

Doble Grau en Dret i Administració i Direcció d'Empreses
Treball de fi de Grau (21067/22747)
Curs acadèmic 2020-2021

**MESURES PER PREVENIR I SANCIONAR
L'ÚS ABUSIU DEL CONTRACTE D'INTERINITAT
A LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES**

**ANÀLISI JURISPRUDENCIAL A LA LLUM DE LA
CLÀUSULA 5 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE**

Jana Font Martínez
193657

Tutor del treball:
Alexandre de le Court



**Universitat
Pompeu Fabra
Barcelona**

DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Jana Font Martínez, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Jana Font Martínez
Barcelona, 28 de maig 2021

Resum: La Directiva 1999/70/CE del Consell de la Unió Europea, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord Marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada, en l'ordenament jurídic espanyol ha estat parcialment transposada. El freqüent ús del contracte d'interinitat per part de les Administracions Públiques juntament amb l'absència de mesures legals per tal de prevenir i, en el seu cas, sancionar els abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada en el sector públic, ha propiciat una temporalitat il·lícita preocupant. En aquest context, l'àmplia i, en ocasions, contradictòria, jurisprudència dels òrgans jurisdiccionals nacionals juntament amb les sentències dictades pel TJUE, han evidenciat la imperiosa necessitat d'introduir en la legislació actual disposicions concretes amb l'objectiu de prevenir i sancionar aquest ús abusiu. És per això que en base aquestes premisses, el present treball té com a propòsit principal analitzar si l'organització de processos selectius, la fixesa, la transformació en indefinit no fix i la concessió d'una indemnització poden constituir "mesures legals equivalents" d'acord amb la clàusula 5 de l'Acord Marc.

Paraules clau: Directiva 1999/70/CE, Acord Marc, contracte d'interinitat, AAPP, contractes successius, abús, raó objectiva, mesures legals equivalents, processos selectius, fixesa, indefinit no fix, indemnització.

ÍNDIX

1. INTRODUCCIÓ: LA PROBLEMÀTICA DE L'ALTA TEMPORALITAT A LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES	1
2. EL CONTRACTE D'INTERINITAT	4
3. LA DIRECTIVA 1999/70/CE: ANÀLISI DE LA CLÀUSULA 5 DE L'ACORD MARC	8
3.1 LA DIRECTIVA 1999/70/CE	8
3.2 LA CLÀUSULA 5 DE L'ACORD MARC	9
4. MESURES PER PREVENIR I SANCIONAR LA UTILIZACIÓ ABUSIVA DELS CONTRACTES DE DURADA DETERMINADA	12
4.1 LES MESURES PREVENTIVES ESTABLERTES PER L'ACORD MARC ...	12
4.2 LES POSSIBLES MESURES LEGALS EQUIVALENTS DE L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL	15
4.2.1 L'ORGANITZACIÓ DE PROCESSOS SELECTIUS	17
4.2.2 LA FIXESA	22
4.2.3 LA TRANSFORMACIÓ EN "INDEFINIT NO FIX"	29
i) Evolució jurisprudencial de la figura	29
ii) La durada inusualment llarga o injustificadament llarga	33
iii) L'indefinit no fix com a mesura legal equivalent i/o sanció efectiva .	36
4.2.4 LA CONCESSIÓ D'UNA INDEMNITZACIÓ	39
i) La regulació legal en l'ordenament jurídic espanyol	39
ii) La regulació legal en l'ordenament jurídic italià	45
5. ELS EFECTES D'UNA TRANSPOSICIÓ INCOMPLETA	46
6. CONCLUSIONS	50
7. BIBLIOGRAFIA I JURISPRUDÈNCIA	55

1. INTRODUCCIÓ: LA PROBLEMÀTICA DE L'ALTA TEMPORALITAT A LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

D'entre els drets constitucionals professionals específics que conté l'article 35 CE¹, el dret al treball va ser llegit en el seu moment, per la jurisprudència constitucional², com el dret individual a la permanència en el treball. D'aquesta interpretació, en deriva la idea de que la contractació laboral temporal, com a fenomen econòmic, social i jurídic, ha de configurar-se com una modalitat de contractació excepcional vinculada al principi de causalitat. Aquesta visió es troba avalada pels principis generals la Política d'Ocupació Europea i és la que inspira la Directiva 1999/70/CE del Consell de la Unió Europea, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord Marc de la CES³, la UNICE⁴ i el CEEP⁵ sobre el treball de durada determinada. Ara bé, la promoció en els anys 90 de la contractació temporal com a política de foment per a l'ocupació ha derivat a que Espanya, juntament amb la combinació de diversos factors, tingui la taxa de temporalitat més alta de la UE⁶.

Beltran de Heredia Ruiz, defineix la temporalitat il·lícita i abusiva en el mercat de treball espanyol com un fenomen desbordant, patològic i crònic. Aquest fet s'aguditza en el sector públic on de forma recurrent les Administracions Públiques (en endavant, «AAPP»), sota el pretext de la regulació legal que permet l'ús de la contractació temporal, han convingut de forma successiva relacions estatutàries i laborals temporals amb treballadors que, lluny de realitzar tasques urgents, ocasionals, transitòries i provisionals, en realitat, han ocupat el seu lloc per cobrir necessitats ordinàries del personal de l'Administració pal·liant així, un dèficit estructural que es manifesta en un elevat percentatge d'empleats públics temporals. Aquest fet ha comportat que inevitablement el personal temporal sigui un element essencial del funcionament del sector en qüestió, desnaturalitzant aquesta condició al no utilitzar-se per cobrir necessitats temporals o transitòries, sinó permanents.

¹ Artículo 35.1 CE: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

² STC 22/1981, Ple, de 20 de juliol.

³ Confederació Europea de Sindicats

⁴ Unió de Confederacions de la Indústria i dels Empresaris d'Europa

⁵ Centre Europeu de la Empresa Pública

⁶ EUROSTAT. *Part-time employment and temporary contracts - annual data*. La taxa de temporalitat d'Espanya l'any 2020 va ser del 24,2%. Xifra que contrasta amb la d'altres EEMM com França (15,3%), Itàlia (15,2%) i Alemanya (10,7%).

Les estadístiques demostren en aquests darrers anys una constant tendència a l'alça de la contractació temporal en el sector públic. Concretament, en el primer trimestre del 2021, segons les dades publicades per l'Institut Nacional d'Estadística⁷, en aquest sector consten com a assalariades 3.379.400 persones i gairebé un terç d'aquesta xifra total, són treballadors amb un contracte o relació laboral temporal. D'aquestes 1.033.700 persones, 398.700, cobreixen l'absència total o parcial d'un treballador, el que suposa un 38,57% dels contractes temporals i un 30% superior respecte el sector privat.

Cal també contextualitzar la situació, a arrel de la greu crisi econòmica que va començar a patir Espanya l'any 2008. La Llei dels Pressupostos Generals de l'Estat dels anys 2012, 2013 i 2014 va congelar totalment l'oferta d'ocupació d'aquests períodes amb l'objectiu de limitar la despesa pública i admetent-se en els anys precedents uns percentatges molt reduïts. La incidència d'aquestes decisions va ser directa ja que es va prohibir la incorporació de personal nou i les convocatòries de processos selectius per cobrir places vacants, encara que fossin de llocs ocupats interinament i en procés de consolidació de l'ocupació. Així, l'impediment legal que tenien les AAPP per convocar les places ocupades interinament, ha portat als tribunals a descartar, en determinats casos, que el retard en la cobertura definitiva dels llocs de treball ocupats per determinats treballadors amb contractes temporals, constitueixi frau de llei o abús de dret.

Amb tot, la inconformitat dels treballadors afectats traslladada als tribunals reclamant una solució i el plantejament de múltiples qüestions prejudicials per part dels jutges espanyols en aquests darrers anys, ha tingut la virtualitat d'evidenciar davant la col·lectivitat jurídica i social de la UE i l'opinió pública espanyola, els greus abusos que s'estan cometent, singularment per l'Administració pública com a empresari. No obstant, i anticipant una de les conclusions finals,

⁷ INE. Encuesta de población activa. Resultados nacionales. Ocupados. "3.83 Asalariados del sector público por sexo y tipo de contrato o relación laboral. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo" i "3.82 Asalariados del sector privado por sexo y tipo de contrato o relación laboral. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo".

Segons la metodologia de l'enquesta, el concepte d'assalariats o treballadors per compte d'altri es defineix com: "aquelles persones que treballen a canvi d'un sou, salari, remuneració, comissió o qualsevol altra retribució en metàl·lic o en espècie, per a un empresari (persona física o jurídica). Segons l'ocupador sigui públic o privat es pot parlar d'assalariats del sector públic o del sector privat". D'altra banda, el concepte de sector públic comprèn l'àmbit subjectiu que preveu l'article 2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic. En aquest sentit i a efectes del present treball, les xifres posseeixen un mer caràcter orientatiu tenint en compte que l'estadística no es restringeix a les administracions públiques (art. 2.3 Llei 40/2015) i la variable "cobreix cobreixen l'absència total o parcial d'un treballador" es refereix únicament a cobrir les absències sense incloure's per tant, els contractes d'interinitat per vacant.

la confiança dipositada en els òrgans jurisdiccionals s'ha vist frustrada davant la complaença jurisprudencial que, com a regla general, no ha sabut posar límit als abusos de les contractacions irregulars de les AAPP al no establir mesures efectives per evitar-lo. Convertint-se, així, en una addicional circumstància generadora de la situació actual.

Davant la necessitat urgent amb què cal abordar aquesta problemàtica, el present treball té com objecte principal l'anàlisi de diferents mesures legals equivalents que podrien adoptar-se per tal de prevenir i en el seu cas, sancionar, l'ús abusiu de successius contractes o relacions laborals de durada determinada en el sector públic. Amb aquest propòsit i partint de la base que en el Dret intern espanyol, pel que fa al sector públic, la Directiva 1999/70/CE no s'ha arribat a transposar, les possibles solucions que es plantegen al llarg de les següents pàgines, permetrien simultàniament la transposició completa de la Directiva en qüestió. En absència d'una regulació expressa, la jurisprudència ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se al respecte però, tal i com es posarà de manifest, a través d'un examen rigorós i detallat de diverses sentències, aquesta arriba a ser contradictòria i confusa. Altrament, els pronunciaments constants per part dels òrgans jurisdiccionals sobre aquests aspectes així com les últimes publicacions per part de la doctrina científica han suposat un repte en l'elaboració d'aquest estudi. Conscient d'aquesta continua actualització i amb la intenció d'haver efectuat un anàlisi el més ajustat possible a la situació vigent, el treball es desenvoluparà que a través del següent relat expositiu: en primer lloc, s'ha identificat que gran part dels treballadors afectats per la utilització abusiva de la contractació temporal són contractats per les AAPP a través de contractes d'interinitat, el que ha portat ha incloure un apartat sobre la regulació d'aquest tipus de contracte temporal i les seves diferents modalitats. La descripció del marc legal de la Directiva 1999/70/CE on s'inclou la clàusula 5 de l'Acord Marc que s'efectua a continuació, permet arribar a la part central del treball on s'analitza si l'organització de processos selectius, la fixesa, la transformació en indefinit no fix i la concessió d'una indemnització podrien constituir mesures legals equivalents per prevenir els abusos. Tot seguit, degut al fracàs per part del legislador a l'hora d'adoptar les disposicions necessàries per garantir el resultat de la citada Directiva, s'examina l'efecte directe de les directives i els requisits necessaris per tal que les disposicions puguin ser invocades pels particulars davant dels òrgans jurisdiccionals interns. En darrer terme, s'exposen les conclusions finals incloent possibles propostes que podrien considerar-se per tal d'obtenir, en última instància, la solució imprescindible que afrontés definitivament la problemàtica actual.

2. EL CONTRACTE D'INTERINITAT⁸

El concepte d'“empleat públic” que preveu l'article 8 de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (en endavant, «EBEP»), fa referència als diferents tipus de personal que presta els seus serveis a les AAPP on es distingeix entre personal funcionarial (de carrera i interí), personal laboral (fix, indefinit i temporal) i personal eventual. La tipologia d'empleats públics es tanca amb el personal directiu que conté una regulació específica a l'art. 13 EBEP.

El model de funció pública espanyol es caracteritza per la dualitat de règims jurídics que implica que la prestació de serveis s'efectuï a través de dos tipus de personal: funcionaris i laborals. Els primers, es vinculen amb l'AAPP mitjançant una relació administrativa mentre que als segons, els és aplicable l'EBEP, d'acord amb el que preveuen els articles 2 i 7 del propi Estatut, i en altres supòsits, es regeixen per l'ET i la resta de legislació laboral⁹ amb les matisacions efectuades pel TC i el TS. Així, al personal laboral de l'AAPP també els hi és d'aplicació determinades lleis que formen part de la funció pública com seria la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'Incompatibilitats del Personal al Servei de les Administracions Públiques.

La classificació dels empleats públics dimana inevitablement en una pluralitat de supòsits els quals cada un d'ells requereix un anàlisi individualitzat i diferenciat de la resta. Havent acotat el present treball a la contractació del sector públic i específicament als contractes de durada determinada, el focus principal es concentrarà en els contractes d'interinitat i puntualment, en el personal funcionarial interí. Segons el Butlletí Estadístic de personal al servei de les Administracions Públiques de juliol de 2020, el 22,48% del total de les AAPP el conformen personal laboral. L'excessiva i injustificada interinitat en el sector públic s'ha vist reflectida en els Tribunals i en l'àmplia jurisprudència dictada per aquests on en la majoria de supòsits

⁸ RAMOS MORAGUES, FRANCISCO. “Capítulo 2. Tipología de empleados públicos”. Las Relaciones laborales en el sector público. 1ª edició Tirant lo Blanch. 2019.

GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, IGNACIO. “Capítulo 4. Contrato de trabajo y modalidades de contratación laboral”. Manual de Derecho del Trabajo. 10ª edició. Tirant lo Blanch. 2020.

