas directos de esta práctica de contratación injustificada (Administraciones Públicas).

Precisamente en este ámbito de las Administraciones Públicas, en el sector público en general, la temporalidad del empleo constituye también un grave problema⁸. Sin ignorar las diferencias existentes entre los tres niveles territoriales de gobierno⁹, conviene diferenciar los dos cauces a través de los cuales

6. Así lo reconoce la jurisprudencia constitucional (véanse SsTC 22/1981, 20/1994, 192/2003 e incluso la más polémica STC 119/2014) a la luz del Convenio 158 de la OIT.
7. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la dimensión individual de este derecho al trabajo se concreta, entre otras manifestaciones, «... en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa» (STC 22/1981).
8. Al respecto: MALO, M.A. - GARRIDO, L. - CUETO, B. «El empleo público en España» (en: AA. VV. *Dos ensayos de actualidad sobre la economía española*, FUNCAS, Madrid, 2011, pp. 135 ss.). Véanse igualmente como informes de referencia que no han perdido vigencia pese al tiempo transcurrido: Consejo Económico y Social, *La temporalidad en el empleo del sector público*, CES, Madrid, 2005; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y personal eventual: La provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2004.
9. Hoy es la Administración General del Estado la que cuenta con el menor número de empleados y también de temporalidad debido a la progresiva reducción de sus efectivos y cambio de funciones por el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar en las últimas décadas. En paralelo, las Administraciones autonómicas, cuentan con la mitad de los empleados públicos del país con problemas propios de tem-

se canalizan estas formas de precariedad¹⁰. Cada uno de ellos –régimenes estatutarios de función pública y laboral– tiene sus propias particularidades a las que someramente me referiré enseguida. Pero antes interesa apuntar algunos aspectos comunes, predicables por tanto de las diversas relaciones de empleo público temporal.

Es habitual señalar como principal causa del exceso de temporalidad en las Administraciones Públicas la rigidez propia del sistema de función pública y, en menor medida, del laboral¹¹. Sin pretender cuestionar tal afirmación, creo que es obligado introducir algunos matices que pueden resultar útiles a la hora de plantear soluciones. Para empezar, quizá parte del enquistamiento del problema tenga que ver con la falta de culminación de los pasos iniciados con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público que habrían de contribuir, entre otras metas, a un uso más racional de las fórmulas de vinculación temporal. El desarrollo de las normas básicas del Estatuto, aún pendiente en la Administración General del Estado, debe establecer de manera precisa las funciones que deben ser reservadas al personal funcionario de carrera de aquellas otras que pueden ser atendidas por personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. En segundo lugar, más allá de las diferencias existentes con la esfera privada, es evidente a estas alturas que ha calado también en el ámbito público esa «cultura de la temporalidad» a la que antes me refería; una concepción anómala del factor trabajo que lleva a aceptar con normalidad que puestos de carácter estructural sean cubiertos con personal temporal, que válida prácticas de gestión que generan deficiencias en la provisión de puestos, y que parece olvidar el sentido de las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Por último, seguramente este exceso de temporalidad también es reflejo en muchas ocasiones de la ausencia de una cultura de planificación de los recursos humanos que analice las disponibilidades y necesidades de personal, de manera que las ofertas de empleo público sean la base presupuestaria estable y previsible para garantizar una dimensión adecuada de los servicios públicos¹². Las restricciones en las ofertas de empleo limitando la tasa de reposición de efectivos durante los años de crisis (y post-crisis) por el proceso de consolidación fiscal han agravado el problema de la temporalidad acudiendo a esta forma de provisión para atender necesidades permanentes o estructurales poniendo en riesgo el nivel de prestación de los servicios¹³.

poralidad en el empleo en áreas tan sensibles como la sanidad y la educación. En las entidades locales, con grandes diferencias entre ellas, el problema se presenta de manera semejante.

10. Sobre las particularidades de la precariedad del empleo público: BOLTAINA BOSCH, X. «Empleo público temporal en España: precariedad del modelo y recuperación del sistema (2010-2016)», *Documentación Laboral*, n.º 106, 2016, pp. 10 ss.
11. BOLTAINA BOSCH, X. «Empleo público...», *op. cit.*, p. 17.
12. Consejo Económico y Social, *La temporalidad...*, *op. cit.*, pp. 80 ss.
13. Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, R. «¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas», en: AA.VV. *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011, p. 66.

Por lo que respecta específicamente a las figuras temporales sujetas a un régimen administrativo, interesa aquí referirse, primero, en los funcionarios interinos (asunto *Castrejana*). Lo más problemático en este caso no es tanto el frecuente recurso a este tipo de nombramientos, sino que las situaciones de interinidad se prolonguen en el tiempo al dilatarse (o no llegar a celebrarse) la convocatoria de los correspondientes procesos de selección para cubrir las plazas con funcionarios de carrera, lo cual desemboca en la formación de grandes bolsas de personal interino. En parte, el recurso a esta figura tiene que ver, por inercia, con el menor coste que hasta la aprobación del EBEP y algunos fallos judiciales llevaba aparejado. Pero, sobre todo, refleja esa apuesta por la flexibilidad que aquí se refleja en un proceso más rápido y ágil de selección –con un indiscutible debilitamiento de los requisitos de igualdad, mérito y capacidad– y mucho menos garantista a la hora de rescindir el vínculo con el interino.

Una segunda figura sujeta a un régimen administrativo especial es el personal estatutario de los servicios de salud. La exigencia de plantillas extensas por el tipo de actividad desarrollada podría explicar un mayor peso de la temporalidad. Pero en la práctica se constatan dos tendencias aparentemente contradictorias¹⁴: una excesiva rotación en los puestos y, al tiempo, niveles elevados de antigüedad entre el personal temporal. Este último rasgo afecta, de un lado, al personal estatutario interino, y tiene que ver con los problemas y/o el uso estratégico de las ofertas de empleo público; y, de otro, al personal interino eventual, con la particularidad de que en este caso probablemente la (laxa) regulación constituye un importante factor explicativo del uso abusivo de esta modalidad¹⁵, como se pone de manifiesto en el asunto *Pérez López*.

La otra esfera del empleo público temporal se caracteriza por estar sujeta al régimen laboral (asunto *De Diego Porras*). Son mayores aquí los paralelismos con el fraude (o abuso) del sector privado¹⁶ y, por tanto, con la decisión de los gestores públicos de recurrir a estas modalidades contractuales para cubrir puestos que deberían ser atendidos por personal fijo. Ello causa «distorsiones en el empleo público»¹⁷ relacionadas con diversos aspectos que van

14. CCOO (PUIG-SAMPER MULERO, F.) «Alta temporalidad en la contratación e intensa rotación laboral en la sanidad pública», Colección Informes n.º 127, Fundación 1.º de Mayo, 2016.

15. Sólo como muestra, el que puede expedirse un nombramiento de carácter eventual «(c) uando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios» resulta suficientemente expresivo. Desde una perspectiva más general, sobre el papel de la regulación normativa como causa de la alta temporalidad en el ámbito de régimen administrativo: DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. «Las prestaciones de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas», *Documentación Laboral*, n.º 106, 2016, p. 101. Y de la misma autora, más extensamente: *Reformas laborales y Administraciones Públicas*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 34 ss.

16. Véase: BALLESTER PASTOR, M.A. «Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública», *Revista de Derecho Social*, n.º 75, 2016, pp. 14 ss.

17. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2016, 8.ª edición, p. 90.

desde la observancia de las exigencias constitucionales en el acceso hasta la sanción por las irregularidades en la contratación.

Dicho esto, lo curioso es que este desaguado nacional se produce en un ámbito en el que existe desde hace casi dos décadas una normativa europea¹⁸ que, como veremos, parte de un reconocimiento de la función desempeñada por la contratación temporal para garantizar la calidad de este tipo de empleo a través de la consagración de un principio de no discriminación y de medidas que persiguen limitar el abuso en la utilización de este tipo de modalidades contractuales. No sólo eso, el nivel de protección jurídica del empleo temporal es en España –al menos sobre el papel– uno de los más altos de la Unión Europea, únicamente por detrás de Francia, Luxemburgo y Estonia¹⁹.

En realidad, este desfase entre el grado de exigencia de la normativa y una práctica anormalmente generalizada vendría a probar esa utilización abusiva, poniendo de relieve que en buena medida no se trata de un problema de diseño jurídico –aunque, en parte, sí lo es en el campo de las relaciones administrativas estatutarias–, sino sobre todo de aplicación del Derecho. A la vista de estas circunstancias, no debe extrañar que la paciencia de las instituciones europeas –señaladamente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea– se haya agotado.

II. EL MARCO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: LA DIRECTIVA 1999/70/CE

La entonces incipiente consolidación de diversas formas de trabajo atípico explican que en los años noventa se impulsaran en el ámbito (europeo) comunitario algunas importantes iniciativas en esta materia²⁰ que, al tiempo que validaban la utilización generalizada de este tipo de fórmulas contractuales como primeras manifestaciones del nuevo mantra de *flexiseguridad*, trataban de canalizar su uso a través del reconocimiento de garantías a los trabajadores.

En materia de contratación (empleo) temporal, la iniciativa de referencia es la *Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada*. Sin pretender aquí un análisis exhaustivo de su contenido²¹, conviene en este pun-

18. Expresivamente F. SALINAS MOLINA titula un reciente trabajo sobre la materia: «La resurrección de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999», *Iuslabor*, n.º 3/2016.

19. Media OCDE: 1,72; España: 2,56; Alemania: 1,13; Países Bajos: 0,94; Italia: 2.

20. Una de ellas se refería a la contratación a tiempo parcial (*Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES*). La otra es la que aquí es objeto de examen.

21. Siguen siendo referencias bibliográficas imprescindibles sobre esta Directiva desde la perspectiva española: MORÓN PRIETO, R. «La regulación comunitaria de la contratación temporal (Comentario 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)», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 55, 2000, pp. 131 ss.; PÉREZ REY, J. «La incidencia de la directiva 1999/70 sobre contratación temporal», *Revista de Derecho Social*, n.º 10, 2000, pp. 107 ss.

to hacer algunas observaciones generales que es importante tener presente a la hora de interpretar la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cabría empezar por recordar que puede considerarse pacífico el criterio según el cual el ámbito de aplicación de la Directiva no se circunscribe al ámbito laboral privado, sino que se extiende también a las diversas formas de trabajo de duración determinada en el sector público²². A juicio del Tribunal de Justicia, sólo así se evita «... desvirtuar gravemente [su] eficacia...», pues en otro caso se estaría reservando a los Estados miembros «... la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección...» que la norma garantiza²³.