⁹ Al marge de la normativa aplicable al personal laboral, el règim jurídic ple d'especialitats al que estan sotmesos, ha portat a plantejar per la doctrina científica si es podria estar davant d'una relació laboral especial. En principi, al no incloure's la relació laboral d'ocupació pública en el llistat de relacions laborals de caràcter especial que enumera l'article 2 ET ni existir el seu reconeixement com a tal per una Llei (res preveu l'EBEP al respecte) això portaria a rebutjar tal possibilitat. No obstant, part de la doctrina ha admès l'existència de les denominades “relacions especials innominades” i autors com SALA FRANCO, T., MOLINA NAVARRETE, C. i LÓPEZ GÓMEZ, J. M. qualifiquen la relació laboral de l'ocupació pública com a especial.

resultats, l'abús en la contractació temporal per part de les AAPP s'efectua a través de contractes d'interinitat.

Concretament, el contracte d'interinitat es troba regulat en l'article 15.1 c) ET i és objecte de desenvolupament reglamentari en l'article 4 del Real Decret 2720/1998, de 18 de desembre, pel que es desenvolupa l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors en matèria de contractes de duració determinada. Aquest tipus de contracte temporal tal i com està configurat legal i reglamentàriament s'aplica en l'àmbit de les relacions laborals del sector públic al no haver-hi una previsió especial en el EBEP ni en cap altra norma legal que exclogui o condicioni la seva aplicació.

L'article 15.1 c) ET, així com l'article 4 del RD 2720/1998, contempla el **contracte d'interinitat per substitució** al indicar que un dels supòsits en què es poden subscriure contractes temporals és *“cuando se trate de sustituir a trabajadoras con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución”*. L'element essencial d'aquest tipus de contracte, que justifica i permet la contractació temporal d'un treballador, és la cobertura de l'absència d'un treballador amb dret a reserva del lloc de treball. Si bé el dret a la reincorporació es pot establir mitjançant una norma legal o reglamentària, per un conveni col·lectiu o per acord entre l'empresari i el treballador, cal tenir present que legalment s'exclou expressament la possibilitat de que l'empresari que en cas d'absències relacionades amb l'exercici al dret de vaga o suspensions per força major o causes econòmiques, tècniques, organitzatives i productives, pugui contractar a un substitut o interí per cobrir el lloc de treball del treballador absent. Com a requisits formals, el contracte ha d'identificar el treballador substituït i la causa de substitució, indicant si el lloc de treball a exercir serà el del treballador substituït o el d'un altre treballador de l'empresa que passi a exercir el lloc d'aquell. La durada del contracte s'estén des de la formalització del mateix fins a la reincorporació del treballador substituït. En aquest sentit, la jurisprudència ha precisat que també constitueix una causa d'extinció del contracte aquells casos en què el treballador absent no exerceix el seu dret a reincorporar-se al lloc de treball dins del termini legal o convencionalment establert o desapareix la causa que va donar lloc a la reserva del lloc de treball, sense que això suposi la conversió del contracte d'interinitat en indefinit.

L'escassa regulació que preveu l'art. 15 ET sobre el contracte d'interinitat va plantejar en el seu moment certa problemàtica respecte la norma reglamentària que conté un altre supòsit d'interinitat: **el contracte d'interinitat per vacant**. Aquesta submodalitat del contracte d'interinitat troba el seu règim jurídic propi en l'article 4 RD 2720/1998, on es preveu que *“el contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva”*. Si bé en un inici, doctrinalment, es va qüestionar la legalitat de tal configuració reglamentària, el contracte d'interinitat per vacant fou de creació jurisprudencial i en conseqüència, amb el beneplàcit tant de la Sala Social com la Contenciosa Administrativa del TS¹⁰, es va consagrar definitivament la doble modalitat del contracte d'interinitat.

A nivell formal, el contracte d'interinitat per vacant ha d'identificar el lloc de treball la cobertura definitiva del qual es produirà després del procés de selecció externa o promoció interna. En aquells casos en què el treballador interí sigui contractat per l'AAPP, la durada del contracte coincidirà amb el temps que durin els processos de selecció organitzats d'acord amb el que s'estableix en la seva normativa específica. Cal advertir que a la pràctica l'AAPP ha fet un ús abusiu d'aquest tipus de contracte a l'estar durant llargs períodes de temps sense convocar els processos de selecció oportuns. Aquesta manca d'actuació, suposa una precarització de les relacions laborals en perjudici del treballador interí que es troba davant d'una situació d'instabilitat professional prolongada indefinidament i sobre la qual la jurisprudència ha senyalat que la superació del termini màxim previst en l'art. 70 EBEP no permet qualificar el contracte com a indefinit (cfr. Infra. L'organització de processos selectius).

Respecte l'extinció, són causes extintives del contracte d'interinitat per vacant la cobertura reglamentària de la plaça per part del treballador seleccionat i l'amortització de plaça ocupada. En cas de concórrer la primera causa, a l'igual que el contracte d'interinitat per substitució, l'interí no té dret a percebre cap indemnització (art. 49.1c) ET), sense que això s'oposi al principi de no discriminació que preveu la clàusula 4 de l'Acord Marc (STJUE, Montero Mateos (C – 677/16), de 5 de juny de 2018). En canvi, les conseqüències previstes en cas d'amortització de la plaça són diferents. Al tractar-se d'un contracte sotmès a termini indeterminat (se sap que el termini necessàriament arribarà en el moment en què la vacant

¹⁰ Entre d'altres, STS 2674/1992, Sala Social, Secció 1ª, de 27 de març i STS 7395/1998, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4ª, de 9 de desembre.

s'atorgui al candidat que hagi superat el procés de selecció convocat per cobrir aquella plaça però es desconeix exactament quan es produirà aquest fet), el TS, superant l'anterior doctrina que considerava que l'amortització del lloc de treball comportava l'automàtica extinció del contracte d'interinitat, operant aquesta com a condició resolutòria; ha establert que en cas d'amortització de la plaça vacant ocupada, l'extinció del contracte s'ha d'efectuar conforme els procediments d'extinció col·lectiva o individual per causes objectives previstos en els art. 51 i 52 c) ET, respectivament. S'entén que l'amortització de la plaça vacant extingeix el contracte abans del termini pactat, el que suposa un perjudici per l'altra part que veu frustrades les seves expectatives laborals incloent la possibilitat de guanyar en concurs la plaça que ocupa. Per aquest motiu, el treballador té dret a rebre una indemnització d'acord amb els articles 51, 52 i 56 ET, segons el cas concret i els procediments establerts a tal efecte.

El contracte d'interinitat en qualsevol de les seves submodalitats, amb valor *ad solemnitatem*, s'ha de formalitzar per escrit i ha de contenir les expressions pròpies del contracte en concret, al ser aquestes les que permeten el control de legalitat del mateix. D'altra banda el contracte ha de celebrar-se per jornada completa a excepció de determinats supòsits com per exemple, entre d'altres, quan el treballador substituït estigués contractat a temps parcial o quan el contracte es realitzi per completar la jornada reduïda dels treballadors que exercitin els drets reconeguts en l'article 37.5 i 6 ET.

Finalment, la dualitat de règims jurídics també ha portat a la jurisdicció contenciosa administrativa a haver-se de pronunciar al respecte sobre l'abús en la contractació temporal de l'AAPP a través de nomenaments de personal estatutari. En concret, els **funcionaris interins**, són aquells empleats públics que *“por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera”* (article 10 EBEP). A part de la pròpia definició, el mateix precepte preveu en quines circumstàncies es permet el seu nomenament i altres qüestions relatives al seu règim jurídic però com a aspecte rellevant, a diferència dels funcionaris de carrera, els interins no ostenten un dels principals trets característics d'aquests com és el dret a la inamobilitat en el càrrec. En matèria d'accés, l'article 10.2 EBEP senyala que la selecció de funcionaris interins ha de realitzar-se mitjançant procediments àgils que respectin els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat però aquesta previsió no només es predicable dels funcionaris interins sinó que en virtut dels articles 23.2 i 103.3 CE i 55.2 EBEP, tot el personal laboral i funcional que

presti serveis a les AAPP ja sigui de forma permanent o temporal, ha de superar un procés selectiu que respecti els principis constitucionals. Tanmateix, la realitat demostra que quan es tracta de personal temporal, el que succeeix és que aquestes exigències es flexibilitzen per conveniència de tots els actors en joc i en detriment dels principis rectoris. D'altra banda, el context d'urgència i necessitat en què s'han d'articular els processos selectius amb les suficients garanties, la necessària publicitat i que estigui conformat per proves objectives, dificulta el compliment de tals disposicions.

3. LA DIRECTIVA 1999/70/CE: ANÀLISI DE LA CLÀUSULA 5 DE L'ACORD MARC

3.1 LA DIRECTIVA 1999/70/CE

Des d'un punt de vista general, la clàusula 5 de l'Acord Marc s'inclou dins la Directiva 1999/70/CE del Consell de la Unió Europea, de 28 de juny de 1999, relativa a l'Acord Marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada (en endavant, «Acord Marc»). La voluntat de les parts en firmar el present Acord era establir els principis generals i les condicions mínimes pels contractes de treball de durada determinada i les relacions laborals d'aquest tipus (cfr. *Considerando 14* de la Directiva 1999/70/CE).

Reconeixent expressament els contractes de durada indefinida com la forma més comuna de relació laboral entre empresaris i treballadors, i que contribueixen a la qualitat de vida dels treballadors i la millora del seu rendiment (cfr. *Considerando 6* de l'Acord Marc), no s'ignora que els contractes de durada determinada responen, en determinades circumstàncies, a les necessitats de les mateixes parts (segon paràgraf del preàmbul del Acord Marc). En aquest sentit, un dels objectius principals de l'Acord Marc és preveure un marc regulatori que eviti els abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada (clàusula 1 lletra b) de l'Acord Marc), sense establir en quines condicions es pot fer ús dels contractes de durada determinada ni amb afany d'harmonitzar totes les normes nacionals relatives a l'objecte de la Directiva.

D'acord amb la clàusula 2 apartat 1, l'àmbit d'aplicació de l'Acord s'ha concebut de forma àmplia, conferint protecció “a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las

prácticas vigentes en cada Estado miembro” (en endavant «EEMM»). Així, la Directiva 1999/70/CE i l’Acord Marc s’aplicaran a tots els treballadors que prestin el seu servei de forma retribuïda en el marc d’una relació de prestació de serveis de durada determinada que els vinculï amb l’empresari o l’eventual AAPP amb aquesta condició¹¹.

El concepte de treballador amb contracte de durada determinada en el sentit de l’Acord Marc és aquell treballador *“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”* (clàusula 3 apartat 1 de l’Acord Marc). Segons el TJUE¹² s’inclouen dins d’aquesta definició a tots els treballadors, sense establir diferències en funció del caràcter públic o privat del ocupador pel que treballen i amb independència de la qualificació del seu contracte en Dret intern.

3.2 LA CLÀUSULA 5 DE L’ACORD MARC

Concretament, la clàusula 5 de l’Acord Marc sota el títol de “mesures destinades a evitar la utilització abusiva” estableix (subratllat i negreta afegits):

“1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

¹¹ Entre d’altres, STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartat 109 i jurisprudència citada.

¹² Entre d’altres, STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartat 108 i jurisprudència citada; STJUE, Pérez López (C-16/15), de 14 de setembre 2016, apartat 24 i i jurisprudència citada.

a) **razones objetivas** que justifiquen la renovaci3n de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duraci3n m3xima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duraci3n determinada;

c) el n3mero de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qu3 condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duraci3n determinada:

a) se considerarán "sucesivos";

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”.

La **finalitat de la clàusula 5** de l'Acord Marc radica en delimitar la utilitzaci3 successiva de contractes o relacions laborals de durada determinada al considerar-se una font potencial d'abusos en perjudici dels treballadors. En aquest sentit, s'estableixen unes disposicions protectores m3nimes amb l'objectiu d'evitar la precaritzaci3 de la situaci3 dels assalariats¹³.

Respecte l'**àmbit d'aplicaci3 de la clàusula**, el TJUE¹⁴ ha establert que aquesta nom3 és aplicable sota el sup3sit de “successius contractes o relacions laborals de durada determinada” (apartat 1 de la mateixa clàusula). Sense que es pugui fer una interpretaci3 restrictiva del concepte ja que aix3 permetria, d'una banda, una utilitzaci3 abusiva d'aquestes relacions per part dels empresaris per satisfer necessitats permanents i estables en mat3ria de personal, contractant treballadors de forma precària durant anys, i d'altra banda, s'estaria exclouent de l'àmbit d'aplicaci3 de l'Acord Marc un gran n3mero de relacions laborals de durada determinada que actualment es troben sota la protecci3 d'aquest paraig3es.

¹³ Entre d'altres, STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartat 111; STJUE, Sciotto (C-331/17), de 25 d'octubre de 2018, apartat 30 i jurisprud3ncia citada; STJUE, Pérez López (C-16/15), de 14 de setembre 2016, apartat 26 i jurisprud3ncia citada.

¹⁴ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 62 - 63 i jurisprud3ncia citada.

L'apartat 2 lletra a) de la clàusula 5, amb l'objectiu de preservar la diversitat de les normatives nacionals en aquesta matèria, atribueix als EEMM o interlocutors socials, la facultat de determinar en quines condicions els contractes de treball o relacions laborals de durada determinada es consideraran “**successius**”. Tanmateix, davant d'un concepte clau com és aquest ja que resulta decisiu per determinar el propi àmbit d'aplicació de les disposicions nacionals destinades a aplicar l'Acord Marc, el marge d'apreciació conferit als EEMM no és il·limitat. La important sentència del TJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, a la que es farà referència en més d'una ocasió al llarg del treball, senyala que en cap cas es pot arribar al punt de posar en perill l'objectiu o l'efecte útil de l'Acord Marc, buidant-lo de contingut i particularment, “*las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo*” (apartat 58). Seguint aquest raonament, el propi Tribunal sota la premissa de la posició de debilitat en què es troba el treballador respecte l'altra part contractant, afirma que no pot considerar-se que aquelles persones que hagin consentit lliurement la celebració de successius contractes temporals quedin excloses de la protecció de l'Acord Marc ja que en cas contrari s'estaria privant per complert l'efecte útil de la clàusula 5 (apartats 110 – 114).

En atenció als supòsits concrets dels assumptes acumulats, el TJUE, lluny d'una interpretació estricta de la clàusula, afirma que no es pot excloure del concepte de “successius contractes o relacions laborals de durada determinada” el supòsit en què un treballador públic ha ocupat, tot i que hagi estat en el marc de varis nomenaments, de manera ininterrompuda el mateix lloc de treball durant anys i ha exercit, de manera constant i continuada, les mateixes funcions fins el moment en què la plaça vacant per la qual ha estat contractat és proveïda de forma definitiva. El manteniment permanent d'aquest treballador en una plaça vacant sobre la base d'una relació de servei de durada determinada es considera una conseqüència del incompliment per part de l'ocupador respecte la seva obligació legal d'organitzar en el termini previst un procés selectiu al objecte de cobrir definitivament aquesta plaça i la raó subjacent per la qual la relació de servei ha estat renovada implícitament any rere any (apartat 64). Per aquest motiu, d'acord amb la resposta del TJUE, el Tribunal remitent¹⁵ senyala que seria contrari a la correcta interpretació de l'Acord Marc excloure de l'àmbit d'aplicació d'aquesta clàusula la transformació d'un sol contracte de durada determinada d'eventual a substitut i de substitut a interí.

¹⁵ SJCA de Madrid 1770/2020, Secció 14, de 29 de juny.

Finalment, en base al marc jurídic d'altres ordenaments nacionals, el TJUE ha reiterat la interpretació àmplia que cal efectuar d'aquest concepte clau. Per exemple, la STJUE, M.V. i altres (C-760/18), d'11 de febrer de 2021, ha conclòs que entra dins l'expressió de "contractes successius" la pròrroga automàtica derivada d'actes legislatius del Parlament grec al assimilar-se a una renovació, i en conseqüència, a la celebració d'un contracte temporal diferent. En relació a aquest EEMM i a la successió de contractes, el TJUE¹⁶ ja havia tingut ocasió de pronunciar-se, anteriorment, sobre l'article 5.4 del Decret Presidencial 81/2003¹⁷ de l'ordenament jurídic hel·lènic. Segons aquest, es disposava que únicament es considerarien successius els contractes de treball de durada determinada per estiguin separats entre sí per un interval màxim de vint dies laborals. En atenció al contingut del citat precepte, el TJUE va declarar que aquest podia comprometre l'objectiu, la finalitat i l'efecte útil de l'Acord Marc. Tot advertint que una interpretació rígida i restrictiva de quan uns contractes seguits poden considerar-se successius, permetria mantenir durant anys els treballadors en una situació laboral precària ja que, a la pràctica, al treballador no li quedaria més opció que, en la majoria de casos, acceptar interrupcions entre la celebració dels diferents contractes per un interval superior a l'establert per la llei. I seria justament aquest transcurs de temps el que impediria automàticament qualificar els contractes com a successius i privar l'aplicació de les mesures nacionals adoptades en aplicació de clàusula 5 de l'Acord Marc. Per aquests motius, el Tribunal al·lega que admetre tals circumstàncies, suposaria el risc d'excloure un gran nombre de relacions laborals de durada determinada de la protecció de la Directiva 1999/70/CE, tolerant a la vegada, la possibilitat que els empresaris utilitzessin abusivament aquest tipus de relacions laborals.

4 MESURES PER PREVENIR I SANCIONAR LA UTILITZACIÓ ABUSIVA DELS CONTRACTES DE DURADA DETERMINADA

4.1 LES MESURES PREVENTIVES ESTABLERTES PER L'ACORD MARC

L'apartat 1 de la clàusula 5, imposa als EEMM, a efectes de prevenir els abusos derivats de la utilització successiva de contractes o relacions laboral de durada determinada, l'adopció efectiva i vinculant de com a mínim una de les tres mesures que s'enumeren, sempre i quan, el

¹⁶ STJUE, Adeneler (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartats 84 – 89.

¹⁷ Posteriorment derogat per l'entrada en vigor del Decret Presidencial 180/2004 on l'article 5.4 passa a establir un interval superior a quaranta-cinc dies naturals.

Dret intern no contempli mesures legals equivalents. D'aquesta manera, mitjançant aquest apartat s'assigna com a objectiu general la prevenció de tals abusos deixant als EEMM l'elecció dels mitjans per aconseguir-ho, tenint en compte les necessitats dels diferents sectors o grups de treballadors i sempre que no es posi en perill l'objectiu o l'efecte útil de l'Acord Marc¹⁸.

Les mesures enumerades en l'apartat 1 de la clàusula 5 de l'Acord Marc són: a) les raons objectives que justifiquen la renovació de tals contractes o relacions laborals, b) la durada màxima total dels successius contractes de treball o relacions laborals de durada determinada i c) el número de renovacions de tals contractes o relacions laborals.

Sobre la primera mesura, la falta de previsió en l'Acord Marc d'una definició de **“raons objectives”** ha portat a una profusa jurisprudència del TJUE¹⁹ que ha acabat determinant el sentit i abast d'aquest concepte, en funció de l'objectiu perseguit per l'Acord i el context en el que s'inscriu la clàusula 5, apartat 1, lletra a). Es considera que la noció de “raons objectives” fa referència a les circumstàncies específiques i concretes que caracteritzen una determinada activitat i que poden justificar en un context particular la utilització successiva de contractes de treball de durada determinada. Tals circumstàncies poden tenir origen, en particular, en l'especial naturalesa de les tasques per a la realització de les quals es celebren aquests contractes i en les característiques inherents a aquestes o, eventualment, en la persecució d'un objectiu legítim de política social per part d'un EEMM.

En canvi, continua indicant el Tribunal que una disposició nacional que es limités a autoritzar de manera general i abstracta, a través d'una norma legal o reglamentària, la utilització de successius contractes de treball de durada determinada no s'ajustaria a les exigències mencionades. El caràcter merament formal d'una disposició d'aquesta naturalesa no permetria deduir criteris objectius i transparents a fi de verificar si la renovació dels contractes respon a una necessitat autèntica, si permet aconseguir l'objectiu perseguit i si resulta indispensable a tals efectes. Així doncs, el concepte de “raons objectives” exigeix que la norma nacional

¹⁸ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 83-85 i jurisprudència citada; STJUE, Sciotto (C-331/17), de 25 d'octubre de 2018, apartats 32-35 i jurisprudència citada; STJUE, Martínez Andrés i Castrejana (C-184/15 i C-197/15), de 14 de setembre 2016, apartat 35 i jurisprudència citada; STJUE, Pérez López (C-16/15), de 14 de setembre 2016, apartats 28-30 i jurisprudència citada.

¹⁹ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 66-68 i jurisprudència citada; STJUE, Sciotto (C-331/17), de 25 d'octubre de 2018, apartats 39-40 i jurisprudència citada; STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartats 69-72).

justifiqui específicament la utilització successiva de contractes temporal a través de factors objectius derivats de les particularitats de l'activitat que es tracti i de les condicions en què aquesta es desenvolupa. En cas contrari, la disposició comportaria associada intrínsecament un risc real de donar lloc a una utilització abusiva d'aquest tipus de contractes que faria que no fos compatible ni amb l'objectiu ni amb l'efecte útil de l'Acord Marc. Tampoc seria admissible que els contractes de durada determinada poguessin renovar-se per desenvolupar de manera permanent i estable funcions incloses en la activitat normal del personal estatutari fix, ja que no es podria justificar en virtut de la clàusula 5, apartat 1, lletra a) de l'Acord Marc.

Per exemple, a nivell intern i a la llum d'aquesta definició, la Llei 55/2003 de 16 de desembre, del Estatut Marc del Personal Estatutari dels Serveis de Salut (en endavant, «EMPE»), preveu en el seu article 9 quins són els requisits segons els quals es poden celebrar successius contractes o relacions laborals de durada determinada. Atenent a aquesta regulació, el TJUE²⁰ confirma que la substitució temporal d'un treballador per satisfer necessitats de personal de durada limitada per part del ocupador, pot constituir, en principi, una raó objectiva en el sentit de la clàusula 5 apartat 1, lletra a) de l'Acord Marc. Però, tenint en consideració la situació real del sector de la sanitat pública espanyola on juntament amb el sector de l'educació és on hi ha registrada la temporalitat més alta i la utilització il·lícita d'aquest precepte per part de l'Administració pública que amb l'objectiu de pal·liar el dèficit estructural existent, s'acaben atenent a través d'aquests tipus de contractes necessitats que en cap cas eren urgents ni temporals, el TJUE ha establert que és necessari establir una delimitació del concepte “causa objectiva” que justifiqui la contractació temporal.

El raonament plantejat pel TJUE en aquesta recent sentència també es pot trobar en anteriors resolucions del propi Tribunal. En aquest sentit i posant de relleu l'ampli ventall de supòsits que podrien subsumir-se en el concepte de “raons objectives” cal destacar la STJUE, Mascolo i altres (C-22/13, C-61/13 i C-62/13), de 26 de novembre de 2014²¹. En anàlisi d'una previsió de la normativa nacional italiana que permet la renovació de successius contractes de treball de durada determinada per realitzar substitucions a l'espera de que finalitzin els procediments de concurs organitzat per seleccionar personal per temps indefinit, el Tribunal declara que aquesta no és en sí mateixa contrària a l'Acord Marc i pot justificar-se com una raó objectiva.

²⁰ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020.

²¹ Doctrina que es reitera en la STJUE, Sciotto (C-331/17), de 25 d'octubre de 2018, apartats 56-57.

No obstant això, davant la manca de límits reals que permetin posar fi a les substitucions, s'acaba conclouent que l'aplicació concreta de la raó objectiva no s'ajusta a les exigències del Acord Marc i per tant s'oposa a l'aparat primer de la clàusula 5.

En definitiva, l'existència d'una disposició nacional que pugui justificar-se per una raó objectiva en el sentit de la clàusula 5, l'apartat 1, lletra a) de l'Acord Marc, exclou en principi l'existència d'un abús llevat que d'un examen global de totes les circumstàncies que envolten la renovació del contracte o la relació laboral temporal concreta, com ara el número de contractes successius celebrats amb la mateixa persona o per realitzar un mateix treball, es revela que les prestacions requerides del treballador, tot i aparentar que atenen a una necessitat temporal, s'utilitzen de manera abusiva per la part contractant.

4.2 LES POSSIBLES MESURES LEGALS EQUIVALENTS DE L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL

D'acord amb la reiterada jurisprudència del TJUE²², també s'atribueix als tribunals de cada EEMM la competència per determinar si la normativa nacional aplicable compleix les exigències establertes en la clàusula 5 de l'Acord Marc i apreciar en quina mesura, els requisits d'aplicació i l'execució efectiva de les disposicions pertinents del Dret intern fan que aquests constitueixin una mesura apropiada per prevenir i, en el seu cas, sancionar l'ús abusiu de successius contractes o relacions laborals de durada determinada.

Tenint present que dins del marc legal espanyol no s'inclou cap de les mesures contemplades en l'apartat 1 de la clàusula 5, a continuació, es procedirà a analitzar si l'organització de processos selectius, la fixesa, la transformació en indefinit no fix i la concessió d'una indemnització constitueixen mesures legals equivalents per prevenir els abusos. Però, de forma prèvia als següents apartats, resulta convenient realitzar algunes consideracions.

Com a premissa principal, a efectes d'aquest treball i seguint els criteris del TJUE, s'entendrà que constitueix una mesura adequada per tal de prevenir els abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada, aquella norma que, en primer

²² STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 89-90 i jurisprudència citada; STJUE, Martínez Andrés i Castrejana (C-184/15 i C-197/15), de 14 de setembre 2016, apartats 42-43 i jurisprudència citada; STJUE, Pérez López (C-16/15), de 14 de setembre 2016, apartats 34-35 i jurisprudència citada.

lloc, es prevegi expressament en l'ordenament jurídic per aquestes situacions sent inherent a aquesta el principi de causalitat i en segon lloc, sigui una norma proporcional, efectiva i dissuasòria.

A través de la Directiva 1999/70/CE i tal com disposa la clàusula 5 de l'Acord Marc, s'obliga als EEMM a establir en la normativa nacional com a mínim una mesura a efectes de prevenir els abusos derivats de la utilització successiva de contractes o relacions laborals de durada determinada sense que res es prevegi sobre quina hauria de ser la sanció en cas que efectivament s'acabessin produint tals abusos. És la reiterada jurisprudència que emana del TJUE²³ la que estableix que quan el Dret de la Unió no prevegi sancions específiques pel cas en què es comprovi l'existència d'abusos, correspon a les autoritats nacionals adoptar les mesures apropiades per fer front a tal situació. Mesures que no només han de ser proporcionades sinó també prou efectives i dissuasòries com per garantir la plena eficàcia de les normes adoptades en aplicació de l'Acord Marc. En aquest sentit, el TJUE²⁴ ha especificat que a falta de normativa de la UE en la matèria, les modalitats d'aplicació de les normes han de ser determinades per l'ordenament jurídic intern dels EEMM, en virtut del principi d'autonomia del procediment, sense que tals modalitats puguin ser menys favorables que les aplicables a situacions similars de caràcter intern (principi d'equivalència) ni facin impossible en la pràctica o excessivament difícil l'exercici dels drets conferits per l'ordenament jurídic de la Unió (principi d'efectivitat).

La distinció entre una mesura per prevenir i la possible sanció que s'estableixi *a posteriori*, en cas d'apreciar-se tal abús, pot arribar a ser confusa en el moment en què el propi TJUE com els Tribunals nacionals fan referència tant a la pròpia mesura legal equivalent per prevenir els abusos com a la discussió sobre si una determinada norma podria configurar-se com a una sanció. Aquesta assimilació podria trobar la seva explicació sempre que es considerés que perquè una mesura sigui efectiva cal que implícitament porti associada una sanció, però per intentar no perdre la perspectiva al llarg de les pròximes pàgines, és necessari distingir entre la possible configuració de la mesura a efectes de prevenir (mesura legal equivalent) i la mateixa

²³ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartat 86 i jurisprudència citada; STJUE, Sciotto (C-331/17), de 25 d'octubre de 2018, apartat 64 i jurisprudència citada; STJUE, Martínez Andrés i Castrejana (C-184/15 i C-197/15), de 14 de setembre 2016, apartat 36 i jurisprudència citada; STJUE, Pérez López (C-16/15), de 14 de setembre 2016, apartat 31 i jurisprudència citada; STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartats 94.