Por otra parte, la Directiva 1999/70/CE toma como punto de partida la consideración de que la contratación indefinida «... no sólo es la forma más común de relación laboral...», sino también la más deseable en la medida en que contribuye «... a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento» (considerando 6 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva).

Esta proclamación de la centralidad de los contratos laborales de carácter indefinido –que la doctrina del Tribunal de Justicia refuerza al considerar que este rasgo constituye un componente primordial de la protección de los trabajadores²⁴– no es obstáculo para reconocer un espacio de desarrollo para

22. Según la STJ, de 13.9.2007, as. del Cerro Alonso (C-307/05), apartado 25, las disposiciones de la Directiva y el Acuerdo Marco «... se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público». Reitera la línea ya marcada en otros pronunciamientos: SsTJ, de 4.7.2006, as. Adeneler (C-212/04), apartado 54 y 57; de 7.9.2006, as. Marrosu y Sardino (C-53/04), apartado 40 a 43, y 7.9.2006, as. Vassallo (C-180/04), apartado 32 a 35. De igual forma, específicamente referido a los funcionarios interinos la STJ, de 22.10.2010, as. Gavieiro e Iglesias (C-444/09 y C-456/09), apartado 66 [también STJ, de 8.9.2011, as. Rosado Santana (C-177/10), apartado 62], afirma que «(l)a mera circunstancia de que una disposición nacional como el artículo 25, apartado 2, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70 no excluye que dicha disposición pueda ser considerada una medida nacional de transposición de esta Directiva al Derecho interno». No es de extrañar, pues, la carta de emplazamiento remitida a España por la Comisión Europea el 15 de marzo de 2015 y el resto de actuaciones enmarcadas en un procedimiento de infracción en relación con los funcionarios interinos al que se hace referencia más adelante.
23. STJ, de 13.9.2007, as. del Cerro Alonso (C-307/05), apartado 29. Sobre este particular, *vid.*: VALLECILLO GÁMEZ, M.R. «El personal “indefinido no fijo” y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios financieros)*, n.º 404, 2016, p. 30. No faltan, sin embargo, voces autorizadas que advierten de problemas de contradicción «... entre la lógica administrativa que trata de asegurar la igualdad en el acceso a empleos públicos (...) y lógica «laboral» de la Directiva de evitar situaciones abusivas de precariedad indefinida» (RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M. «La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (I)», *Relaciones Laborales*, n.º 21, 2011, p. 91).
24. Véanse entre otras las SsTJ, de 22.11.2005 as. Mangold (C-144/04), apartado 64; de 4.7.2006, as. Adeneler y otros (C-212/04), apartado 62; de 3.7.2014, as. Fiamingo y otros (C-362-13, 363/13 y 407/13), apartado 55; y de 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, 63/13 y 418/13), apartado 73.

la contratación temporal a partir de la doble constatación de que estos tipos contractuales «... son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades...» y de que su utilización puede «... convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores» (considerando 7 del Acuerdo Marco). De este modo, se trata de normalizar el recurso a estas fórmulas de contrato siempre que esté basado en «... razones objetivas...» (considerando 8).

En esta línea, se consagra como objeto de la Directiva (Acuerdo Marco), de un lado, el respeto al principio de no discriminación como presupuesto para «... mejorar...» (¿garantizar?) «... la calidad del trabajo de duración determinada...»; y, de otro, el establecimiento de un marco de garantías que evite «... los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos...» temporales. Un breve comentario sobre estas dos previsiones –desarrolladas en las cláusulas 4 y 5, respectivamente del Acuerdo Marco– es obligado, no sin antes detenerse la caracterización del trabajo temporal.

Conviene, en efecto, destacar que la definición del «trabajador con contrato de duración determinada» recogida en la cláusula 3.1 del Acuerdo Marco se caracteriza por vincular de forma genérica la finalización de la relación laboral –o asimilada, según el Tribunal de Justicia–²⁵ a la concurrencia de «... condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento...». Se constata así que no hay propiamente una consagración del principio de causalidad en la contratación temporal en el ordenamiento jurídico europeo –algo que sí se produce implícitamente en el marco normativo español, artículo 15 ET–²⁶, sin perjuicio de lo cual se establecen las dos importantísimas garantías que se acaban de mencionar.

La cláusula 4 del Acuerdo Marco proclama el principio de no discriminación que, aplicado a las «condiciones de trabajo» (apartado 1 de esa previsión), supone prohibir un tratamiento menos favorable de los trabajadores con contrato de duración determinada respecto de los indefinidos comparables²⁷ por la mera condición contractual «... a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». Este concepto –que va a resultar clave en la resolución del asunto De Diego Porras– exige que el tratamiento desigual

25. Ya se ha hecho referencia a las relaciones de naturaleza administrativa como los funcionarios interinos. En cambio, la cláusula 2.2 del Acuerdo Marco excluye del ámbito de aplicación «... las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje...», así como las concertadas «... en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos».

26. PÉREZ REY, J. «La incidencia...», *op. cit.*, p. 109; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. «Los contratos de trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE)», en: AA.VV. *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, coord. J. GARCÍA MURCIA), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 287.

27. Sin perjuicio de las consideraciones que luego se harán, cabe recordar que el apartado 2 de la cláusula 3 del Acuerdo Marco define «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» como aquel que con ese vínculo indefinido realiza «... en el mismo centro de trabajo (...) un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña».

(desfavorable) de los temporales supere el triple test que supone responder a una necesidad auténtica, hacer alcanzable el objetivo perseguido y resultar indispensable para su consecución. Y añade la doctrina jurisprudencial que ello descansará sobre elementos concretos que reflejen «... la especial naturaleza de las tareas...» encomendadas, «... las características inherentes a las mismas...» o, en un plano distinto, «... la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro»²⁸.

Debe observarse como apunte adicional que, tal como reconoce el Tribunal de Justicia²⁹, esta cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada «... es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1...», previsión a la que se hace referencia a continuación. Téngase en cuenta que esta proclamación del efecto directo de aquella previsión es coherente con el tenor de la misma sin que la declaración del objetivo de mejora de la calidad del empleo de la cláusula 1 tenga mayor incidencia en este sentido.

Por su parte, la cláusula 5 del Acuerdo Marco se refiere a las medidas para evitar una manifestación concreta de abuso en la utilización de la contratación temporal: la sucesión o encadenamiento de contratos. Así, en caso de que no existan previsiones para prevenir este tipo de abusos, se conmina a los Estados miembros a adoptar de forma «efectiva y vinculante» alguna de las tres siguientes medidas (apartado 1 de la citada cláusula), teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores³⁰: la exigencia de razones objetivas que justifiquen la renovación de esas modalidades contractuales [letra a)]; la fijación de una duración máxima total de los sucesivos contratos [letra b)]; o la limitación del número de renovaciones de este tipo de contratos. Es evidente que el objetivo de estas disposiciones protectoras mínimas es evitar la precarización del trabajo de duración determinada³¹.

Dicho esto, el apartado 2 de la misma cláusula 5 del Acuerdo Marco reconoce a los Estados un importante margen de actuación³², pues queda en sus manos la determinación de cuándo esas vinculaciones contractuales merecen la calificación de «sucesivas» y en qué casos los contratos temporales se consideran celebrados por tiempo indefinido. Ahora bien, la doctrina del Tribunal

28. Por todas, véase la STJ, de 4.7.2006, as. Adeneler y otros (C-212/04), apartados 69 y 70.

29. Vid. STJ, de 15.4.2008, as. Impact (C-268/06).

30. En este sentido se pronuncian las SsTJ, de 23.4.2009, as. Angelidaki y otros (C-378/07 a C-380/07), apartado 74; de 26.1.2012, as. Küçük (C-586/10), apartado 26; de 13.3.2014, Márquez Samohano (C-190/13), apartado 42; de 3.7.2014, Fiamingo y otros (C-362/13, C-363/13 y C-407/13), apartado 56; de 26.11.2014, Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), apartado 74; y de 14.9.2016, as. Pérez López (C-16/15), apartado 28.

31. Reiterados pronunciamientos del Tribunal de Justicia así lo reconocen. A los citados en la nota 17 cabe añadir la STJ, de 4.7.2006, as. Adeneler y otros (C-212/04), apartado 63.

32. Véanse las SsTJ, de 3.7.2014, as. Fiamingo y otros (C-362-13, 363/13 y 407/13), apartado 60; y de 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, 63/13 y 418/13), apartado 78; y de 14.9.2016, as. Pérez López (C-16/15), apartado 28.

de Justicia ha limitado tal facultad al exigir que las medidas sean proporcionadas, efectivas y disuasorias, lo que se va a traducir en la observancia obligada de un doble principio: el de equivalencia, en la medida en que las previsiones no pueden ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno; y el de efectividad, por cuanto no deben imposibilitar ni hacer excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea³³.

Como cierre de este epígrafe, cabe señalar que las dudas acerca del acomodo de las normativas nacionales a lo previsto por la Directiva 1999/70/CE han dado lugar a la consolidación progresiva de una prolija doctrina del Tribunal de Justicia a la que España ha contribuido decisivamente por el tan característico uso patológico del empleo temporal. En tal sentido, podría afirmarse que los pronunciamientos que aquí se comentan resultan, en parte, menos novedosos de lo que la opinión pública ha dado a entender; o, si se prefiere, vienen a culminar –de momento– una línea jurisprudencial que deja al descubierto, y en una posición embarazosa, el abuso en la utilización del trabajo de duración determinada en nuestro país.

III. LA OFENSIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA EL USO ABUSIVO DEL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ESPAÑOLAS

La atención de este estudio se centra en tres sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de misma fecha, 14 de septiembre de 2016³⁴, e idéntico magistrado ponente (F. Biltgen). Aunque todas ellas afectan a relaciones contractuales/nombramientos en el ámbito del sector público –reflejo, qué duda cabe, del drástico ajuste en términos de empleo como consecuencia de una política de «consolidación fiscal»–, hay que diferenciar, por un lado, los dos pronunciamientos referidos a relaciones de trabajo de naturaleza administrativa (estatutaria) y, por otro, el que se ocupa de una contratación laboral en la Administración pública. En el primer caso, la controversia jurídica suscitada gira en torno a la aplicación de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco y, por tanto, a las medidas contempladas, en su caso, por el ordenamiento español para evitar el abuso en la utilización sucesiva de contratos (en este caso, «nombramientos» de carácter administrativo) temporales. Mientras que en el segundo supuesto, el litigio versa sobre la aplicación de la cláusula 4 y la posible vulneración del principio de no discriminación en el marco de la contratación laboral³⁵.

33. Véanse, entre otras muchas, las SsTJ, de 23.4.2009, as. Angelidaki (C-378/07 a C-380/07), apartado 159; de 3.7.2014, as. Fiamingo y otros (C-362-13, 363/13 y 407/13), apartado; y de 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, 63/13 y 418/13), apartado 76.

34. SsTJ, de 14.9.2016, as. Pérez López (C-16/15) ; as. Martínez Andrés-Castrejana (C-184/15 y 197/15); as. De Diego Porras (C-596/14).

35. No hay que desconocer dos autos posteriores, también de fecha (y ponente) coincidente, 21 de septiembre, que siguen la misma línea trazada por aquellos pronunciamientos.

Esta última circunstancia –la posible proyección de los efectos de la sentencia del asunto *De Diego* sobre las relaciones laborales en el sector privado– explica la extraordinaria repercusión de este pronunciamiento³⁶ y justifica una consideración más detenida del caso y de sus implicaciones en el ámbito laboral. Pero el análisis de los otros dos pronunciamientos es también necesario para completar la fotografía de un escenario de relaciones de trabajo asalariado (en régimen laboral y administrativo) carcomido por la temporalidad.

1. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PARA PREVENIR LOS ABUSOS EN LA UTILIZACIÓN SUCESIVA DE CONTRATOS (NOMBRAMIENTOS)

Las sentencias de los asuntos *Pérez López* y *Martínez Andrés-Castrejana* tienen su origen en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo (e Juzgado de Madrid n.º 4 y la sala del ramo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, respectivamente) que analizan, con algunas particularidades en cada caso, la (in)adecuación de la normativa española sobre contratación (nombramiento) temporal en el ámbito público a la previsión contenida en la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada. Analicemos brevemente su contenido.

1.1. *El asunto Pérez López*

A lo largo de un periodo de más de cuatro años, Pérez López prestó servicios como enfermera en el Hospital Universitario de Madrid a través de sucesivos nombramientos (ocho) como personal estatutario temporal de carácter eventual que se celebraron al amparo del artículo 9.3 de la *Ley 55/2003*³⁷ como servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria con el fin de garantizar la atención asistencial en el citado hospital. Tales nombramientos tuvieron una duración de tres, seis o nueve meses, siempre con el mismo contenido, y se desarrollaron sin solución de continuidad a lo largo de un periodo de más de cuatro años.

A partir de estos hechos, sucintamente expuestos, el juzgado de lo contencioso-administrativo que vino a conocer de la reclamación planteada por la afectada formuló cuatro cuestiones prejudiciales a propósito de la alegación de que los sucesivos nombramientos correspondían en realidad a una actividad permanente. De esas cuestiones aquí interesan dos. Una (la primera), relativa a la posible vulneración del Acuerdo Marco (cláusula 5.1) por parte del mencionado artículo 9.3 de la norma española (*Ley 55/2003*), en la medida en que esta última previsión podría favorecer la utilización abusiva de nombramientos

36. Téngase en cuenta que, según el INE (Encuesta de Población Activa, 2016, tercer trimestre), entre la población ocupada hay más de 4,1 millones de trabajadores asalariados con contrato temporal, casi el 27% del total (casi 9 de cada 10 prestan servicios en el sector privado). Una situación patológica que parece agravarse a la vista de que sólo en 2016 se hayan celebrado más de 18 millones de contratos temporales.

37. *De 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.*

sucesivos de carácter temporal al concurrir las siguientes circunstancias: no fijar una duración máxima total de este tipo de nombramientos, ni limitar número de renovaciones; dejar a la libre voluntad de la Administración Pública la decisión de crear plazas estructurales en casos de realización de más de dos nombramientos por un periodo de al menos doce meses a lo largo de dos años; y permitir nombramientos de carácter eventual sin exigir una causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que los justifique. Y otra (la tercera), relacionada con la aplicación del mismo precepto del Derecho español cuando se realizan más de dos nombramientos para la prestación de idénticos servicios durante un tiempo acumulado de doce o más meses en un periodo de dos años.

El razonamiento del Tribunal de Justicia comienza por recordar el contenido de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco en el que se «... impone a los Estados miembros (...) la adopción efectiva y vinculante...» de algunas de las medidas enumeradas en aquella previsión para la protección de los trabajadores. Reitera en esta línea una doctrina muy consolidada –y a la que ya se ha hecho referencia *supra*– por la cual se reconoce a los Estados un margen de actuación apreciable en la concreción de tales medidas con observancia de dos límites: los principios de equivalencia y efectividad.

Sin desconocer que es el órgano nacional remitente a quien corresponde «... apreciar si los requisitos de aplicación y la ejecución de las disposiciones pertinentes del Derecho interno...» –el artículo 9.3 Ley 55/2003, en este caso–, el Tribunal de Justicia reivindica su papel (activo) en el marco de un procedimiento prejudicial para realizar precisiones que puedan servir de orientación al órgano nacional a la hora de dilucidar si el derecho interno es respetuoso o no con la Directiva³⁸. Así, visto que el artículo 9.3 Ley 55/2003 no establece una duración máxima total para la sucesión de nombramientos [letra b) de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco] y que tampoco limita el número de renovaciones [letra c)], se pregunta si cabe considerar que lo previsto en aquel artículo puede constituir «razones objetivas» [letra a), siempre de la misma cláusula] que justifiquen la renovación sucesiva de nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública.

Con carácter general, la sentencia reitera la doctrina según la cual no cabe apreciar la concurrencia de una razón objetiva por la mera existencia de una disposición de derecho interno que se limite a «... autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria...» ese encadenamiento de nombramientos, en este caso³⁹; sino que se exigen «... circunstancias específicas y concretas...» de la actividad ya mencionados.

38. Apartado 36. Previamente: SsTJ, de 7.9.2006, as. Vasallo (C-180/04), apartado 39; de 3.7.14, as. Fiamingo (C-362/13, C-363/13 y C-407/13), apartado 68; 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), apartado 83.

39. Apartado 39. Se reitera el criterio ya expresado en las SsTJ, de 23.4.2009, as. Angelidaki y otros (C-378/07 a C-380/07) apartado 97; de 26.1.2012, as. Kucük (C-586/10), apartado 28; y de 13.3.2014, as. Márquez Samohano (C-190/13), apartado 46.

Por eso desciende a continuación al caso particular apreciando que, en principio, la regulación contenida en el artículo 9.3 Ley 55/2003 huye de esa autorización genérica⁴⁰. Por un lado, el precepto precisa los requisitos concretos que permiten los nombramientos de carácter eventual del personal estatutario temporal ante la necesidad de atender necesidades provisionales⁴¹. Y, por otro, contempla de seguido una limitación al encadenamiento «contractual» (de nombramientos) previendo que en el caso de que se realicen los mismos servicios durante más de doce meses en un periodo de dos años en virtud de más de dos nombramientos, la Administración competente analizará las causas que justifican éstos con el fin de valorar si procede la creación de una plaza estructural (último párrafo del artículo 9.3 Ley 55/2003).

Reforzando esta apreciación inicial, el Tribunal de Justicia reconoce que la actividad de un sector tan sensible como el de la sanidad pública se caracteriza por la utilización de una plantilla de personal muy numerosa que hacen necesarias con mucha frecuencia sustituciones temporales por muy diversas causas de naturaleza transitoria y que justifican, en principio, la renovación de los nombramientos⁴². No hay objeción, pues, hasta este punto.

Pero entonces recurre por analogía a la sentencia del asunto *Márquez Samohano*⁴³ para advertir que la renovación de nombramientos de duración temporal no puede servir para «... para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo». Aunque la sentencia no lo hace explícito, la tarea de comprobar si concurren o no necesidades verdaderamente temporales («provisionales») incumbe a los órganos nacionales, y no al Tribunal de Justicia. Sucede, sin embargo, que en este caso se deduce del propio auto de remisión de la cuestión prejudicial «... que los sucesivos nombramientos de la Sra. Pérez López para garantizar los servicios hospitalarios no [parecían] responder a meras necesidades temporales del empleador». Y ello porque el propio órgano jurisdiccional remitente denuncia como «mal endémico» en el sector de los servicios de salud el recurso a la renovación sucesiva de nombramientos

40. Apartado 44, con reiteración de criterio ya expresado en las SsTJ, de 23.4.2009, as. Angelidaki y otros (C-378/07 a C-380/07) apartados 101 y 102; de 26.1.2012, as. Küçük (C-586/10), apartado 30; y de 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), apartado 91.

41. Los supuestos enumerados son: cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria [a)]; cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios [b)]; y para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria [c)].

42. Apartado 54. Véanse igualmente: de 26.1.2012, as. Küçük (C-586/10), apartado 34; y de 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), apartado 99.

43. STJ, de 13.3.2014, as. Márquez Samohano (C-190/13), relativo al caso de un docente universitario. En la misma línea se pronuncian las SsTJ, de 26.1.2012, as. Küçük (C-586/10), apartado 39; y de 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), apartado 101.

de personal estatutario temporal para la cobertura de puestos que en realidad son permanentes y estables⁴⁴.

A la vista de ello, el Tribunal de Justicia concluye que no puede aplicarse el artículo 9.3 Ley 55/2003 como si concurrieran las razones objetivas que exige la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco para justificar el encadenamiento de nombramientos temporales. Y aunque reconoce que una medida eficaz contra el abuso podría ser la previsión de que la Administración afectada decida crear puestos estructurales ante este tipo de situaciones⁴⁵, constata que no es así en este caso, pues no existe una obligación como tal sino una mera posibilidad. De hecho, el auto de remisión de la cuestión prejudicial también le sirve para denunciar una práctica en la que se da cobertura a los puestos estructurales mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin ninguna limitación, de manera que «... la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente» (apartado 55).

En definitiva, los requisitos establecidos por la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco no amparan la aplicación del artículo 9.3 Ley 55/2003 para entender que en la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada concurren razones objetivas siendo, en realidad, las necesidades permanentes y estables, y sin que exista ninguna obligación de crear puestos estructurales a pesar de la falta de puestos fijos en el sector.