²⁴ STJUE, Martínez Andrés i Castrejana (C-184/15 i C-197/15), de 14 de setembre 2016, apartat 37 i jurisprudència citada; STJUE, Pérez López (C-16/15), de 14 de setembre 2016, apartat 32 i jurisprudència citada; STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartat 95 i jurisprudència citada.

mesura com a sanció efectiva. Com es veurà, algunes solucions podrien considerar-se mesures legals equivalents però no sancions ja que s'entén que perquè això sigui possible, la sanció, a part de reunir els requisits de les mesures legals equivalents, cal que, a més, comporti una càrrega (probablement onerosa) o gravamen per a l'organisme públic que hagi fet un ús abusiu de la contractació temporal, amb l'objectiu de compensar aquell treballador víctima de la situació.

Finalment, tenint present que els empleats públics poden estar sotmesos al règim del dret laboral o administratiu segons el tipus de contracte que ostentin, les possibles mesures legals equivalents i/o sancions també varien. Per intentar il·lustrar aquesta casuística, s'analitzaran sentències tant de la jurisdicció social com de la contenciosa – administrativa on en la majoria de casos els treballadors són contractats a través de contractes d'interinitat o nombrats funcionaris interins.

4.2.1 L'ORGANITZACIÓ DE PROCESSOS SELECTIUS

L'accés a la funció pública com a funcionari de carrera o personal laboral fix obtenint així, l'estabilitat en un lloc de treball en l'Administració Pública s'adquireix, entre d'altres, mitjançant la superació d'un procés selectiu sotmès als principis d'igualtat, mèrit i capacitat (art. 23.2 i 103.3 CE, en relació art. 9.2, 55, 61 i 62 EBEP) i als principis de publicitat, transparència i imparcialitat establerts en les lleis i reglaments de desenvolupament. En relació amb la selecció del personal laboral, la jurisprudència ha entès que l'obligatorietat d'aquests processos pels treballadors laborals fixos (art. 61 EBEP), hauria d'estendre's als treballadors laborals temporals a través d'un procés previ de selecció menys rígid i àgil. Aquesta possibilitat, que s'ha arribat a materialitzar en determinats casos, resulta un punt clau en la controvèrsia que planteja aquest treball ja que si eventualment a llarg termini s'acaba produint una utilització successiva d'aquests contractes de durada determinada, la fixesa pot operar com mesura legal equivalent per prevenir els abusos (cfr. Infra. Fixesa).

De forma general, *a priori*, tant els tribunals espanyols com el TJUE²⁵ han considerat que l'organització de processos selectius és una mesura adequada per evitar que es perpetui la situació de precarietat de tals empleats. S'entén que d'aquesta forma es garanteix que les places

²⁵ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 94-95.

que ocupen es cobriran de manera definitiva, evitant així, els abusos derivats de la utilització de successius nomenaments de durada determinada. No obstant això, a la pràctica s'ha evidenciat que els terminis fixats legalment per l'organització dels processos selectius s'incompleixen i aquests processos són poc freqüents.

Tal i com preveu l'**art. 70 EBEP**, en relació amb l'article 10.4 EBPB: *“Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”*.

Davant l'incompliment d'algunes AAPP pel que fa al període de temps fixat legalment, l'art. 70 EBEP ha estat objecte de nombroses sentències del Tribunal Suprem per part tant de la jurisdicció contenciosa administrativa com la social. La Sala Tercera del TS ha atribuït al termini caràcter essencial²⁶ el qual ve determinat per l'exigència expressament imposada pel legislador de que l'execució tingui lloc “en qualsevol cas” dins del marge temporal establert i la qualificació d’“improrrogable” del mateix. Així, si l'oferta d'ocupació pública no s'executa en aquests tres anys, aquesta caduca. En consideració a la naturalesa essencial del termini, aquelles convocatòries que s'efectuïn *a posteriori*, resulten ineficaces (anul·lables), permetent la conservació dels actes i tràmits que haguessin vist inalterat el seu contingut en cas que no s'hagués produït tal infracció. A més, atent a les circumstàncies concretes de cada cas, és possible la reclamació d'una indemnització pels danys i perjudicis²⁷ que s'hagin produït com a conseqüència del vici d'invalidesa en la convocatòria, amb l'objectiu d'obtenir per part de persona afectada el ple restabliment de la situació jurídica alterada per un acte administratiu contrari a l'ordenament jurídic.

²⁶ STS 4178/2018, Sala Contenciosa Administrativa, de 10 de desembre, STS 4195/2019, Sala Contenciosa Administrativa, de 12 de desembre.

²⁷ STS 4195/2019, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4ª, de 12 de desembre. El TS considera com a variables a tenir en compte a l'hora de la quantificació de la indemnització: el tipus de plaça que cobria la persona afectada, la seva participació o no en el procés selectiu, la durada del mateix i el temps transcorregut entre la publicació de l'Oferta d'ocupació pública i la convocatòria del procés selectiu.

D'altra banda, la Sala Social de l'Alt Tribunal²⁸ ha distingit la facultat que s'entrega a les AAPP de convocar ofertes d'ocupació pública sempre que existeixi crèdit pressupostari i es consideri convenient la seva cobertura (sense que això suposi una obligació de convocar-les i cobrir en el termini de tres anys una plaça nominal que s'hagi ocupat per un interí) del fet que una vegada convocada, la resolució de l'oferta no pot estendre's, per imperatiu legal, més enllà dels tres anys. En altres paraules, en cap cas es fixa en tres anys, la durada màxima de la interinitat sinó que el termini va referit a l'execució de l'oferta d'ocupació pública. S'entén que el límit temporal entra dins la pròpia lògica de que s'executin les ofertes aprovades per un exercici determinat mentre es mantinguin les necessitats en virtut de les quals es van elaborar, tenint en compte que aquestes poden variar de manera significativa més enllà d'aquest marge. Per aquest motiu, el període de temps al que fa referència la norma legal, no pot entendre's, en general, com una garantia inamovible ja que la conducta de l'entitat ocupadora pot abocar a que, abans de que transcorri aquest termini, s'hagi desnaturalitzat la causa de temporalitat del contracte de treball.

És també doctrina consolidada d'aquesta mateixa Sala²⁹ que el mer transcurs del període de tres anys establert en l'article 70 EBEP, si bé constitueix l'incompliment d'un deure per part de l'AAPP, no té per què alterar la naturalesa dels vincles laborals. Igualment, la fase de publicació que preveu el segon apartat de l'art 70 EBEP i que precedeix la fase d'execució, no comporta l'origen de nous drets ni la consolidació de certes situacions. Així doncs, independentment de que es tracti d'un supòsit de cobertura mitjançant personal de nou ingrés o de cobertura per consolidació d'ocupació, la superació del termini *no* atorga de manera automàtica la condició d'indefinit no fix a un treballador amb un contracte temporal, ja que en tot cas, la conversió en indefinit no fix només pot derivar de l'apreciació de l'existència de frau o abús en la contractació (cfr. Infra. La conversió en indefinit no fix). Correspon als òrgans jurisdiccionals dur a terme una valoració *ad casum*, derivant de les circumstàncies de cada cas en una concreta conclusió. Aquesta recent línia jurisprudencial no desplaça sinó que ve a matisar la reiterada doctrina dels Tribunals Superiors de Justícia la qual ha estat confirmada pel propi TS³⁰. Les Sales de suplicació, en aplicació del precitat art. 70.1 EBEP i la normativa reglamentària de desenvolupament, concretament, l'article 4.2 b) del Real Decret 2720/1998, han establert que

²⁸ Per totes, STS 840/2019, Sala Social, Secció 1ª, de 5 de desembre.

²⁹ STS 216/2021, Sala Social, de 17 de febrer i STS 213/2021, Sala Social, de 17 de febrer.

³⁰ Entre d'altres, STS 3538/2014, Sala Social, Secció 1ª, de 14 de juliol i STS 3505, Sala Social, Secció 1ª, de 15 de juliol.

la relació laboral del treballador interí per vacant esdevé indefinida (no fixa) quan se supera el límit temporal màxim dels tres anys per la seva cobertura des de que la mateixa va quedar deserta i d'altra banda, l'actuació de l'AAPP resulta ser notòriament insuficient i inadequada per cobrir les places vacants. Per tant, el fet que resulta determinant en aquests últims supòsits i que permet inferir el caràcter fraudulent de la contractació és la convocatòria d'un procés de selecció del qual una o unes determinades places van quedar vacants per un període superior a tres anys.

En qualsevol cas, retornant a la valoració d'aquesta possible mesura legal equivalent, segons el TJUE³¹, una normativa nacional que preveu tant l'organització de processos com els terminis per aquests, però que no garanteix que els processos s'organitzin efectivament, *no* resulta adequada per prevenir la utilització abusiva de successives relacions de servei de durada determinada. Altrament, aquesta mesura tampoc resulta adequada per sancionar degudament la utilització abusiva de tals relacions de servei ni per eliminar les conseqüències de la infracció del Dret de la Unió ja que principalment, la seva aplicació no té cap efecte negatiu per l'AAPP com a empresari. El fet que aquells empleats públics hagin estat nomenats de manera abusiva, puguin participar en aquests processos i d'aquesta manera obtenir l'estabilitat en el seu lloc de treball, no eximeix als EEMM de complir amb l'obligació d'establir una mesura adequada per sancionar la utilització abusiva de successius contractes i relacions laborals de durada determinada. L'organització dels processos selectius és independent de qualsevol consideració relativa al caràcter abusiu de la utilització de relacions de servei de durada determinada. Aquests, estan dirigits a l'estabilitat i consolidació de l'ocupació temporal amb l'objectiu de crear places estructurals i la seva convocatòria depèn de l'arbitrarietat del ocupador públic causant de l'abús. A més, es caracteritzen per tenir un resultat incert i ser de lliure concurrència podent participar candidats que no hagin patit un ús abusiu de nomenaments successius, sense que es tingui en consideració aquest fet (per exemple, a través d'un nomenament preferent en cas que s'hagi superat el procés selectiu).

Aquest darrer aspecte i en concret, el possible reconeixement de l'experiència d'aquells treballadors que hagin estat víctimes d'una utilització abusiva (sense que s'incorri en potencials discriminacions), ha estat una opció àmpliament analitzada a la proposta de reforma legislativa que recull el dictamen de María Emilia Casas Baamonde, de 8 de març de 2021, "*Temporalidad*

³¹ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 96-101.

de las prestaciones de servicios para las administraciones públicas. Situación, escenario normativo y alternativas". La citada jurisprudència constitucional³² en relació al dret a la igualtat que es predica del art. 23.3 CE, demostra que aquests mecanismes han estat desenvolupats en altres ocasions. En base als precedents establerts, la Magistrada emèrita del TC considera que el compliment del Dret de la Unió, de la Directiva 1999/70/CE i la jurisprudència del TJUE podrien legitimar una situació excepcional que permetés la desigualtat de tracte a favor del personal eventual, interí i laboral temporal. Per tant, la diferenciació podria efectuar-se a través del reconeixement de mèrits en la fase de concurs d'un procés selectiu de lliure concurrència o fins i tot circumscriure's únicament a aquelles persones que hagin estat víctimes d'un ús abusiu de la contractació temporal. En tot cas, les normes que poguessin arribar a adoptar-se haurien de prendre en consideració varis aspectes amb l'objectiu de no infringir preceptes constitucionals (art. 23.3 i 103.3 CE) i ajustar-se temporalment de conformitat amb el principi de proporcionalitat.

En conclusió i per tots els motius exposats, actualment, encara que l'organització de processos selectius podria constituir una mesura legal equivalent en el sentit de la clàusula 5 de l'Acord Marc, l'incompliment manifest d'aquesta obligació per part de l'AAPP, desvirtua tal opció

³² D'acord amb la interpretació efectuada pel TC (STC 67/1989, de 18 d'abril), en relació a l'art. 23.3 CE, les regles de procediment per l'accés als càrrecs de funció pública com ara les convocatòries de concurs i oposicions, s'han d'establir en termes generals i abstractes. Tenint en compte que els mèrits sempre creen la possibilitat de que es coneixi *a priori* aquelles persones que l'ostenten, segons el Tribunal, això no equival a que aquesta consideració s'hagi efectuat per afavorir a persones concretes. En aquest sentit, s'especifica que la valoració de l'antiguitat o els serveis prestats en l'AAPP no constitueix ni directa ni indirectament, la referencia individualitzada, singular específica i concreta que sigui per sí mateixa lesiva del dret a la igualtat de l'art. 23.3 CE. Tanmateix, tal i com s'adverteix, en cap cas el temps efectiu de serveis pot convertir-se en títol de legitimació exclusiu que permeti l'accés a una funció pública de caràcter permanent. D'altra banda, en relació amb l'art. 103.3 CE, la igualtat en la llei no només implica la prohibició d'establir diferències sense fonamentació raonable objectiva sinó que més concretament, imposa l'obligació de no exigir per a l'accés a la funció pública qualsevol requisit o condició que no es refereixi als principis de mèrit i capacitat.

En base aquest raonament, el Tribunal considera que una mesura limitada temporalment a un nombre determinat de convocatòries amb l'objectiu de consolidar una situació precària i que es basa en un sistema de selecció de lliure concurrència on es valora com a únic mèrit els serveis prestats dels funcionaris interins i el personal laboral temporal, no es per sí mateix contrari al art. 23.3 CE. Cal a més, que la ponderació d'aquest mèrit no sigui desproporcionada ni suposi per complert l'exclusió dels altres candidats, permetent que les possibles capacitats i mèrits personals dels aspirants externs es puguin mostrar en la fase d'oposició.

Posteriorment, en la STC 27/1991, de 14 de febrer, el Tribunal va determinar que unes normes transitòries i excepcionals que pretenguin resoldre una situació singular, establint proves específiques a les quals només tingui accés el personal al servei d'una Comunitat Autònoma com a interí o contractat, poden considerar-se compatibles amb l'article 23.2 i 14 CE. El Tribunal reconeix que determinats casos excepcionals, la diferència de tracte establerta en la llei a favor d'uns i en perjudici d'altres pugui considerar-se com raonable, proporcionada i no arbitrària als efectes de la desigualtat de tracte que estableix, sempre que tal diferenciació es demostrï com una mesura excepcional i adequada per resoldre una situació també excepcional, expressament prevista en una norma amb rang de llei i amb l'objecte d'obtenir una finalitat constitucionalment legítima d'entre les quals s'integra la pròpia eficàcia de l'AAPP.

deixant de ser una mesura suficientment efectiva i dissuasòria per garantir la plena eficàcia de les normes adoptades en aplicació del Acord marc. A més, la prohibició legal d'incorporar nou personal en les AAPP que es va preveure en la LGPE d'alguns exercicis, va deixar totalment inoperativa l'única mesura que en aquells supòsits en què es complís podia considerar-se com una mesura legal equivalent. Un fet que acaba contraposant-se al que indica el TJUE³³ que encara que les consideracions de caràcter pressupostari puguin fonamentar eleccions de política social d'un EEMM i influir sobre la naturalesa o l'abast de les mesures que l'Estat vulgui adoptar, no poden justificar la falta de mesures de prevenció davant la utilització abusiva de successius contractes de treball de durada determinada.

4.2.2 LA FIXESA

En el Dret intern espanyol, la transposició de la Directiva 1999/70/CE s'ha produït principalment, a través dels apartats 2, 3 i 5 de l'art. 15 i l'art. 49.1 c) ET. Concretament, l'apartat 3 de l'art. 15 ET estableix que *“es presumiran per temps indefinit els contractes temporals celebrats en frau de llei”*. Ara bé, aquesta conseqüència únicament resulta aplicable al sector privat i per tant, l'exclusió dels empleats públics de l'àmbit d'aplicació de la citada disposició, suposa una prohibició expressa a que la fixesa, sense haver superat un procés selectiu sotmès als principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, sigui una possible mesura legal equivalent.

El TJUE³⁴ ha pronunciat de forma reiterada que mitjançant la Directiva 1999/70/CE no s'imposa als EEMM una obligació general de transformar els contractes de treball de durada determinada en contractes indefinits. S'interpreta que d'acord amb l'apartat 2 de la clàusula 5 de l'Acord Marc es delega als EEMM la facultat de determinar en quines condicions els contractes o relacions laborals de durada determinada es consideraran celebrats per temps indefinit. El propi Tribunal³⁵ també ha especificat que els ordenaments jurídics d'aquells EEMM que no permetin la transformació dels contractes dels empleats públics en indefinits,

³³ STJUE, Mascolo i altres (C-22/13, C-61/13 i C-62/13), de 26 de novembre de 2014, apartat 110 i jurisprudència citada.

³⁴ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartat 87 i jurisprudència citada; STJUE, Sciotto (C-331/17), de 25 d'octubre de 2018, apartat 59 i jurisprudència citada; STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartat 91.

³⁵ STJUE, Santoro (C-494/16), de 7 de març de 2018.

no tenen l'obligació de concedir una indemnització destinada a compensar la falta de transformació. Tampoc s'impedeix que la utilització abusiva de successius contractes o relacions laborals de durada determinada tingui conseqüències divergents en un mateix Estat membre segons si els contractes o relacions hagin estat celebrats amb un ocupador del sector privat o del sector públic³⁶. No obstant, el TJUE³⁷ ha precisat que si l'ordenament jurídic d'un EEMM no conté cap mesura efectiva per evitar i, en els seu cas, sancionar la utilització abusiva de contractes de durada determinada successius, l'Acord Marc impedeix aplicar una normativa nacional que, només en el sector públic, prohibeix transformar la successió de contractes de durada determinada en un contracte per temps indefinit.

A la pràctica, la fixesa és la pretensió més recurrent dels treballadors afectats per la utilització abusiva dels contractes de durada determinada en el sector públic davant la falta de mesures aplicables per prevenir i sancionar tal abús. Aquest fet, juntament amb l'inevitable anàlisi que es requereix de cada cas concret, ha derivat en un innumerable nombre de pronunciaments al respecte. Tenint en compte la impossibilitat d'oferir una resposta generalitzada pel que fa a la fixesa com a “mesura legal equivalent”, a continuació, i sense ànim de sistematitzar totes les respostes dictades per part de la jurisprudència, s'analitzaran diverses sentències amb l'objectiu d'il·lustrar al lector sobre la controvèrsia que hi ha al respecte i la diversitat de decisions que s'han pres, en cada cas, en funció dels fets provats.

Respecte la fixesa com a sanció als contractes celebrats en frau de llei, el Tribunal Superior de Justícia de Galícia³⁸ declara els recurrents com a personal laboral fix, revocant la sentència d'instància dictada pel Jutjat de lo Social núm. 2 de Vigo que determinava la condició d'indefinitos no fixos als treballadors. S'accepten com a fets provats que la part actora – recurrent va presentar-se en un concurs convocat per la previsió de 9 places de personal laboral d'una entitat local, on en les bases de la convocatòria no es feia menció que la cobertura era per una plaça temporal i tenint el lloc de treball caràcter estructural. En base als antecedents i tenint en compte que la sanció contra l'ús abusiu o fraudulent de la contractació temporal en el sector privat és la declaració del treballador com infinit equivalent a la fixesa, el Tribunal *ad quem*

³⁶ STJUE, Martínez Andrés i Castrejana (C-184/15 i C-197/15), de 14 de setembre 2016, apartat 40 i jurisprudència citada; STJUE, Santoro (C-494/16), de 7 de març de 2018, apartat 33

³⁷ STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartat 105. En aquest mateix sentit, ATJUE, JS (C-135/20), de 30 de setembre de 2020, apartats 24 – 26 i jurisprudència citada.

³⁸ STSJ de Galícia 3950/2018, Sala Social, Secció 1ª, de 28 de juny.

aclareix que el motiu pel qual no s'aplica aquesta doctrina en el sector públic – i sí la figura del indefinit no fix – és perquè això suposaria que accedissin a llocs fixos persones que no han superat un procés de selecció conforme als principis d'igualtat, mèrit i capacitat. Però, aquesta figura no pot aplicar-se quan sí que s'ha superat un procés selectiu, sent l'AAPP la que ha optat per una contractació temporal fraudulenta quan els llocs de treball eren de naturalesa estructural i per tant haurien d'haver estat convocats com a fixos des del primer moment. Davant d'aquesta irregularitat, considera el Tribunal que ha d'operar amb tota fermesa la sanció i reconèixer als actors la condició de personal laboral fix.

D'altra banda, la jurisprudència menor, de forma puntal, ha estimat la pretensió exercida en determinats supòsits on l'abús en la contractació, s'ha produït a través d'un únic contracte temporal. Tanmateix, el desencert en aquestes sentències que ha portat als òrgans superiors a revocar-les és l'aplicació que es fa en els fonaments jurídics de tota la jurisprudència relativa a la clàusula 5 de l'Acord Marc. Segons la doctrina del TS³⁹, no pot aplicar-se en una única relació de serveis la jurisprudència del TJUE sobre la citada clàusula ja que aquesta es refereix a supòsits de “successius contractes o relacions laborals de durada determinada”. Tal conclusió però, no queda exempta de dubtes si es té en compte que tal i com s'ha exposat anteriorment, davant d'un concepte clau com aquest, el TJUE ha indicat que no pot efectuar-se una interpretació restrictiva del concepte. En aquest sentit, més enllà de quin sigui l'àmbit d'aplicació de la clàusula en qüestió, pot entendre's que l'abús en la contractació temporal a través d'un únic contracte de durada determinada per un període de temps igual o superior a la suma dels contractes temporals successius que hagi pogut tenir un altre treballador, és una situació igual de reprovable que aquells supòsits que efectivament mereixen la protecció de la clàusula 5 de l'Acord Marc. I justament, això és el que sembla advertir l'Advocada General J. Kokott en les seves conclusions⁴⁰ on textualment expressa: “*la clàusula 5 del Acuerdo Marco también debe aplicarse al mantenimiento de un único nombramiento o relación de servicio temporal cuando su continuación por tiempo indefinido se debe a que no se han cumplido las exigencias legales relativas a la cobertura de plazas vacantes*”. La doctrina científica⁴¹, fins i

³⁹ Estima el recurs de cassació en base a l'argument esmentat, entre d'altres, la STS 602/2020, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4ª, de 28 de maig i STS 2971/2020, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4ª, de 24 de setembre.

⁴⁰ Conclusions de l'Advocada General Sra. Juliane Kokott, presentades el 17 d'octubre de 2019, Assumptes acumulats C-103/18 i C-429/18.

⁴¹ MAURI MAJÓS, JOAN y JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL. “*El TJUE y los interinos de larga duración*”. Blog. *La mirada institucional*.

tot, ha fet un pas més enllà considerant que a través de la interpretació del TJUE, exposada anteriorment (cfr. Supra. La clàusula 5 de l'Acord Marc), on s'estableix que cal incloure dins del concepte de "successius contractes o relacions laborals de durada determinada" aquells supòsits en què el treballador ha ocupat una mateixa plaça vacant en el marc de varis nomenaments, s'està estenent l'àmbit d'aplicació de la clàusula 5 a aquells casos en què el treballador ha prestat els seus serveis de forma ininterrompuda per mitjà d'una sola relació de servei durant un període extens de temps i com a conseqüència de l'incompliment per part de l'AAPP d'organitzar el procés selectiu corresponent. En qualsevol cas, i amb l'expectativa de que aquest aspecte s'arribi a resoldre en una futura qüestió prejudicial al TJUE, a títol exemplificatiu, es passarà a comentar dues sentències. Pels arguments que s'exposen i molt probablement per la necessitat de donar una solució davant de situacions manifestament abusives, aquestes han estimat la fixesa tot portant a col·lació la jurisprudència del TJUE en relació a la clàusula 5 de l'Acord Marc. Malgrat això, una d'elles ja ha estat revocada pel Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana i per tant, segurament si l'altre ha estat recorreguda també podria acabar sent declarada sense efectes.

La Sentència del Jutjat Contenciós Administratiu d'Alacant, 252/2020, de 8 de juny⁴² destaca en primer lloc que el fet que l'Estat espanyol no hagi aprovat les mesures legislatives pertinents per ajustar la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE, no allibera a la Administració pública ni als tribunals de l'obligació de garantir la consecució dels objectius de la Directiva, així com la de sancionar els abusos i eliminar les conseqüències de la infracció de la normativa comunitària. En atenció als paràmetres⁴³ apuntats per la STJUE de 19 de març de 2020 per determinar si existeix un abús de la contractació temporal, es conclou que en el present cas es

⁴² Sentència revocada per la STSJ de la Comunitat Valenciana 371/2021, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2ª, de 19 de maig. El recurs d'apel·lació s'estima principalment al posar-se de manifest que en el supòsit en qüestió no va haver-hi una successió de contractacions temporals sinó que es tracta d'una única provisió prolongada en el temps. Es destaca també la menysvaloració que la sentència d'instància realitza sobre les restriccions pressupostàries i es contraposa la conclusió a la qual es va arribar sobre la superació del procés selectiu. Es precisa que la treballadora va ser nomenada com a funcionaria interina per resultar integrant d'una bossa d'ocupació temporal formada per aspirants que en el seu dia no van aprovar l'oposició convocada ni van aconseguir plaça per ordre de puntuació. Per aquests motius i en referència a la jurisprudència dictada per la Sala 3ª del TS, es conclou que la solució jurídica aplicable és la subsistència i continuació de la relació amb els drets professionals i econòmics inherents a aquesta fins que l'Administració compleixi degudament amb el que disposa l'article 10 EBEP.

⁴³ Els paràmetres a valorar en cada cas concret són: el número d'anys consecutius prestant serveis en la Administració ocupadora realitzant tasques pròpies de l'activitat normal del personal fix, la inexistència real de límits màxims de duració dels contractes temporals, l'incompliment per part de l'Administració ocupadora de proveir places servides per personal temporal amb personal fix o de carrera, convocant els corresponents processos selectius.

dona un evident abús de la contractació temporal que no només infringeix la normativa interna sinó que també resulta incompatible amb la Directiva 1999/70/CE. La sentència desestima les alegacions realitzades per l'Ajuntament demandat basades en les limitacions establertes per les Lleis de Pressupostos argumentant que l'Administració ocupadora va vulnerar l'article 10.4 EBEP no convocant OPEs per cobrir les places vacants ni abans ni després de les reduccions, com tampoc va organitzar processos selectius en aquells períodes en que van ser vigents les reduccions respecte les places disponibles dintre dels límits de les taxes de reposició permeses en cada exercici. En base al considerant 18è de la Resolució del Parlament Europeu de 31 de maig de 2018⁴⁴, es fonamenta que la fixesa garanteix el dret a l'estabilitat en l'ocupació (com a component primordial de la protecció dels treballadors), evita la precarietat dels funcionaris, sanciona de forma efectiva a l'AAPP pel seu comportament abusiu, dissuadeix a l'AAPP que segueixi abusant de la contractació temporal forçant-la a que convoqui processos selectius amb la periodicitat necessària per proveir les places vacants i compensa adequadament als funcionaris temporals a través d'aquesta sanció proporcionada. Finalment, es justifica que l'estimació de la pretensió i per tant, la declaració de la fixesa de la treballadora afectada no vulnera l'article 9.3 CE ni els articles 62 i següents del EBEP basant-se en un doble raonament. En primer lloc, la demandant per accedir a la condició com a funcionaria interina va superar un procés selectiu sota els principis d'igualtat, mèrit, capacitat i lliure concurrència, accedint a les bosses de personal per oposició i concurs de mèrits, i en segon lloc, la solució jurídica adoptada no implica la transformació de la demandant en funcionaria de carrera sinó que la fixesa es materialitza en el reconeixement del dret de l'actora a mantenir el seu lloc de treball amb els mateixos drets i subjecció al mateix règim d'estabilitat i inamobilitat que regeix pels funcionaris de carrera comprables, però en cap cas sense adquirir aquesta última condició.

En aquest mateix sentit, la Sentència del Jutjat Social nº11 de Bilbao, 134/2021, de 4 de març declara la fixesa del demandant el qual portava treballant en una mateixa plaça des del 2005 en virtut d'un contracte d'interinitat per vacant. Tot i que en aquest cas concret, consta com a fets provats que el treballador va superar unes proves per accedir a la bossa d'interins a través de la qual va accedir a la seva plaça, respecte la possible vulneració que podria suposar la decisió envers els articles 9 i 103 CE la sentència de forma taxativa declara que els principis

⁴⁴ Considerant 18è de la Resolució del Parlament Europeu de 31 de maig de 2018: *“Destaca que la transformació de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida debe considerarse como una medida para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de los contratos de duración determinada en el sector público y en el privado, y debe ser clara y ser incluida sistemáticamente por todos los Estados miembros en sus respectivos marcos normativos en materia de Derecho laboral”*

constitucionals que preveuen els citats preceptes han de ser respectats per l'AAPP quan s'accedeix al lloc de treball, sigui de forma temporal o definitiva. Així, s'indica que correspon a l'AAPP fixar un procés selectiu adequat per ingressar en ella, fins i tot com a interí i si aquesta no ho va fer o el procés organitzat no resultava ser l'adequat, s'hauria d'haver modificat sense que sigui el ciutadà qui hagi de pagar per les inadequades actuacions de l'Administració.