1.2. *El asunto Martínez Andrés/Castrejana*

La segunda de las sentencias del 14 de septiembre relativas a la interpretación de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco resuelve dos litigios acumulados que se originan en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El primero de los casos es muy similar al descrito en el asunto Pérez López, pues se trata de la sucesión de prórrogas (hasta trece) de un nombramiento como personal estatutario temporal eventual para el desarrollo de las mismas funciones de auxiliar administrativo en el ámbito sanitario a lo largo de un periodo de más de dos años y medio. Sin más motivación que una genérica mención a las necesidades del servicio, tales nombramientos se llevan a cabo al amparo del artículo 9.3 Ley 55/2003. Por su parte, el otro caso se refiere a un arquitecto que prestaba servicios para el Ayuntamiento de Vitoria. Lo hacía inicialmente en régimen laboral, siendo nombrado posteriormente funcionario interino, una condición que

44. Apartado 50. El juzgado remitente estima que alrededor de un 25% del total de 50.000 plazas de personal facultativo y sanitario en la Comunidad de Madrid prestan servicios en estas condiciones. A partir de microdatos de la EPA, un informe reciente CCOO señala que en la sanidad pública hay 193.000 empleados temporales que representan un 31,6% del personal total en ese ámbito (PUIG-SAMPER MULERO, F. «Alta temporalidad...», *op. cit.*, p. 4).

45. Resulta curioso que haga una referencia en este punto a la sanción consistente en la conversión de un contrato de duración determinada en una relación laboral de carácter indefinido. Aunque esto no se plantea en este caso, va a ser un aspecto central de la sentencia del asunto Martínez Andrés-Castrejana.

mantendrá –siempre realizando las mismas funciones– desde enero de 1998 a diciembre de 2012.

Ante la posibilidad de que en ambos supuestos se haya producido una utilización abusiva de la contratación temporal, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea tres cuestiones prejudiciales. De ellas aquí interesan principalmente las que giran en torno a dos aspectos⁴⁶: primero, la compatibilidad con la previsión de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco de una regulación que ante supuestos de abuso en la contratación (nombramiento) en régimen de derecho administrativo no reconoce «... el derecho al mantenimiento del vínculo como indefinidos no fijos...» a diferencia de los contratados laborales de las Administraciones Públicas en idénticas circunstancias que son catalogados como indefinidos no fijos por sentencia judicial; y, segundo, la posible aplicación del principio de equivalencia por entender que la situación de los laborales, por un lado, y la del personal estatutario temporal eventual y de los funcionarios interinos, por otro, son similares a estos efectos.

En la primera parte del razonamiento de la sentencia, se reproducen las consideraciones realizadas en el asunto *Pérez López* respecto al margen de las autoridades nacionales a la hora de adoptar medidas efectivas para evitar la utilización abusiva de la contratación (o el equivalente nombramiento en el régimen administrativo) temporal sucesiva. Recuerda, en este sentido, la previsión del artículo 2 de la Directiva 1999/70/CE, en virtud del cual, los Estados quedan comprometidos a adoptar «... las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados...» por la citada norma, la lucha contra el abuso en el encadenamiento contractual en este caso⁴⁷. Y viene a reconocer que, al amparo del apartado 2 de la misma cláusula 5, una posible vía para la consecución de ese objetivo es la transformación de esas relaciones (nombramientos) temporales en otras de carácter indefinido.

Ahora bien, igualmente deja claro que tal solución –la consideración como relaciones contractuales de carácter indefinido– no se impone a los Estados. Es más, acepta que las soluciones ofrecidas por el ordenamiento jurídico nacional sean distintas en función de la pertenencia del empleador al sector privado o al público⁴⁸; una apreciación que, en principio, podría también validar una diferente sanción dentro del ámbito público en función del régimen laboral o administrativo de que se trate, incluso cuando ello supone no contemplar en el segundo caso –el régimen administrativo, que es el afectado en el

46. La tercera de las cuestiones prejudiciales se refiere a un aspecto relativo a los mecanismos previstos en el ordenamiento español para garantizar la tutela del Derecho de la Unión Europea: la trasgresión del principio de efectividad al forzar al trabajador víctima del abuso en la sucesión de nombramientos temporales a acudir a un nuevo proceso para reclamar la imposición de la sanción oportuna. Sin desconocer la relevancia del asunto, se considera desligado del tema central aquí analizado.

47. Apartado 38. En igual sentido: SsTJ, de 4.7.2006, as. Adeneler y otros (C-212/04), apartado 102; de 7.9.2006, Vassallo (C-180/04), apartado 38; y de 3.7.2014, Fiamingo y otros (C-362/13, C-363/13 y C-407/13), apartado 64.

48. Apartado 40. Recoge el criterio ya expresado por las SsTJ, de 7.9.2006, as. Marrosu y Sardino (C-53/04), apartado 48, y de idéntica fecha, as. Vasallo (C-180/04), apartado 33.

litigio— la conversión en indefinido de relaciones temporales sucesivas. Lo que se exige en todo caso —según reiterada jurisprudencia⁴⁹— es que las medidas adoptadas sean realmente efectivas para evitar y, en su caso, sancionar el comportamiento abusivo descrito.

Dicho esto, la valoración de la efectividad («... en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución...» de las disposiciones nacionales son efectivas) es una tarea que se encomienda al órgano jurisdiccional remitente. Pero, al igual que en el asunto *Pérez López*, el Tribunal de Justicia reivindica su facultad de orientar al citado órgano, para lo cual se sirve, en este caso, de las apreciaciones ya manifestadas en el auto que eleva la cuestión prejudicial en el siguiente sentido.

La sentencia parte de la constatación de un uso abusivo de la sucesión de relaciones de servicio de duración determinada, para a continuación poner de manifiesto el contraste entre dos tipos de respuesta. Una, de eficacia probada a ojos del tribunal remitente, es la prevista para los empleados públicos sujetos al régimen laboral: a partir de una creación jurisprudencial del Tribunal Supremo, se consagra «... el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo» a través de la figura del denominado «indefinido no fijo». La otra, por contraste, no resulta efectiva puesto que excluye al personal de las Administraciones Públicas que presta servicios en régimen administrativo de la anterior solución, sin ofrecer ninguna medida alternativa que garantice la observancia de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, a saber: «... velar por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional»⁵⁰.

Ante la constatación de que el personal en régimen administrativo no recibe una protección equivalente y eficaz («... apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco...») respecto de los empleados públicos en régimen laboral, el Tribunal va a ir más

49. Apartado 41, con cita de las sentencias reseñadas en notas 35 y 36. En esta línea, a juicio de RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER Y CASAS BAAMONDE, lo que debía haberse cuestionado no era «... la diferencia de tratamiento entre el personal estatutario o funcionario temporal y la figura laboral del trabajador indefinido no fijo, sino si el tratamiento administrativo de la utilización abusiva de sucesivas relaciones o nombramientos de personal estatutario temporal eventual o de funcionario interino dispone de medidas efectivas y disuasorias para evitar o sancionar ese uso abusivo respetando las exigencias de la cláusula 5, apartado 1» («La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por «causa objetiva», y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, 2016, p. 854).

50. Apartado 52. Reitera el criterio ya expresado en la STJ, de 23.4.2009, as. Angelidaki (C-378/07 a C-380/07), apartado 165.

lejos: sugiere que tal objetivo podría lograrse a través de la aplicación a aquel colectivo de la misma solución que reciben estos últimos, esto es, la asimilación del personal sujeto al Derecho Administrativo que sufre el encadenamiento abusivo de nombramientos a la figura de creación jurisprudencial de los «indefinidos no fijos»⁵¹. En verdad, la solución propuesta produce cierta extrañeza cuando se repara en que el mismo Tribunal de Justicia había considerado que esta forma de sancionar los abusos en la contratación (laboral) temporal en el sector público era «ineficaz»⁵².

Como adenda, cabe hacer referencia a un aspecto que sobrevuela estos casos por causar directa o indirectamente las extinciones contractuales que originan las reclamaciones: la incidencia de la crisis económica y la consiguiente aplicación de una política de restricción presupuestaria. Esta cuestión aflora en otro pronunciamiento del Tribunal de Justicia de fecha aún más reciente: Auto de 21.9.2016, as. Rodica Popescu (C-614/15). En él se advierte en contra de las «... consideraciones de índole presupuestaria [que pueden] ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desee adoptar...», pero «... no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración terminada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1 del Acuerdo Marco»⁵³.

2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA: EL ASUNTO DE DIEGO PORRAS

Sin menospreciar las importantísimas implicaciones que las dos sentencias expuestas han de tener en el sector público y, en particular, en la contratación del personal de los servicios de salud, es el tercero de los pronunciamientos de 14 de septiembre de 2016 (asunto Diego Porras) el que mayor atención ha merecido⁵⁴. No en vano, aunque se ocupa de un caso de contratación la-

51. En palabras de J.M. MIRANDA BOTO, «(l)a invitación a *trasplantar* la doctrina social al contencioso-administrativo no puede ser más clara» («El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a una sentencia y a un auto recientes», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, 2016, p. 832).

52. Véase el Auto del TJ, de 11.12.2014, as. León Medialdea (C-86/14), apartado 50. Sobre el auto y sus implicaciones: SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. «Ineficacia de la conversión en *indefinido no fijo* en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE», *Temas Laborales*, n.º 129, 2015, pp. 219 ss.

53. Apartado 63, en el que se citan además las SsTJ, de 24.10.2013, as. Thiele Meneses (C-220/12), apartado 43; y de 26.11.2014, as. Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), apartado 110. Se cierra así la puerta a la realización de «... consideraciones dirigidas a evitar exponer al Estado, como empleador del sector afectado, a cualquier tipo de riesgo financiero» (mismo asunto Rodica Popescu, apartado 62).

54. En el escaso tiempo transcurrido son abundantísimos los trabajos que se han ocupado de la sentencia y de sus posibles implicaciones. Sin perjuicio de la cita de trabajos contenidos en este estudio, una panorámica de las aportaciones doctrinales pueden encontrarse en las diversas entradas del blog del profesor E. ROJO TORRECILLA (www.eduardorjotorrecilla.es), la última de las cuales es «Sigue la saga “TJUE, interinos y demás temporales” (III)»,

boral que afecta al sector público –una trabajadora vinculada al Ministerio de Defensa a través de sucesivos contratos de interinidad durante diez años–, en buena medida puede considerarse representativo de prácticas muy extendidas en el sector privado⁵⁵ por lo que su impacto puede ser extraordinario. En este caso la controversia afecta la cláusula 4 del Acuerdo Marco en la que se proclama el principio de no discriminación.

Los hechos enjuiciados se refieren a una trabajadora del Ministerio de Defensa que celebra varios contratos (laborales) de interinidad con el fin de sustituir a otra trabajadora «liberada sindical». El último de los contratos se prolonga por un periodo de siete años (desde 2005 a 2012) hasta su extinción por reincorporación de la sustituida a su puesto de trabajo. Dada la modalidad contractual de que se trata –contrato de interinidad al amparo del artículo 15.1, c) ET y artículo 4 del *Real Decreto 2720/1998*⁵⁶–, la resolución del contrato no lleva aparejado el pago de ningún tipo de indemnización, tal como establece el artículo 49.1, c) ET.

A partir de la reclamación interpuesta por la trabajadora afectada, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea cuatro cuestiones prejudiciales que tratan de dilucidar fundamentalmente si cabe apreciar discriminación entre los trabajadores (temporales) interinos y los indefinidos comparables al no preverse en la normativa española para los primeros ningún tipo de indemnización en el momento de la finalización del contrato, algo que sí se contempla para los segundos cuando la extinción se produce por causas objetivas. La controversia se circunscribe en este caso a la interpretación y aplicación de la cláusula 4 relativa al principio de no discriminación, un «principio de Derecho social de la Unión» cuya finalidad estriba –según una asentada jurisprudencia– en impedir que una relación laboral de duración determinada «... sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida»⁵⁷. Vayamos por partes.

La primera de las cuestiones planteada se pregunta si la indemnización por finalización del contrato temporal puede entenderse comprendida en la

a la espera del informe del grupo de expertos. Más aportaciones de la doctrina laboralista y nuevas resoluciones judiciales», 30 de diciembre de 2016. Igualmente destacable es la labor de seguimiento y análisis crítico realizado por el profesor I. BELTRÁN DE HEREDIA (ignasibeltran.com) y la reciente publicación por el profesor C. MOLINA NAVARRETE de la monografía MOLINA NAVARRETE, C. *El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañando el enredo*, Sepin, Madrid, 2016.

55. Se comparte, pues, el lamento de J. PÉREZ REY y A. BAYLOS GRAU para los cuales la sentencia «... nunca debió haberse dictado», pues «(l)a situación de la que parte es escandalosa, aunque no por ello infrecuente en la realidad cotidiana de nuestro mercado de trabajo» («La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo y el fracaso de la Reforma Laboral», *Mundo obrero*, n.º 299, octubre 2016).
56. *De 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.*
57. Apartado 26. Véanse igualmente las SsTJ, de 13.9.2007, as. Del Cerro Alonso (C-307/05), apartado 37; de 22.12.2010, as. Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres (C-444/09 y C-456/09), apartado 48; y de 13.3.2014, as. Nierodzik (C-38/13), apartado 23.

más genérica referencia a las «condiciones de trabajo» que hace la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Como recuerda BELTRÁN DE HEREDIA⁵⁸, nuestro Tribunal Supremo ha hecho una interpretación restrictiva de tal previsión que dejaría fuera de este concepto la indemnización controvertida⁵⁹, en la medida en que reconoce expresamente que el ámbito de aplicación de la Directiva «(n)o se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo...» por entender que el importe de las indemnizaciones en casos de despido forma parte de las «condiciones de empleo». Sin embargo, la sentencia analizada no tienes dudas a la hora de apreciar que el criterio aplicable a efectos de determinar la inclusión de este aspecto (indemnización por extinción) en el concepto de condiciones de trabajo es «... precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario»⁶⁰. Más allá de que la argumentación resulta escasamente convincente, tal es el presupuesto necesario para entrar en la consideración conjunta del resto de cuestiones prejudiciales relativas a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco⁶¹ que la sentencia sintetiza de la siguiente forma (apartado 32): ¿contraviene dicha disposición una normativa nacional que «deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables»?

Sin ánimo de entrar en el modo –quizá no siempre preciso– en el que se formulan las cuestiones prejudiciales, cabe apuntar que la sentencia comienza

58. Véase la entrada del 20 de septiembre de 2016 en su blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*: www.ignasibeltran.com

59. SsTS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) y 13 de mayo de 2014 (2214/2013).

60. Apartado 28, en el que cita además las SsTJ, de 12.12.2013, as. Carratú (C-361/12), apartado 35; y de 13.3.2014, as. Nierodzik (C-38/13), apartado 25. La sentencia del asunto De Diego Porras refuerza su argumentación trayendo a colación otros conceptos que la jurisprudencia ya ha reconocido como «condiciones de trabajo»: los trienios retributivos o las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada (apartados 29 y 30, con las correspondientes citas jurisprudenciales). No son los únicos precedentes, como recuerda: PRECIADO DOMÈNECH, C. H. «Comentario de urgencia a la SJUE de 14 de septiembre de 2016», *Revista Jurisdicción Social*, número especial (STJUE Asunto de Diego Porras), 2016, p. 25.

61. Son las siguientes: «2) ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas? 3) Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil? 4) No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?».

por identificar el ámbito de aplicación de la cláusula 4.1 aclarando que los colectivos comparables a efectos de valorar un posible trato discriminatorio son los trabajadores con contratos por tiempo indefinido, por un lado, y aquellos con contratos por tiempo determinado, por otro. De manera que queda excluido desde esta perspectiva el enjuiciamiento de las diferencias existentes dentro de los contratados temporales: se descarta así la consideración de la cuarta cuestión prejudicial en torno a la disparidad existente a efectos de indemnización entre los contratos temporales de obra/servicio determinado y eventuales (a los que se reconoce una indemnización de doce días por año trabajado), y el resto de modalidades temporales, entre las que expresamente se encuentra el contrato de interinidad [artículo 49.1, c) ET].

Dicho esto, la sentencia debería haberse detenido algo más en el análisis de la diferencia de trato. Quizá confundido por el modo en el que se formula la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia parece obviar que la indemnización correspondiente a la extinción del contrato por las causas objetivas previstas en el artículo 52 ET (o en el artículo 51 ET) también se aplica a todos los contratos temporales si se produce por una ineficacia sobrevenida previa a la consignada en el contrato⁶². Y lo mismo puede decirse de otros supuestos extintivos en los que el tratamiento de temporales e indefinidos es el mismo, por ejemplo, ante un despido disciplinario cualquiera que sea su calificación. Al Tribunal parece pesarle, sin embargo, que la vía extintiva habitual de los contratos de interinidad es la típica de esta modalidad, de manera que dirige su atención a analizar los dos aspectos claves para la aplicación del principio de discriminación consagrado en la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco: si las situaciones controvertidas son comparables, y si existe o no una posible justificación objetiva de la diferencia de trato.

Comenzando por la comparabilidad del trabajo realizado en virtud de un contrato temporal con el correspondiente a una relación de carácter indefinido, el Tribunal de Justicia busca apoyo en lo previsto por la cláusula 3.2 del mismo Acuerdo Marco (definición de «trabajador con contrato de duración indefinida comparable») y en la jurisprudencia sobre el particular. Recuerda que esa comparabilidad resulta de «... un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales...»⁶³. Y desde esta perspectiva una diferencia de trato como la concurrente en el supuesto enjuiciado –no reconocer indemnización alguna en los contratos de interinidad frente a la de veinte días de salario por año trabajo que se atribuye a los contratados indefinidos cuando se extinguen por causas objetivas– sería contraria al principio de no discriminación por este motivo, salvo que «... las

62. BELTRÁN DE HEREDIA, I. (www.ignasibletran.com, entrada del 20 de septiembre de 2016); GODINO REYES, M. «La sentencia del TJUE sobre indemnización por extinción de contratos de interinidad», 26 de septiembre de 2016 (<http://www.abogacia.es/2016/09/26/la-sentencia-del-tjue-sobre-indemnizacion-por-extincion-de-contratos-de-interinidad>).

63. Apartado 40. Reitera el criterio ya sostenido en las SsTJ, de 18.10.2012, as. Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11), apartado 42; y de 13.3.2014, as. Nierodzik (C-38/13), apartado 31.

funciones desempeñadas...» por la trabajadora interina «... no correspondieran a las de los trabajadores fijos» (apartado 41).

De nuevo aquí, el Tribunal de Justicia reconoce que la determinación de esta circunstancia incumbe al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial. Ahora bien, en un caso como el enjuiciado se pronuncia expresamente sosteniendo –con algunos saltos en la lógica del razonamiento⁶⁴– que el trabajo desempeñado por la contratada de forma temporal era «... análogo o idéntico al de un trabajador fijo»⁶⁵. No por casualidad resulta decisivo en tal apreciación el hecho de que la relación contractual de la trabajadora interina con el Ministerio de Defensa se prolongara durante siete años. En su opinión, además de demostrar la aptitud de la trabajadora para acceder al puesto de trabajo, ello pondría de manifiesto que «... efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo...» [el subrayado es propio]. Así las cosas, las condiciones de trabajo son comparables: pesa, por tanto, más la prolongación (excesiva) del contrato que la causa temporal de sustitución que inicialmente lo justifica⁶⁶. Y, por mor del Acuerdo Marco, tales condiciones no pueden ser distintas salvo que exista una justificación objetiva.

Esta exigencia de «razones objetivas» para justificar un tratamiento diferente a efectos de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco pasa, a ojos del Tribunal, por la existencia de una necesidad auténtica que permita alcanzar el objetivo perseguido y resulte indispensable al efecto. Siguiendo criterios jurisprudenciales consolidados⁶⁷, la sentencia considera que tal justificación no puede ampararse simplemente en que la diferencia de trato se encuentre prevista en una norma legal o un convenio colectivo; ni tampoco la mera naturaleza temporal de la relación contractual que, en otro caso, llevaría «... a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada»⁶⁸.

64. Críticamente al respecto: DESDENTADO BONETE, A. «¿Un miércoles de ceniza para la contratación temporal española? Reflexión breve sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de Diego Porras», *Revista de Información Laboral*, n.º 10, 2016. En la misma línea de I. BELTRÁN DE HEREDIA, considera que no es comparable la extinción de un contrato temporal por vencimiento del término con la que deriva de causas objetivas sobrevenidas. Y recuerda que este último criterio es el seguido por la Directiva 1998/59/CE, sobre despidos colectivos (*idem*).

65. Apartado 42. Con cita por analogía de las ya mencionadas sentencias recaídas en los asuntos Valenza y Nierodzik.

66. Un supuesto diferente es el dilucidado por la STJ, de 12.12.2013, as. Carmela Carratù (C-361/12), apartado 44, en la que el Tribunal niega que sea posible la comparación de un contrato temporal con otro indefinido a efectos de retribución e indemnización en un supuesto en que el primero de ellos se celebró de forma irregular.