En atenció al procés selectiu que hagin pogut superar els treballadors temporals, cal tenir present l'article 61.2 EBEP⁴⁵ ja que es podria córrer el risc d'atorgar la fixesa a un treballador que efectivament hagi superat un procés selectiu previ per obtenir la seva plaça temporal respectant els principis constitucionals però que aquest fos un procés concebut per ocupar una posició temporal i no fixa. Sobre aquest aspecte, el TS⁴⁶ ha matisat que quan es tracta d'un procés de selecció de personal consistent en una entrevista i una valoració de currículum respecte mèrits concrets i específics limitats a l'experiència professional i formació en l'àmbit local, sense que realment hi hagi una prova de coneixement, no pot considerar-se que aquest compleixi amb els principis constitucionals exigits per l'article 103.3 CE i les successives normes de desenvolupament per l'accés amb caràcter de fixesa a un lloc en l'AAPP ni pot considerar-se realment una selecció mitjançant oposició o concurs – oposició. Aquesta selecció pot ser adequada per la subscripció de contractes temporals però insuficient per l'accés a la fixesa. Així, quan el procés de selecció realitzat no és l'exigit per obtenir la condició de treballador fix, la naturalesa i qualificació adequada és la de treballador indefinit no fix.

Finalment, fora d'aquests supòsits específics, de forma generalitzada la sol·licitud de fixesa per part dels demandants ha estat denegada pels Tribunals. En aquest sentit, destaca la recent Sentència del Jutjat Contenciós Administratiu de Madrid 1770/2020, Secció 14, de 29 de juny, on la pretensió exercitada en aquest cas és desestimada a la llum de la STJUE que resol les qüestions prejudicials formulades pel mateix Jutjat. L'argumentació que s'exposa recau sobre la resposta (i en part, també al silenci puntual) de la qüestió prejudicial en relació si un Tribunal nacional, que coneix d'un litigi entre un empleat públic i els seu ocupador, té l'obligació d'abstenir-se d'aplicar una normativa nacional que no és conforme a la Clàusula 1 de l'Acord

⁴⁵ Article 61.2 paràgraf primer EBEP: *“Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas”*.

⁴⁶ STS 777/2020, Sala Social, Secció 1ª, de 17 de setembre. En aquest mateix sentit es pronuncia la STS 822/2020, Sala Social, Secció 1ª, de 30 de setembre, on els treballadors segons els fets provats havien estat contractats a través d'una única entrevista personal.

Marc⁴⁷. En la fonamentació jurídica es fa un especial incís sobre el fet que davant la qüestió plantejada el Tribunal de Luxemburg no torna a contestar, com sí que va fer en un assumpte precedent⁴⁸ (i el que en el fons constitueix jurisprudència reiterada del mateix Tribunal), que una norma nacional que únicament prohibeix en el sector públic la transformació de successives relacions de servei temporal, en una relació de servei per temps indefinit, només seria compatible amb l'Acord Marc, si el Dret nacional aplicable en aquest sector establís alguna altra mesura eficaç per evitar l'ús abusiu de les relacions de servei temporal successives i en el seu cas, sancionar tal abús. També es destaca que el TJUE, al tractar les mesures legals equivalents per prevenir els abusos i aportant en aquest sentit certes precisions amb la intenció d'orientar als tribunals nacionals en la seva apreciació, no recull la fixesa entre aquestes.

Un altre motiu que recolza el sentit de la fallada, és la manca d'efecte directe de la disposició (sens perjudici del principi d'interpretació conforme al que estan sotmesos els òrgans jurisdiccional, cfr. Infra. L'efecte directe de la Directiva 1999/70/CE). Concretament, el TJUE⁴⁹ en resoldre les qüestions prejudicials respon que la clàusula 5 de l'Acord Marc no és invocable en un litigi sotmès al Dret de la Unió amb la finalitat d'excloure l'aplicació d'una disposició de Dret nacional que li sigui contrària. Conseqüentment afirma que un tribunal nacional no està obligat a deixar sense aplicació una disposició del seu Dret intern (en aquest cas, arts. 20 i 31 EMPE i art. 62 EBPB) contrària a la clàusula 5, apartat 1 de l'Acord Marc. Finalment, la sentència també justifica que els jutges quan interpreten i apliquen les normes nacionals, han de respectar els límits propis dels principis general de Dret (seguretat jurídica i irretroactivitat) i el contingut d'una Directiva mai pot servir de base per contradir la norma nacional. Així, són tots aquests motius els que porten a la magistrada remitent a considerar que no pot desplaçar-se l'aplicació de les normes nacionals que exigeixen que per ser funcionari públic cal superar un procés selectiu i aplicar de forma directa la clàusula 5 de l'Acord Marc.

⁴⁷ Clàusula 1 de l'Acord Marc: *“El objeto del presente Acuerdo marco es: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”*.

⁴⁸ STJUE, Martínez Andrés i Castrejana (C-184/15 i C-197/15), de 14 de setembre 2016, apartat 41 i jurisprudència citada.

⁴⁹ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 118-120 i jurisprudència citada.

En conclusió, si bé la fixesa com a sanció davant l'abús en la contractació temporal successiva d'empleats públics no és possible, constitueixen una excepció aquells supòsits en què el treballador temporal ha superat un procés selectiu per accedir a la plaça i no va obtenir plaça o bé va superar en la seva totalitat un procés selectiu específic desenvolupat per accedir a una bossa de treballadors temporals o també, quan va superar un procés de concurs públic per accedir a la plaça. Així doncs, si bé en aquests casos, la fixesa es podria reconèixer ja que la norma nacional no quedaria vulnerada, un debat que podria plantejar-se seria l'equilibri entre els principis d'igualtat, mèrit i capacitat com a manifestació del principi d'igualtat de l'art. 14 CE, que en ocasions semblen prevaldre, envers el dret a la permanència en el treball que deriva de l'art. 35 CE. Respecte si la fixesa podria constituir una mesura legal equivalent, en primer lloc, no pot ignorar-se la restricció de supòsits en què aquesta podria operar, no obstant, tal i com s'ha reconegut en algunes de les sentències⁵⁰ comentades anteriorment, aquesta solució podria ajudar a prevenir l'ús abusiu de la contractació determinada i constituir en sí mateixa una sanció efectiva.

4.2.3 LA TRANSFORMACIÓ EN “INDEFINIT NO FIX”

i) Evolució jurisprudencial de la figura⁵¹

La figura dels treballadors qualificats com a indefinits no fixos, fins al moment, no gaudeix d'una regulació normativa pròpia sinó que és una condició que va ser creada i deriva de la jurisprudència dictada per la Sala Social del TS. El seu origen es troba en la contractació temporal irregular per part dels òrgans administratius junt amb la limitació que es preveu en l'accés a la funció pública en relació amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat. Tenint en compte que la fixesa no es pot imposar en el sector públic de forma anàloga al sector privat ja que mitjançant tal reconeixement es facilitaria un accés fraudulent en l'ocupació pública, es troba la solució en la figura del indefinit no fix. Aquesta, és aplicable, entre d'altres, per aquells supòsits en què un treballador públic, contractat sota el règim laboral i que ha accedit a un lloc

⁵⁰ Concretament, la SJCA 1770/2020, Secció 14, de 29 de juny, cita textualment: “No cabe duda de que [la fijeza] permitiría sancionar el uso abusivo y eliminar definitivamente sus consecuencias”.

⁵¹ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI. “Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada” 1ª edició. Editorial Bomarzo. 2021. i “¿Qué es un indefinido no fijo? (síntesis sistematizada de criterios jurisprudenciales)” Blog. Una mirada crítica a las relaciones laborales. 10 d'abril de 2017.

LÓPEZ BALAGUER, MERCEDES. “Capítulo 8: La controvertida figura del personal laboral indefinido no fijo”. Las Relaciones laborales en el sector público. 1ª edició Tirant lo Blanch. 2019.

de treball sense superar un procés selectiu, és víctima de l'ús abusiu dels contractes de durada determinada per part de les Administracions Públiques. Segons el TJUE⁵², aquesta eventual transformació posterior de la relació laboral com a sanció, no deixa d'incloure's dins l'àmbit d'aplicació de l'Acord Marc. Es considera que resulta indiferent que el contracte de treball passi a denominar-se "contracte indefinit no fix" ja que tal conversió és una mesura per l'ús abusiu de successius contractes de treball de durada determinada i no modifica la pròpia naturalesa d'aquests contractes que continuen sent temporals. Sobre aquesta classificació com a contractes temporals, a nivell intern, la Sala IV del TS ha adoptat criteris diferents respecte el concepte d'indefinit no fix que han marcat les diferents fases de l'evolució jurisprudencial.

Des de les primeres sentències, el TS va considerar que, en matèria extintiva, el vincle indefinit no fix havia d'assimilar-se a la interinitat per vacant donat que la cobertura reglamentària de la plaça comportava legalment la seva extinció. Equiparació a partir de la qual es conduïa a la naturalesa temporal d'aquesta figura i a la idea de que es tractaven de relacions vinculades a una condició resolutòria. Tanmateix, la STS 3081/2014, de 24 de juny, sobre l'extinció del contracte d'interinitat per vacant va declarar que els contractes estaven sotmesos a termini i no a condició. En essència, segons el Tribunal, la relació contractual té caràcter incert però la convocatòria de la vacant sempre s'acaba produint. Afirmació pot arribar a ser discutible tenint en compte que, tal i com s'ha exposat anteriorment, l'obligació que recau sobre les AAPP de convocar les ofertes d'ocupació pública, en nombroses ocasions no s'acaba complint (cfr. Supra. L'organització de processos selectius). Respecte als treballadors indefinits no fixos, el TS⁵³ adopta un criteri paral·lel al dels interins per vacant considerant que aquests mantenen també la seva naturalesa temporal però queden subjectes a una durada determinada (fins la cobertura reglamentària de la vacant). Així doncs, es coneix la possible causa d'extinció del contracte però no el moment en què aquesta circumstància es produirà, donat que la concurrència de la causa extintiva depèn de la convocatòria de la plaça i la seva cobertura segons el procediment reglamentari establert.

La doctrina jurisprudencial que declarava la naturalesa temporal del treballador indefinit no fix, es veu alterada a arrel de la important sentència del TS 257/2017, Ple de la Sala Social, de 28 de març. En virtut d'aquesta, es justifica que la distinció entre el personal en funció de la durada

⁵² ATJUE, Assumpte León Medialdea (C-86/14), d'11 de desembre de 2014, apartats 40 i 41.

⁵³ Entre d'altres, STS 3514/2014, Sala Social, Secció 1ª, de 8 de juliol; STS 4420/2015, Sala Social, Secció 1ª, de 6 d'octubre.

del seu contracte en fix, per temps indefinit o temporal que preveu l'EBEP en els articles 8.2 c) i 11.1, suposa la *no* equiparació del personal indefinit (no fix) amb el temporal. I és a través de l'assimilació per cobertura reglamentària de la plaça a l'extinció per causes objectives, que es declara que els treballadors no indefinits són indefinits però no fixos, al ser incompatible aquesta última condició amb les normes legals sobre selecció de personal fix de les AAPP. El nou criteri suposa un canvi radical de la doctrina jurisprudencial anterior que establia que aquesta figura era temporal en quan a l'extinció del contracte i indefinit respecte a les condicions de treball del treballador però el que és més rellevant, és que contradiu plenament amb el que es sosté per part del TJUE que parteix de la naturalesa temporal d'aquesta relació laboral.

Finalment, sobre les condicions de treball dels indefinits no fixos, la STS 1703/2018, de 2 d'abril, oposant-se al que es venia interpretant per part de la doctrina i la pròpia jurisprudència, reconeix a aquests el dret a la promoció professional en igualtat de condicions amb els treballadors fixos de plantilla del sector públic i la possible desvinculació del treballador indefinit no fix de la plaça o lloc de treball⁵⁴. Però, als efectes que aquí interessin, sobre la consideració temporal o indefinida dels indefinits no fixos, la citada sentència, ometent per complet el nou criteri que es va establir en l'anterior sentència de març de 2017, utilitza com a argument per reconèixer el dret a la promoció professional l'equiparació entre els indefinits no fixos i els treballadors temporals en aplicació al principi de no discriminació entre aquests i en conseqüència, es retorna a la classificació inicial de la figura del indefinit no fix com a temporal.

Sent pacífic entre la doctrina que la conversió en indefinit no fix no eximeix a l'AAPP d'adoptar les mesures necessàries per la provisió regular del lloc de treball i que la causa legal d'extinció del vincle indefinit no fix és la cobertura reglamentària de la plaça, la delimitació d'aquesta causa i els efectes indemnitzatoris en el marc de la regulació estatutària de les causes d'extinció del contracte també ha patit variacions lligades als canvis de criteris dictats per la Sala IV del TS. De forma sintetitzada, en un inici, assumint que la relació laboral quedava sotmesa a una condició resolutòria (la provisió de la vacant pels procediments legals de cobertura), les primeres sentències consideraven que el compliment de tal condició extingia legalment el

⁵⁴ Segons López Balaguer, aquesta afirmació legítima d'alguna manera l'incompliment sistemàtic de la normativa de l'EBEP i perpetua la figura del indefinit no fix ja que la falta de vinculació com a premissa, impediria el joc de l'única causa d'extinció legal que és la cobertura reglamentària de la plaça que concretament ha ocupat l'indefinit no fix.

vinde indefinit no fix per mera denuncia de l'ocupador i sense dret a indemnització. Posteriorment, es va entendre que la superació del procés reglamentari implicava el cessament de l'indefinit no fix com a conseqüència d'haver-se produït de la causa vàlidament consignada en el contracte, conforme a l'art. 49.1 b) ET i amb les conseqüències indemnitzatòries previstes en la lletra c) del mateix precepte. Però, el criteri canvia una vegada més, mantenint-se fins a dia d'avui, a partir de la citada STS de 28 de març de 2017. Considera el Ple de la Sala IV del TS que donades les causes que han motivat la creació d'aquesta institució, resultava necessari reforçar la quantia de la indemnització i reconèixer una superior a l'establerta per l'extinció dels contractes temporals. Així, considerant que l'extinció de la relació laboral es produeix per la cobertura reglamentària de la plaça, tal supòsit podia assimilar-se a les extincions contractuals per causes objectives i en conseqüència correspondre una indemnització de vint dies per any de servei amb un límit de dotze mensualitats tal i com estableix l'article 53.1 b) ET en relació amb els apartats c) i e) del art 52 ET. Una equiparació que, com s'adverteix en la resolució, tenint en compte que l'encaix seria complex, no es produeix perquè la situació sigui exactament subsumible a algun dels supòsits del referit article 52 ET sinó perquè en definitiva, l'extinció en qüestió, podria ser assimilable a les que el legislador considera com circumstàncies objectives que permeten l'extinció indemnitzada del contracte.