67. Apartados 46 y 47. En ellos se citan las SsTJ, de 13.9.2007, as. Del Cerro Alonso (C-307/05), apartado 57; 22.10.2010, as. Gavieiro e Iglesias (C-444/09 y C-456/09), apartado 54 y 56; y de 8.9.2011, as. Rosado Santana (C-177/10), apartados 72 y 74; y de 18.10.2012, as. Valenza y otros (C-302/11 a C-305/11), apartados 50 y 52.

68. En esta línea hay que situar el aún más reciente Auto del Tribunal de Justicia de 21.9.2016, as. Santirso (C-631-15). No sorprende, por ello, que la imposibilidad de que los funcionarios interinos (con una relación de servicio de duración determinada) participen

En la misma línea, aunque más novedoso, la sentencia rechaza las alegaciones del Gobierno español que apuntaban a la diferencia existente en la naturaleza y el objeto de los dos tipos de contrato (indefinido e interino) respecto de su duración y de la expectativa de estabilidad⁶⁹. Pese a que el Tribunal no acaba el razonamiento en este punto, da la impresión de que la clave para desdeñar esta justificación es también la que se expone a continuación.

La sentencia viene a admitir que la naturaleza temporal de la prestación de servicios es un aspecto a tener en cuenta a la hora de valorar si concurren o no razones objetivas; y lo mismo sucede, desde la perspectiva contraria, con el hecho de que no se contemple ninguna indemnización por la finalización del contrato de interinidad. De manera que, en principio, la celebración de un contrato de interinidad para la sustitución de una «liberada» sindical podría ser esa justificación exigida. Pero lo relevante es que tales circunstancias no son razones objetivas «... por sí solas...» (de nuevo el subrayado es propio). Y ello porque –en lo que parece una denuncia de la generalización de un uso injustificado de la contratación temporal– esa previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad queda desvirtuada desde el momento en el que, en la práctica, ese contrato «... puede perpetuarse...», tal como sucedió en el caso enjuiciado donde la relación laboral se prolongó un total de diez años, correspondiendo siete de los cuales al último contrato. En fin, a lo anterior añade que la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad resulta contradictoria con el reconocimiento a otros contratos temporales de una indemnización por la finalización de la relación⁷⁰.

La conclusión es doble. El Tribunal de Justicia afirma, primero, que la normativa española vulnera la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco al denegar «... cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad...», mientras «... que permite la concesión de tal indemnización...» a otras relaciones contractuales «... en particular, a los trabajadores fijos comparables». Pero tan importante como esta apreciación es el segundo inciso, según el cual, «(e)l mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

En definitiva, cabe interpretar que la primera parte del fallo parece dejar claro –si atendemos a su tenor literal– que es contraria al Derecho de la Unión Europea (Directiva 1999/70/CE) por vulneración del principio de no

en un plan de evaluación de la función docente con la consiguiente mejora retributiva constituya una vulneración del principio de no discriminación consagrado en la cláusula 4.1. Sobre este importante auto: RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M. «De nuevo sobre la temporalidad en el empleo público y la Directiva 1999/70», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 10, 2016, pp. 951 ss.

69. Esas alegaciones parecen suscribir el argumento apuntado por la ya citada STS 22 de julio de 2013 (rec. 1380/2012) por el cual «... no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria».

70. Véanse los apartados 51 y 52 de la sentencia comentada.

discriminación la normativa española que no reconoce indemnización extintiva alguna a los contratos de interinidad (sustitución, en realidad) mientras que sí lo hace cuando se trata de contratos indefinidos. De esta afirmación, de otros pasajes de la sentencia y del modo en el que se formula la propia cuestión prejudicial podría concluirse que, en opinión del Tribunal de Justicia, debe equipararse la finalización del contrato de interinidad a un despido por causas objetivas con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Sin embargo, no debería pasarse por alto que la segunda parte del fallo apunta a un aspecto adicional que resulta clave en la interpretación: la referencia a la falta de una «razón objetiva» que pudiera justificar esa diferencia de trato.

El Tribunal de Justicia no cuestiona –no le corresponde a él su valoración, sino al órgano judicial español– la legalidad (nacional) de la trayectoria contractual antes descrita de la trabajadora afectada: no hay fraude porque se observaron los requisitos legales para la celebración de los sucesivos contratos de interinidad y porque la finalización de cada uno de estos respondió a la concurrencia de la causa prevista para ello. Pero da la impresión de que los magistrados no pueden aceptar que una normativa nacional ampare la celebración de contratos temporales (de interinidad, en este caso) durante diez años sin que al final de este periodo se reconozca a la afectada el derecho a algún tipo de indemnización que, en cambio, sí tendría en caso de que el contrato hubiera sido indefinido. Por eso entiendo que la clave de la sentencia no es tanto que la resolución de los contratos interinos no lleve aparejada indemnización alguna; sino que la trabajadora afectada en el caso enjuiciado hubiera sido contratada temporalmente como interina durante un periodo de tiempo tan prolongado⁷¹. Dicho en otras palabras, no existe en este caso la «razón objetiva» que podría justificar –como sucede en la inmensa mayoría de los países de la UE– una indemnización distinta a la de los indefinidos o incluso la ausencia de ella.

Lo anterior significa que en España, al igual que en el resto de países europeos –esto es fundamental, como veremos–, los contratos temporales que sí responden a esas «razones objetivas» pueden estar sujetos a una indemnización extintiva distinta a la correspondiente a los indefinidos, un criterio que se aplicaría a los interinos y también a cualquier otra modalidad de duración determinada. Lo que no tiene encaje en el Derecho de la Unión Europea es que la contratación temporal se utilice en la práctica para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador por mucho que formalmente se cumplan los requisitos exigidos para la celebración de este tipo de contratos.

71. Seguramente porque, como apuntan J. PÉREZ REY y A. BAYLOS GRAU, tan larga duración encubre, en realidad, un «déficit estructural de plantilla» («La sentencia...», *op. cit.*). En la misma línea, para FJ. GÓMEZ ABELLEIRA «(u)n contrato temporal no debe poder perpetuarse». A su juicio, «... en el fondo este parece ser el auténtico elemento motor de la decisión del Tribunal» («La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea *De Diego*», *Trabajo y Derecho*, n.º 23, 2016, p. 7).

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE SEPTIEMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La exposición del contenido de los tres pronunciamientos objeto de comentario permite anticipar la extraordinaria dificultad que ha de entrañar su aplicación. Como ponen de manifiesto los múltiples análisis de las sentencias (particularmente del asunto De Diego Porrás) que se han publicado hasta la fecha, las cuestiones suscitadas son múltiples y complejas, entre otras razones porque no resulta fácil interpretar determinadas afirmaciones del Tribunal ni algunos de sus silencios. Por eso, es muy probable que el esclarecimiento de estas preguntas exija la formulación de nuevas cuestiones prejudiciales⁷². En todo caso, es posible hacer un repaso de las primeras reacciones judiciales como base para intentar, al menos, extraer algunos criterios que sirvan para la interpretación del marco normativo.

Comenzando por la contratación (nombramiento) de personal en régimen administrativo –asuntos Pérez López y Martínez Andrés/Castrejana–, parece pacífica la conclusión de que el Tribunal de Justicia constata que no existen en el ordenamiento español las medidas contempladas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco: aquellas que resulten efectivas para sancionar la utilización abusiva de contratos (nombramientos) de duración determinada por parte de las Administraciones Públicas cuando se trata de personal estatuario temporal o de funcionarios interinos. Sin embargo, no son tan claras las consecuencias en el ordenamiento interno español, por dos razones fundamentales: una, la imposibilidad de aplicación directa de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco⁷³; y otra, la observación del Tribunal en el asunto Martínez Andrés-Castrejana de que sí existe una respuesta adecuada para combatir los abusos descritos en aquellos casos en los que los afectados tienen suscrita una relación laboral con la Administración correspondiente (el reconocimiento de la figura de indefinidos no fijos).

Es evidente que las sentencias constituyen una llamada de atención (más) acerca de la necesidad de introducir cambios normativos que adapten la normativa española sobre personal estatuario temporal eventual en los servicios de salud y de los funcionarios interinos para evitar lo que parece identificarse como un uso extendido de la sucesión de contrataciones (nombramientos) temporales⁷⁴, así como para garantizar en esos casos de abuso «... un siste-

72. Una cuestión prejudicial ha sido ya planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia [Auto 2 de noviembre 2016 (rec. 2279/2016)]: «A efectos del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos ¿deben considerarse «situaciones comparables» la extinción del contrato de trabajo por «circunstancias objetivas» ex art. 49.1 c) ET y la derivada de «causas objetivas» ex art. 52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, prohibida por la Directiva 1999/70...?».

73. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M. - CASAS BAAMONDE, M.^a E. «La igualdad...», *op. cit.*, p. 871.

74. No es suficiente avanzar «... a golpe de sentencia...» [VALLECILLO GÁMEZ, M.^a R. «El personal “indefinido no fijo” y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre

ma eficaz de reparación del daño que pueda ser puesto en práctica por el juez que conozca del asunto»⁷⁵. Desde esta perspectiva, no debe extrañar que la Comisión Europea haya abierto contra España la fase precontenciosa del procedimiento de infracción contemplado en el artículo 258 TFUE por incumplimiento de las obligaciones que le corresponden conforme al Acuerdo Marco anejo a la Directiva 1999/70/CE en relación con el colectivo de funcionarios interinos⁷⁶, si bien la actuación de la Comisión se refiere en este caso a la inobservancia de la cláusula 4 (principio de no discriminación) en lugar de la cláusula 5 que es la afectada por las sentencias.

A la espera de esa actuación normativa, tan imprescindible como complicada⁷⁷, cabe preguntarse por la respuesta que cabe dar a este tipo de prácticas abusivas mientras tanto⁷⁸. En este sentido, ya hay al menos dos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia sobre el particular.

Por orden cronológico, en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 30.9.2016 (rec. 250/2015) se resuelve una reclamación presentada por una auxiliar administrativa que desde el año 2000 había encadenado nombramientos de sustitución y eventuales para la cobertura de necesidades que resultan no ser provisionales. Y la sentencia lo hace siguiendo la «invitación» que parece contener el fallo del asunto Martínez Andrés-Castrejana, pues a pesar de tratarse de personal estatutario sujeto a un régimen administrativo se reconoce «... el derecho de la recurrente a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina (...) hasta tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria». Es decir que se apuesta por ofrecer una solución análoga en este ámbito a la figura del indefinido no fijo del campo laboral⁷⁹.

Por su parte, la STSJ de País Vasco (C-A) de 12.12.2016 (rec. 735/2013) –que resuelve el propio caso Castrejana– sigue la misma línea, si bien es aún

tradición y renovación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios financieros)*, n.º 404, 2016, p. 39].

75. MIRANDA BOTO, J.M. «El pésimo...», *op. cit.* 833.

76. En la carta de emplazamiento de 25 de marzo de 2015, la Comisión Europea apunta una serie de «agravios» sufridos por los funcionarios interinos respecto de los permanentes que, tras una carta de emplazamiento complementaria de 22 de julio de 2016, puede dar lugar a la emisión de un dictamen motivado conforme al artículo 258.

77. Apuntan RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER Y CASAS BAAMONDE que «(e)l Tribunal de Justicia reconoce la necesidad de conceder a las Administraciones Públicas márgenes de flexibilidad (...), pero lo que en modo alguno han admitido es la conversión de esa flexibilidad en una precariedad generalizada e incontrolada» («La igualdad...», *op. cit.*, p. 872).

78. Se han dado ya algunos pasos. El 25 de octubre pasado la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, integrada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y las Comunidades Autónomas, acordaron como respuesta a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea comentadas la creación de un grupo de trabajo con el fin de estudiar soluciones que permitan reducir la actual tasa de temporalidad del Sistema Nacional de Salud.

79. Recuerda MOLINA NAVARRETE que ya hay precedentes de esta solución (STSJ-Galicia 20.4.2016, rec. 528/2015); de hecho, la propia sentencia citada se refiere expresamente a la STSJ-Castilla-La Mancha 31.3.2014 («La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social [Estudios financieros]*, n.º 404, 2016, pp. 194 ss.).

más explícita al invocar la «... misma jurisprudencia consolidada en el orden social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos...» para «... anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza». Dicho lo cual, no faltan voces muy autorizadas que rechazan esta solución⁸⁰, cuyo comentario excede el objeto de estudio de este trabajo.

Por lo que se refiere a la otra dimensión del asunto –los abusos en la contratación temporal en régimen laboral en las Administraciones Públicas–, cabe empezar por señalar que el impacto de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Porras* puede ser incluso mayor por una doble razón.

De una parte, como enseguida veremos, la doctrina establecida en la sentencia no sólo resulta aplicable a la contratación temporal en la esfera pública, sino que podría también trasladarse al ámbito privado. Téngase en cuenta que en España se suscriben cerca de 1,7 millones de contratos temporales al mes. Y aunque quizá el impacto económico concreto podría no resultar tan alto como cabría en principio imaginar dada la corta duración de muchos de esos contratos⁸¹, las potenciales consecuencias en términos de conflictividad jurídica son extraordinarias. Y, de otra, la (relativa) inmediatez de estos efectos deriva de la circunstancia de que la cláusula 4 del Acuerdo Marco, que consagra el principio de no discriminación, resulta directamente aplicable cuando el implicado es el Estado, incluyendo a las Administraciones Públicas como empleadoras (eficacia directa vertical)⁸². Tratándose del ámbito privado cabe pensar en el carácter decisivo de la sentencia, no tanto como consecuencia de una discutible aplicación horizontal de la Directiva⁸³, cuanto por una interpretación con-

80. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. - CASAS BAAMONDE, M.^a E. «La igualdad...», *op. cit.*, p. 872. En cambio, comparte el criterio de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia: PRECIADO DOMÈNECH, C.H. *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, Bomarzo, Madrid, 2016, p. 87.

81. De enorme interés y originalidad resulta el análisis económico realizado por: DEL POZO SEN, A. «La equiparación de indemnización de temporales e indefinidos en números», 31 de octubre de 2016 (<http://economistasfrentealacrisis.com/la-equiparacion-de-indemnizacion-de-temporales-e-indefinidos-en-numeros/>). Llama la atención la denuncia que hace el autor de que, según la EPA, más de medio millón de asalariados con contrato temporal (527.000) llevan más de seis años en el mismo puesto de trabajo; a los que hay que sumar otros 344.000 más que se encuentran en la misma situación entre tres y seis años.

82. Sobre este particular, y desde la perspectiva de análisis de la sentencia comentada, véase: SEMPERE NAVARRO, A.V. «Texto y contexto de la STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 189, 2016, pp. 29 ss.; MOLINA NAVARRETE, C. «La contratación...», *op. cit.*, pp. 185 ss.

83. Recientemente nuestro Tribunal Supremo ha rechazado de forma explícita tal posibilidad. Pese a reconocer que en algún supuesto puntual (en concreto: SsTJ, de 22.11.2005, as. Mangold; de 19.01.2010, as. Küçükdeveci; de 13.9.2011, as. Prigge; y 19.04.2016, as. Dansk Industri (C-441/14)) «... el TJUE ha admitido la aplicación directa del derecho «regulado» por una Directiva, con posible invocación por y frente a particulares», precisa que «... propiamente no se consagra la «eficacia horizontal» de la Directiva, sino la «efi-

forme que obliga a analizar la posible aplicación del derecho interno adecuada a las previsiones de la Directiva⁸⁴.

En tal sentido, cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que la obligación de los Estados miembros de alcanzar los resultados previstos en una Directiva «... se imponen a todas las autoridades de los [citados] Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales». Una apreciación de la cual «... deduce que, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero»⁸⁵.

Cierto es que esta «interpretación conforme» no ofrece al órgano jurisdiccional nacional un margen ilimitado, pues además de observar los principios generales del Derecho, se rechaza que pueda «... servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional»⁸⁶. No debe extrañar por ello que alguna voz muy autorizada ponga en cuestión la aplicabilidad de esta regla de interpretación conforme al caso comentado «... dado el carácter inequívoco...»⁸⁷ de la norma nacional afectada [aquí el artículo 49.1, c) ET]. En todo caso, los argumentos que se ofrecen a continuación podrían servir para obviar esta objeción que dejaría como única vía de compensación para los afectados por el incumplimiento de la Directiva la exigencia de responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios causados.

cacia directa» del derecho que la misma regula y en tanto que el mismo está dotado de cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea»; con la particularidad, además, de que todos los casos mencionados se refieren al «... principio general de no discriminación por razón de edad, objeto de la Directiva 2000/98/CE y consagrado por el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...». No faltan, pese a todo, opiniones que defienden esa eficacia directa horizontal: PRECIADO DOMÈNECH, C. H. «Comentario de...», *op. cit.*, p. 33.

84. Como alternativa, en supuestos relacionados con el sector privado el TSJ de País Vasco ha planteado la eficacia directa horizontal del art. 21.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE [SsTSJ, de País Vasco, de 18.10.2016 (rec. 1872/2016), de 15.11.2016 (rec. 1990/2016) y 22.11.2016 (rec. 1991/2016)].
85. STJ, de 19.4.2016, as. Dansk Industri (C-441/14), apartados 30 y 31. En igual sentido: SsTJ, de 5.10.2004, as. Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01), apartados 113 y 114; de 19.1.2010, as. Küçükdeveci (C-555/07), apartados 47 y 48.
86. De nuevo la STJ, de 19.4.2016, as. Dansk Industri (C-441/14), apartado 32, en este caso con cita adicional de las SsTJ, de 15.4.2008, as. Impact (C-268/06), apartado 100; de 24.1.2012, as. Domínguez (C-282/10), apartado 25; de 15.1.2014, as. Association de médiation sociale (C-176/12), apartado 39.
87. DESDENTADO BONETE, A. «¿Un miércoles...», *op. cit.*, p. 7. Claro que el mismo autor deja abierta la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, al tiempo que reconoce el laxo uso que de este mecanismo interpretativo viene haciendo nuestro Tribunal Supremo (*idem*).

Siguiendo los primeros pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia⁸⁸, el asunto De Diego Porras plantea dos grandes cuestiones –y una miríada de otras más específicas– que, a su vez, pueden también ser desdobladas.

En primer lugar, el litigio que origina la cuestión prejudicial es finalmente resuelto por la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 5.10.2016 (rec. 246/2014) reconociendo una indemnización a la trabajadora interina de veinte días de salario por año trabajado, esto es, la correspondiente a la extinción por causas objetivas de un trabajador indefinido comparable. Seguramente éste era el resultado previsible, pero ello no significa que la argumentación jurídica sea ni mucho menos convincente. Así, la principal crítica estriba en que se identifica la causa extintiva (la incorporación de la trabajadora sustituida) «... con una estructura causal análoga...» a las previstas en el artículo 52 ET. Sin olvidar las obligaciones procedimentales que esta modalidad extintiva entraña *ex artículo 53 ET* –y que aquí no se observan–, cabe denunciar una alteración de la naturaleza del cauce para la extinción del contrato⁸⁹. Se incorpora así una lógica que podría llevar a entender que las contrataciones temporales son, en realidad, contrataciones indefinidas con una causa de resolución del contrato equivalente a las hoy contempladas en el citado precepto estatutario. Tal planteamiento resulta discutible: parece alinearse con la idea de un contrato único, cuando en verdad el Tribunal de Justicia camina en sentido contrario al blindar la contratación por razones temporales.

Más allá de este caso concreto, es obligado preguntarse también, como parte de este primer bloque, si la respuesta ofrecida por el TSJ de Madrid (la equiparación, a efectos indemnizatorios, con la extinción de un contrato indefinido por causas objetivas: el pago de veinte días de salario por año trabajado) es extensible a todos los contratos interinos dado que el artículo 49.1, c) ET no contempla ningún tipo de indemnización para los supuestos de finalización del contrato por el agotamiento de la causa que justificó la celebración del contrato. Tal como repasa MOLINA NAVARRETE, la opinión doctrinal más extendida es que debe reconocerse a todos los trabajadores interinos ese derecho a una indemnización de veinte días en la medida en que la ausencia de ésta supone un trato discriminatorio respecto de los trabajadores indefinidos que realizan, en este caso, las mismas funciones y resultan por ende comparables⁹⁰. Así lo estima también otros pronunciamientos judiciales sobre el particular⁹¹.

88. La utilidad de blogs como los de los profesores ROJO TORRECILLA y BELTRÁN DE HEREDIA para el seguimiento y comprensión de estos –y otras muchas novedades del ámbito jurisdiccional– merece, de nuevo, un sincero reconocimiento. Véase igualmente: DE LA PUEBLA PINILLA, A. «Incertidumbres y certezas en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales», FIDE, 10 de noviembre de 2016.