Respecte la coneguda sentència del TS de 2017 és una crítica compartida per part de la doctrina científica la falta de fonamentació amb la qual es produeix el canvi. La sentència justifica el dret a la indemnització a la llum de la doctrina del TJUE en l'Auto d'11 de desembre de 2014, Assumpte León Medialdea, però, segons Beltran de Heredia en els fonaments jurídics que s'exposen es produeix una paradoxa: si bé el TS descarta que l'indefinit no fix pugui considerar-se com a treballador temporal, s'agafa com a referència la construcció interpretativa del TJUE que considera que els indefinits no fixos són una modalitat de contracte temporal. D'altra banda, pels interins per vacant, la cobertura de la plaça produeix el venciment del contracte mentre que pels indefinits no fix, la mateixa circumstància és una causa d'ineficàcia contractual assimilable a la descrita en l'art. 52 lletres c) i e) ET. Reconeixent doncs una indemnització de vint dies a un treballador indefinit no fix per la cobertura de la seva plaça, es podria plantejar que en aplicació del principi de no discriminació que preveu la clàusula 4 de la l'Acord Marc, la cobertura de la plaça dels interins per vacant també hagi de ser de vint dies, tenint en compte que ambdues modalitats contractuals estan sotmeses a l'obligació de donar cobertura reglamentària a la plaça ocupada temporalment.

En definitiva, l'evolució jurisprudencial que s'ha produït al voltant d'aquesta figura, posa en relleu que si bé en un primer moment, a través de la condició d'indefinit no fix, es pretenia resoldre el problema exposat sobre la fixesa dels treballadors públics, aquesta ha estat objecte d'un ingent nombre de pronunciaments i comentaris tant per part dels òrgans jurisdiccionals com de la doctrina, respectivament. Encara a dia d'avui, les nombroses incerteses que suscita aquesta condició requereix per part del legislador el pertinent tractament legal que abordi la complexitat del tema i confereixi seguretat jurídica en tots els seus aspectes. Però fins que això no passi, part de la doctrina com López Balaguer defensarà la naturalesa indefinida però no fixa del vincle considerant com a factor essencial la seva causa extintiva i la impossibilitat d'al·legar durant el període en què no es convoqui la convocatòria cap de les causes de les previstes legalment per la finalització dels contractes temporals. Mentre que una altra part de la doctrina, invocant la jurisprudència del TJUE, consideraran els indefinits no fixos com a treballadors temporals amb l'objectiu de justificar la seva extinció.

ii) La durada inusualment llarga o injustificadament llarga

En l'àmbit comunitari, el TJUE, en el conegut apartat 64 del assumpte *Montero Mateos* (C-677/16), de 5 de juny de 2018, en anàlisi de la clàusula 4 de l'Acord Marc, va declarar que corresponia als tribunals espanyols examinar si, tenint en compte la imprevisibilitat de la finalització del contracte i de la seva durada, inusualment llarga, escau requalificar-lo com a contracte fix (indefinit no fix en el sector públic). En aquest sentit, la STS 322/2019, Sala Social, de 24 d'abril,⁵⁵ confirma la sentència de suplicació recorreguda en cassació que declarava la naturalesa indefinida de la relació laboral d'una treballadora que va ser contractada mitjançant dos tipus de contracte temporals des de l'any 1992. Tot i descartar que el supòsit de fet plantejat es pugui tractar d'una contractació temporal vàlida, es reconeix que el propi Tribunal ha admès la possibilitat de que les AAPP puguin utilitzar la contractació temporal. No només en els casos de substitució de treballadors amb dret a reserva de lloc de treball sinó també per a la cobertura provisional de vacants fins que aquestes siguin cobertes definitivament pels seus titulars a través del procediment establert a aquests efectes. Però, el resulta inadmissible i per tant, no concedeix el TS, és el manteniment d'una contractació temporal durant més de vint anys, sense que l'AAPP en qüestió hagi fet res per procedir a la cobertura reglamentària de la plaça. En conseqüència, es declara que el contracte temporal, inicialment vàlid, deixa de ser-ho

⁵⁵ En aplicació de la doctrina assentada per les STS 3319/2014, Sala Social, Secció 1^a, de 14 de juliol i STS 3505/2014, Sala Social, Secció 1^a, de 15 de juliol.

per la seva durada inusualment llarga. A part de la seva llarga durada, atenent a les circumstàncies específiques del cas tampoc semblava que existís una vacant susceptible de ser coberta per procés de selecció o promoció posant de relleu la passivitat de l'Administració contractant que no va realitzar cap actuació per tal d'aconseguir la cobertura definitiva de la plaça o propiciar la seva amortització.

La conclusió a la qual s'havia arribat amb l'anterior sentència, experimenta un canvi sorpresiu amb la STS 840/2019, Sala Social, Secció 1a, de 5 de desembre. A propòsit de l'apartat 64 de la citada STJUE, el TS intercanvia l'expressió "inusualment llarga" per "injustificadament llarga", estima el recurs de cassació per a la unificació de doctrina revocant la sentència dictada pel TSJ d'Andalusia que declarava a la treballadora indefinida no fixa. El Tribunal posa especial èmfasis en l'expressió "injustificadament llarga" considerant que el que realment és determinant de l'existència d'una conducta fraudulenta perquè hagi de provocar la conversió del contracte temporal en indefinit no és que la seva durada resulti "inusualment llarga" sinó que aquesta sigui injustificada per la falta d'un suport legal a la vista de les circumstàncies concurrents en cada cas. Tenint en compte que les convocatòries per cobrir les ofertes d'ocupació van quedar paralitzades per la greu crisi econòmica que va patir Espanya entre els anys 2008 – 2014 donant lloc a nombroses disposicions que limitaven la despesa pública, s'acaba considerant que no va haver-hi cap irregularitat en la contractació per part de l'AAPP.

La decisió adoptada per la majoria de la Secció 1^a de la Sala IV del TS, porta a la Magistrada Rosa María Virolés Piñol a formular un vot particular. Com a ponent de la sentència de 24 d'abril de 2019 discrepa sobre la resolució adoptada en el fons del assumpte. Considera que el contracte d'interinitat per vacant inicialment vàlid es desnaturalitza per la manca d'actuació per part de l'AAPP durant els set anys que van transcórrer des de que la treballadora va ocupar el seu lloc de treball, per tal d'assolir la cobertura definitiva de la plaça o propiciar la seva amortització. Així, tenint en compte els antecedents de fet concrets, s'hauria d'haver estimat que la relació de la treballadora ha esdevingut indefinida no fixa. Tampoc es comparteix l'equiparació que es fa entre la locució "inusualment llarga" i "injustificadament llarga" entenent que es tracta de dos conceptes diferents. Utilitzant per tant, l'expressió del TJUE, s'entén per part de la Magistrada que s'està davant d'un contracte de durada inusualment llarga i tot i que el període transcorregut respecte la sentència de 24 d'abril de 2019 sigui inferior, l'element fonamental que converteix la relació laboral d'un treballador com a indefinit no fix

és la situació d'abús de dret en la contractació temporal que deslegitima el contracte inicialment vàlid.

La doctrina també s'ha mostrat crítica amb la decisió adoptada en la sentència del TS, autors com Rojo Torrecilla⁵⁶ adverteix de la nova problemàtica jurídica que pot provocar la resolució. Especialment, per l'alteració que es fa per part del Tribunal del concepte “inusualment llarg” i l'àmplia referència a la justificació de la no convocatòria del concurs per motius pressupostaris. Segons el professor, una interpretació molt estreta a l'argumentació que conté el tercer fonament de dret de la sentència, obre la porta a la possibilitat de que el contracte d'interinitat sigui llarg o molt llarg i a més, justificat. D'altra banda, és difícil conciliar l'argument que ha utilitzat el TS en més d'una ocasió sobre la congelació de la convocatòria de places en el sector públic per avalar l'actitud conforme a dret de les AAPP tenint en compte que la línia jurisprudencial del TJUE no té en consideració aquests problemes per la presa de decisions de les AAPP ja que, en cas contrari, s'actuaria amb vulneració a la Directiva 1999/70/CE.

Finalment, l'encaix d'aquesta jurisprudència amb l'obligació que imposa la clàusula 5 de l'Acord Marc pot arribar a generar certa confusió. Si bé l'apartat 64 s'ha interpretat, en ocasions, per part dels Tribunals interns en supòsits en què efectivament s'ha apreciat una utilització successiva de contractes temporals, cal recordar de nou que l'assumpte Montero Mateos té per objecte la interpretació de la clàusula 4 del mateix Acord Marc. Per aquest motiu, el TJUE⁵⁷ no estableix que sigui exigible la concurrència d'abús per qualificar com indefinida una relació amb una finalització imprevisible i una durada inusualment llarga. La possible transformació en indefinit no fix, s'amplia a aquells supòsits en què el treballador ha ocupat per un període inusualment extens una plaça en l'AAPP a través d'un contracte temporal. Sense que sigui necessari que la persona hagi estat víctima d'una successió de diferents contractes temporals i més enllà de que aquesta solució constitueixi una mesura legal equivalent a tals efectes.

⁵⁶ ROJO TORRECILLA, EDUARDO. “*Empleo público. ¿Cuándo será injustificadamente larga una contratación de interinidad? Notas a la importante sentencia del TS de 5 de diciembre de 2019, con un voto particular discrepante*”. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Blog. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. 26 de gener de 2020.

⁵⁷ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI. “*Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*”, pàg. 70-71.

iii) L'indefinit no fix com a mesura legal equivalent i/o sanció efectiva

Havent exposat els diferents plantejaments sobre la naturalesa temporal de la figura de l'indefinit no fix, l'anàlisi d'aquesta transformació com a mesura legal equivalent i/o sanció efectiva s'efectuarà a la vista de la jurisprudència del TJUE que, tal i com s'ha mencionat, considera que tal conversió no modifica la pròpia naturalesa dels contractes. Els treballadors indefinits no fixos continuen sent temporals i per tant, s'inclouen dins l'àmbit d'aplicació de l'Acord Marc.

Com a mesura legal equivalent, determinats operadors jurídics defensen que amb la figura de l'indefinit no fix existeix efectivament una mesura eficaç contra l'abús resultant de la utilització de successius contractes de durada determinada respecte als empleats públics subjectes al Dret laboral. Consideren que per tal de donar resposta a aquesta situació, la jurisprudència del TS ha consagrat el concepte de treballador indefinit no fix sent una de les conseqüències de tal condició, el dret del treballador al manteniment en el seu lloc de treball. D'altra banda, com a possible sanció, part de la jurisprudència menor nega que a través d'aquesta figura s'aconsegueixi l'objectiu establert al no ser una sanció eficaç d'acord amb l'Acord Marc. Es motiva que aquesta transformació es produeix sens perjudici de la possibilitat de que l'ocupador públic amortitzi la plaça o cessi a l'empleat públic sota un contracte de durada determinada quan la plaça es cobreixi pel reingrés del funcionari substituït. A més, cal tenir present que aquesta figura no permet als treballadors afectats gaudir de les mateixes condicions de treball que el personal estatutari fix⁵⁸ i fins i tot podria qüestionar-se que una transformació com l'analitzada, que no deixa de ser temporal, pugui arribar a ser una mesura efectiva contra la pròpia contractació temporal.

Més enllà de la discussió plantejada al respecte, cal tenir en compte que el concepte d'indefinit no fix no és aplicable al personal que presta serveis per les Administracions Públiques en règim de Dret administratiu, i per tant, no existiria per aquests casos, cap mesura efectiva per evitar, i en el seu cas, sancionar la utilització abusiva de successius nomenaments de durada determinada respecte aquest personal. En aquest sentit, destaca la STS 3250/2018, Sala Contenciosa Administrativa, de 26 de setembre on una de les qüestions que presenten interès casacional, objecte per a la formació de jurisprudència, i que es resol en la mateixa és si evidenciada una

⁵⁸ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartat 102.

utilització abusiva de nomenaments de personal estatutari eventual, l'única solució jurídica és la conversió d'aquest personal en indefinit no fix, aplicant de forma analògica la jurisprudència de l'ordre social o bé si es pot afirmar que en l'ordenament jurídic espanyol existeixen altres mesures d'aplicació preferent i igualment eficaces per sancionar els abusos comesos respecte el personal.

D'entrada, sobre aquest aspecte el TS apunta que, en principi, qui és nomenat personal estatutari temporal de caràcter eventual i pateix una situació d'abús de nomenaments o pròrrogues successives, queda subjecte i li ha de ser d'aplicació, l'EBEP i particularment, en aquell cas concret, també l'EMPE. Per tant, tal i com s'ha anticipat, es descarta que sigui aplicable l'ordenament jurídic laboral i la corresponent jurisprudència elaborada per part dels tribunals de la jurisdicció social. Tancada la possibilitat de la transformació del treballador eventual en indefinit no fix, el Tribunal considera que el segon paràgraf de l'art. 9.3 EMPE⁵⁹, constitueix una mesura legal equivalent d'acord amb el que disposa la clàusula 5 de l'Acord Marc. No obstant, al ser omesa, la previsió legal resulta ineficaç, i això suposa l'aplicació directa i immediata de l'Acord Marc i la jurisprudència que l'interpreta.