89. Desde esta perspectiva crítica, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y CASAS BAAMONDE consideran que el choque entre la cláusula 4 del Acuerdo Marco y el artículo 49.1, c) ET «... no convierte (...) en un despido objetivo...» la finalización del contrato de interinidad («La igualdad...», *op. cit.*, p. 867).

90. «La contratación...», *op. cit.*, p. 183. Algo menos rotundos son: RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. - CASAS BAAMONDE, M.^a E. «La igualdad...», *op. cit.*, p. 869.

91. Véanse las SsTSJ de País Vasco, de 15.11.2016 (rec. 1990/2016) y 22.11.2016 (rec.

Parece olvidarse, sin embargo, que una interpretación así supondría que esa obligación de equiparar temporales (interinos) e indefinidos afectaría a todos los Estados miembros, y no sólo a España. Lo cierto es que nada indica –más bien, todo lo contrario– que ésta fuera la intención del Tribunal de Justicia⁹². Se hace quizá una lectura que pone demasiado énfasis en la comparabilidad de las situaciones (indiscutiblemente tal requisito concurre en supuestos de contratación por interinidad) obviando la relevancia del otro requisito: la existencia de razones objetivas. Volveré enseguida sobre este asunto.

En segundo lugar, algunas sentencias se han pronunciado ya sobre la aplicación directa de este criterio de equiparación con los contratos indefinidos al resto de modalidades contractuales temporales. En concreto, los asuntos resueltos afectan a contratos de obra o servicio determinada, y a contratos eventuales, las dos modalidades temporales cuyo régimen jurídico prevé una indemnización extintiva de doce días de salario por año trabajado. Cabe a modo de ilustración hacer reseña de dos sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ambas de idéntica fecha: 18 de octubre de 2016.

Uno de los pronunciamientos (STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 18.10.2016, rec. 1690/2016) se refiere a un contrato de obra –vinculado a un proyecto de investigación– celebrado en el sector público y que se prolonga durante tres años. La sentencia reconoce el derecho a una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, en lugar de doce, por entender que tiene eficacia directa la cláusula 4 que consagra el principio de no discriminación entre temporales e indefinidos comparables. Dos aspectos ¿contradictorios? merecen un sintético comentario.

De un lado, en el pronunciamiento parece pesar el hecho de que esa modalidad de contrato se encuentra legalmente sujeta, como regla general *ex artículo 15.1, a) ET*, a un límite máximo de tres años, momento en el que se convierte en una relación de carácter indefinido. No es así en este caso por la aplicación de la Disposición Adicional 15.^a2 *ET* al estar vinculado a un proyecto de investigación. Cabría la duda de si esta circunstancia condiciona el fallo. En verdad, de otro lado, no lo parece a la vista de que el elemento central de la argumentación es que «... se produce una identidad en la objetivación de la causa», es decir, que la finalización del contrato de investigación «... es asimilable a la que se conoce como causa productiva»⁹³. Sin entrar a discutir la

1991/2016), ambas referidas a reclamaciones planteadas en el sector privado. En relación con el sector público destaca la STSJ de Asturias, de 2.11.2016 (rec. 1904/2016), caso en el que seguramente no es irrelevante que en este caso la vinculación contractual se hubiera prolongado durante más de ocho años.

92. SUÁREZ CORUJO, B. «La Unión Europea ante el fraude en la contratación temporal», *www.elpais.com*, 26 de octubre de 2016. Igualmente: GÓMEZ ABELLEIRA, FJ. «La crisis...», *op. cit.*, p. 10.

93. En el mismo sector público, otras sentencias también reconocen la indemnización de veinte días, con la particularidad de que se trata de contratos eventuales: SsTSJ de Andalucía (Málaga) 16.11.2016 (rec. 1515/2016 y 1411/2016; y rec. 1532/2016).

razonabilidad o no de la medida, implica un cambio de concepción de la contratación temporal cuyo encaje es dudoso en el actual marco legal.

Por lo que se refiere al segundo pronunciamiento (STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 18.10.2016, rec. 1872/2016), resuelve una reclamación relacionada con un contrato de obra/servicio determinado celebrado en el sector privado y cuya duración no pasa de siete meses. La sentencia sigue la tesis de la identidad de objetivación casual del caso anterior, siendo el resultado el mismo (reconocimiento de una indemnización de veinte, en lugar de doce, días de salario por año trabajado)⁹⁴ a pesar de que en este caso no cabe la eficacia vertical directa de la prohibición de discriminación prevista en la Directiva por no encontrarnos en el sector público. Como antes se apuntaba, este escollo es salvado buscando apoyo en el artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (prohibición de discriminación) como derecho originario que, en cuanto tal, goza de eficacia directa.

Esta base jurídica no parecería en principio discutible, pero no puede ignorarse que el Tribunal de Justicia en el asunto De Diego Porras expresamente rechaza que pueda aplicarse la Directiva a las diferencias existentes entre distintas modalidades de contratos temporales⁹⁵.

En todo caso, se aprecia de nuevo cierta precipitación a la hora de interpretar el fallo y la argumentación de la polémica sentencia del Tribunal de Justicia, pues se generaliza una solución que en verdad no pretende acabar con la contratación temporal en los Estados miembros, sino evitar los abusos en la contratación temporal, un problema mayúsculo en España. Siguiendo este razonamiento, y a la luz de la sentencia y del intensísimo uso que se hace de los contratos de obra/servicio y eventuales –más del 80% de todos los suscritos anualmente–, cabe entender lo siguiente. Aquellos contratos que, no siendo fraudulentos por observar las exigencias legales, tampoco respondan en realidad a una «razón objetiva» (de temporalidad vinculada a una obra o a una eventualidad) generarán el derecho a una indemnización de 20 días de salario, la correspondiente a un despido procedente por causas empresariales⁹⁶.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las tres recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, han provocado un terremoto sin precedentes en la disciplina laboral al denunciar la incapacidad de nuestro ordenamiento

94. En el mismo sentido, véase la STSJ de País Vasco, 22.11.2016 (rec. 2146/2016) referido a la extinción de contrato eventual. En cambio, la STSJ de Andalucía (Málaga) 16.11.2016 (rec. 1539/2016) rechaza el reconocimiento de dicha indemnización en un supuesto de extinción de un contrato de obra o servicio determinado.

95. MOLINA NAVARRETE, C. «La contratación...», *op. cit.*, p. 187.

96. Se comparte la línea de interpretación «ecléctica» defendida por: PÉREZ REY, J. - BAYLOS GRAU, A. «La sentencia...», *op. cit.*

jurídico para atajar un fenómeno generalizado de abuso en la utilización de este tipo de modalidades contractuales por tiempo determinado. Aunque los tres casos afectan al sector público, este anómalo funcionamiento se extiende también al ámbito privado, y exige por ello respuestas normativas que deberían tener presentes, a mi juicio, lo siguiente.

En general, lo que ponen de manifiesto estas sentencias es que tanto en la esfera de régimen administrativo como en la laboral nos encontramos, más que ante deficiencias del marco regulador de los contratos/nombramientos temporales (quizá con la excepción del personal estatutario eventual), ante un problema (falta) de aplicación de esa normativa. Y esto es algo que hay que tener muy presente a la hora de introducir reformas legales.

Segundo, hay ser conscientes de que el Tribunal de Justicia interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea y que, por tanto, todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se ven potencialmente afectados por esos criterios jurisprudenciales. Seguramente obsesionados por la patológica situación de nuestro mercado de trabajo (y empleo público), se ha tendido a hacer una lectura de la sentencia y en particular del fallo en clave exclusivamente nacional, olvidando la dimensión europea del asunto. Ello es particularmente evidente en los supuestos de contratación laboral (asunto *De Diego Porras*). Así, se pretende generalizar soluciones que sólo deberían aplicarse en casos singulares por muy numerosos que sean en la realidad española. Dicho de otra forma, es el abuso o la falta de justificación de la contratación temporal lo que justifica la aplicación de las garantías previstas por la Directiva 1999/70/CE; por eso, tales soluciones no pueden trasladarse a todos los contratos temporales (ni a todos los interinos, ni menos aún a todos los de obra/servicio determinado, eventuales, etc.), pues ello supondría obligar a todos los países de la UE a modificar su regulación normativa en esta materia⁹⁷ y, en última instancia, quizá acabar con la contratación temporal. Evidentemente, el Tribunal de Justicia no ha pretendido esto; más bien, ha buscado reforzar el contenido de la citada Directiva y del Acuerdo Marco anejo.

Tercero, la sentencia referida a la contratación laboral (en el sector público, pero igualmente aplicable al privado), asunto *De Diego Porras*, parece cerrar la puerta a una posible reforma que simplificara al extremo las fórmulas contractuales a través del denominado «contrato único». Resulta evidente que el Tribunal reconoce el sentido y justificación de la contratación temporal a través del blindaje de la exigencia de una «razón objetiva» –la causalidad en el caso español–. Y no debe olvidarse que la cláusula 8 del Acuerdo Marco anejo a la Directiva prohíbe que las disposiciones allí contenidas puedan constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en ese ámbito.

97. Véase al respecto en análisis comparado (Alemania, Reino Unido, Francia) contenido en la obra colectiva: AA.VV. (coord. FJ. GÓMEZ ABELLEIRA) *El trabajo temporal...*, op. cit., pp. 97 ss.

Cuarto, respecto de la contratación temporal en régimen de Derecho Administrativo, las sentencias (*Pérez López y Martínez Andrés-Castrejana*) plantean la necesidad urgente de un cambio normativo que sirva para combatir la precariedad del personal estatutario temporal de los Servicios de Salud y de los funcionarios interinos, un colectivo dispar y con diferente peso en las Administraciones Públicas. Que sectores tan importantes para la vida de los ciudadanos como el sanitario y el educativo se desarrollen en condiciones de trabajo tan precarias pone de manifiesto la extraordinaria profesionalidad del personal afectado.

Y, en fin, la sonrojante llamada de atención que representan las tres sentencias comentadas debería servir de acicate para atajar el lastre que supone para nuestra economía, empresas y trabajadores el recurso abusivo a la contratación/nombramiento temporal con el fin de cubrir puestos de trabajo de naturaleza permanente. Este es el gran reto que tenemos por delante y hay que tenerlo presente a la hora de plantear y llevar a cabo los imprescindibles cambios normativos.