La sentència resol que les conseqüències jurídiques que deriven de la situació d'abús són la subsistència i continuació de la relació laboral com a personal estatutari temporal del treballador afectat amb tots els drets professionals i econòmics inherents a aquesta, fins que l'Administració compleixi amb el què estableix l'art. 9.3 de l'EMPE. Considera el Tribunal que aquesta és l'única conseqüència proporcionada, efectiva i dissuasòria que garanteixi la plena eficàcia de l'Acord Marc. Afegint que, una mesura que consistís únicament en el reconeixement d'un dret al rescabament dels danys i perjudicis que hagi pogut causar l'abús, no seria suficientment dissuasòria com per garantir la plena eficàcia de la normativa europea, per raó de la quantitat reduïda que es fixaria en concepte de l'eventual indemnització. D'altra banda, correspon també a l'AAPP realitzar l'estudi que imposa la norma mencionada, valorant de forma motivada, fundada i en referència a les concretes funcions que desenvolupa el treballador afectat, si procedeix o no la creació d'una plaça estructural. En aquest sentit, recalca el Tribunal que és precís que la resposta que es doni sigui coherent en sí mateixa, tenint en compte que si

⁵⁹ Article 9.3 EMPE, paràgraf segon: *“Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”*.

no s'aprecia el dèficit estructural de places fixes, només serà admissible el nomenament de treballadors de caràcter temporal en els supòsits previstos en el mencionat art. 9.3 EMPE.

La decisió adoptada pel TS, provoca cert recel. Confiar en què la solució contra l'abús en la temporalitat sigui el manteniment de la relació funcional amb els seus drets propis, econòmics i professionals, fins que l'AAPP compleixi amb l'art. 10 EBEP o eventualment amb l'art. 9.3 EMPE, xoca frontalment amb el contingut de la jurisprudència del TJUE. No pot admetre's que la mesura sigui efectiva i dissuasòria quan s'atorga a la pròpia administració infractora realitzar una valoració "de part", deixant a les seves mans determinar si d'acord amb les circumstàncies concurrents en cada cas s'estan cobrint necessitats permanents i estructurals a través de contractes temporals. El que suposa a la vegada, un perjudici doble pel treballador temporal afectat que veu com la seva situació de precarietat no s'ha resolt i a sobre, si l'administració no aprecia un dèficit estructural de places fixes, aquesta podrà extingir la relació contractual.

D'altra banda, l'argument sobre la impossibilitat de dotar als funcionaris interins d'una condició de treballador estable que ha mantingut la jurisdicció contenciosa – administrativa, en base al principi d'igualtat, perd força al comprovar-se que tant la normativa estatal com l'EBEP, com les autonòmiques preveuen que els processos d'accés d'aquests empleats públics han de ajustar-se als principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat. Segons Casas Baamonde⁶⁰, el fet que en determinats casos concrets no s'hagin seguit els mecanismes adequats, no permet generalitzar envers a la resta de supòsits. La presumpció de validesa i legalitat que preveu l'article 39 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques⁶¹, juntament amb l'exigència que s'estableix respecte a l'organització dels processos selectius, fa que els treballadors que es trobin vinculats amb l'AAPP gaudeixin d'una presumpció favorable d'haver-se sotmès a l'aplicació de tals principis. I el que és inassumible des del seu punt de vista és que la suposada existència de casos d'accés irregular en la funció pública es converteixi en una presumpció en benefici o protecció de les AAPP. En darrer lloc, considera que el recurs a la suposada protecció de la igualtat entra en connexió amb el principi d'igualtat en la il·legalitat que ja s'ha declarat inaplicable per part del Tribunal Constitucional.

⁶⁰ CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. Dictamen: "*Temporalidad de las prestaciones de servicios para las administraciones públicas. Situación, escenario normativo y alternativas*" (pàgines 38-40).

⁶¹ Article 39.1 Llei 39/2015: "*1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*".

L'AAPP infractora no podria emparar-se en un suposat perjudici del dret d'igualtat davant la llei quan aquesta està generant amb l'ús abusiu de la contractació temporal, una situació d'il·legalitat per la qual, a més, no s'ha establert cap conseqüència tal i com exigeix la Directiva 1999/70/CE interpretada pel TJUE.

4.2.4 LA CONCESSIÓ D'UNA INDEMNITZACIÓ

El TJUE⁶² ha establert que per tal que una indemnització constitueixi una “mesura legal equivalent” en el sentit de la clàusula 5 de l'Acord Marc, aquesta ha de tenir com objecte específicament compensar els efectes de la utilització abusiva de successius contractes o relacions laborals de durada determinada. Així mateix, la indemnització ha de ser proporcionada, efectiva i dissuasòria per tal de garantir la plena eficàcia de la clàusula.

i) La regulació legal en l'ordenament jurídic espanyol

Actualment, el dret a rebre una indemnització en cas d'extinció del contracte, en l'ordenament jurídic espanyol, es troba regulat en els articles 49 i següents de l'ET, però res es preveu respecte aquells casos en què determinats empleats públics són víctimes d'una utilització abusiva de successives relacions de servei de durada determinada. Davant d'aquest buit legal, els operadors jurídics han plantejat si una indemnització podria constituir una sanció proporcionada, efectiva i equivalent des de la perspectiva de “mesures legals equivalents per prevenir els abusos” en el sentit de la Clàusula 5. D'entrada, el TJUE⁶³ ha traslladat als tribunals interns la facultat de determinar quina naturalesa ha de tenir la indemnització concedida a un treballador, conforme a la normativa, els convenis col·lectius i/o les practiques nacionals, per tal de que aquesta pugui constituir una mesura suficientment efectiva per sancionar els abusos, en el sentit de la clàusula 5, apartat 1 de l'Acord Marc. Fet que ha que ha provocat novament jurisprudència contradictòria al respecte. Mentre que algunes sentències han donat peu a aquesta possibilitat d'altres ho neguen fermament.

⁶² STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020, apartats 103-106 i jurisprudència citada.

⁶³ Entre d'altres, ATJUE, Assumpte León Medialdea (C-86/14), d'11 de desembre de 2014, apartat 57.

Seguint amb la darrera sentència del Tribunal Suprem analitzada en l'apartat anterior⁶⁴, la segona qüestió d'interès casacional que es planteja és si l'afectat per la utilització abusiva dels nomenaments temporals té dret o no a una indemnització. En concret, per quin concepte i en quin moment. Respecte aquesta, el Tribunal no nega tal possibilitat, atenent a les circumstàncies singulars de cada cas. S'imposa que tal pretensió ha de ser reclamada en el mateix procediment en què es declari l'existència de tal situació d'abús i dins d'aquest, en el seu moment processal oportú. El sol·licitant a més, ha d'especificar quins danys i perjudicis ha patit i per quins conceptes porten causa. La realitat dels danys pot ser acreditada a través de qualsevol mitjà de prova admès en dret, sent necessari que aquests estiguin lligats al dany produït per la situació d'abús i sense que puguin ser hipotètiques "equivalències" al moment del cessament i inexistents en aquell tipus de relació contractual. El Tribunal deixa també entreveure que el dret a rebre percebre una indemnització en cas que s'apreciés una situació abusiva que mereixés el qualificatiu de manifesta podria ordenar-se a través de l'article 7.2 CC⁶⁵.

En aquesta línia, l'anteriorment citada SJCA de Madrid 1770/2020, de 29 de juny, analitzant la indemnització com a sanció, es pronuncia de forma favorable a aquesta solució considerant que es tractaria d'una sanció de quantia diferent i per tant proporcionada a la durada i gravetat de l'abús. S'afegeix que seria dissuasòria per la seva entitat i onerosa per les AAPP, fins a l'extrem d'arribar a aconseguir que, la necessària adaptació del Dret espanyol a la Directiva Comunitària sobre l'abús ja comès, busqui la fixesa de les víctimes a través de processos transparents i ordenats, tal i com permet l'ordenament jurídic intern davant de situacions excepcionals. També seria efectiva ja que a través d'aquesta no només es sancionaria l'abús sinó que hauria d'anar de forma obligada amb una reparació de danys. En darrer lloc, la sentència declara que *"aquesta sanció es l'única possible i que compliria amb tots els requisits"*.

Per contra, la SJCA d'Alacant 252/2020, de 8 de juny, també ja citada, considera que per tal que una indemnització sigui una "mesura legal equivalent", a part de reunir els requisits de proporcionalitat, efectivitat i ser dissuasòria, hauria d'estar específicament prevista per sancionar els abusos incompatibles amb la Directiva. Afegeix, com ja s'havia anticipat, que és

⁶⁴ STS 3250/2018, Sala Contenciosa Administrativa, de 26 de setembre.

⁶⁵ Article 7.2 CC: *"La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"*.

un fet notori que a Espanya no existeix una indemnització específicament prevista per sancionar els abusos incompatibles amb la Directiva ni tampoc cap norma que permeti multar a les autoritats o administracions ocupadores responsables d'aquests abusos. Per aquests motius, la indemnització que s'hauria d'establir perquè fos suficientment eficaç i dissuasòria i protegís a l'empleat públic, seria d'una xifra tan elevada que difícilment podria ser satisfeta per l'Administració. Igualment, es concreta que aquesta hauria de ser calculada en funció dels anys de servei prestats, la pèrdua d'oportunitats, la reparació pels costos afegits que haurien d'abonar els recurrents al seu cessament perquè no es minorés la seva pensió de jubilació, així com els danys morals.

Sobre quina podria ser aquesta possible indemnització, a la llum de les precisions atorgades pel TJUE amb la finalitat d'orientar els òrgans jurisdiccionals nacionals que són els encarregats de determinar si una determinada disposició de dret intern pot constituir una mesura apropiada per prevenir i en el seu cas, sancionar l'ús abusiu de successius contractes o relacions laborals, es descarta que la indemnització que preveu l'art. 49.1 c) ET pugui ser aplicable a aquests supòsits. Segons el TJUE⁶⁶ a primera vista, aquesta no s'inclou en cap de les categories de mesures destinades a evitar els abusos previstes en l'apartat 1 de la clàusula 5 de l'Acord Marc i d'altra banda, tampoc sembla constituir una mesura legal equivalent ja que no permet obtenir l'objectiu perseguit per la pròpia clàusula consistent en la prevenció dels abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada. Així doncs, tenint en compte que l'art. 49.1 ET persegueix un objectiu diferent al mencionat en la clàusula 5 de l'Acord Marc i la indemnització en qüestió s'abona independentment del caràcter legítim o abusiu de la utilització de tals contractes o relacions, aquesta no resulta adequada per sancionar degudament la seva utilització abusiva i eliminar les conseqüències de la infracció de el Dret de la Unió. Conseqüentment, segons el TJUE aquesta indemnització no sembla constituir, per sí sola una mesura suficientment efectiva i dissuasòria per garantir la plena eficàcia de les normes adoptades de conformitat amb l'Acord Marc. En base al mateix argument, la indemnització que preveu l'article 53.1 b) ET tampoc constitueix una mesura legal equivalent ja que aquesta no té per objecte sancionar l'abús en la temporalitat sinó compensar la ruptura imprevista i brusca del vincle laboral en un contracte indefinit.

⁶⁶ STJUE, Baldoneo Martín (C – 177/18), de 22 de gener de 2020, apartats 61-63 i jurisprudència citada.

Per últim, el Ple de la Sala Social del Tribunal Suprem, en la sentència 207/2019 de 13 de març, va posar fi al conegut cas “De Diego Porras”. De les dues principals qüestions que es tracten i sobre les quals el TJUE⁶⁷ va donar resposta en dues qüestions prejudicials, una a instància de la Sala Social del TSJ de Madrid i una altra a instància de la Sala IV de TS, interessa destacar l’argumentació que s’exposa per cassar i anul·lar parcialment la sentència dictada pel TSJ de Madrid. Concretament, la sentència d’última instància deixa sense efectes el reconeixement del dret de la treballadora a percebre una indemnització equivalent a 20 dies de salari per any de servei, com l’establerta legalment pels supòsits d’acomiadament per causes objectives. La Sala nega que en aquest cas, pugui atorgar-se una indemnització descartant tant la de 20 dies com la de 12 dies que preveu l’article 49.1 c) ET. En vista a la resposta donada pel TJUE es considera que, la mera imposició d’una indemnització com l’establerta pels altres tipus de contractes temporals no constitueix una sanció per l’ús abusiu ni posseeix per sí sola un efecte dissuasori, en tant que, la configuració de la mateixa parteix de la regularitat d’aquests contractes, i conseqüentment es preveu com una indemnització inferior a la que es reconeixeria al contracte temporal fraudulent. La sentència reafirma que la mesura adoptada per l’ordenament nacional per satisfer l’obligació de la clàusula 5 de l’Acord Marc es troba en la conversió en indefinit de tot contracte celebrat de forma abusiva o en frau de llei, el que provoca una sanció per l’empresari molt més onerosa que la indemnització de 12 dies. Sobre aquesta resolució simplement remarcar els impediments que suposa la fixesa sobre el personal laboral que presta els seus serveis a les AAPP, remetent-me per a tots els altres aspectes a l’apartat corresponent d’aquest mateix treball (cfr. Supra. La fixesa).

Tanmateix, la decisió, no és unànime i justament, respecte a la interpretació que efectua la sentència majoritària sobre la clàusula 5 de l’Acord Marc es formula un vot particular per part del Magistrat Fernando Salinas Molina al que s’adhereix la Magistrada Rosa María Virolés Piñol. A la llum de la jurisprudència del TJUE⁶⁸, es manifesta que es podrien haver arribat a diferents solucions. La primera proposta que s’efectua és la recalcificació del contracte temporal de substitució com a contracte fix en motiu de la seva durada inusualment llarga i tenint en compte la imprevisibilitat de la seva durada. Com proposta subsidiària, es planteja fixar com a mínim a favor de la treballadora demandant una indemnització de quantia

⁶⁷ Respectivament, STJUE, De Diego Porras (C-596/14), de 14 de setembre de 2016 i STJUE, Ministerio de Defensa (C-619/17), de 21 de novembre de 2018.

⁶⁸ Respecte la primera proposta, en base a STJUE, Montero Mateos (C – 677/16), de 5 de juny de 2018, apartat 64 i per la segona proposta, STJUE, Ministerio de Defensa (C-619/17), de 21 de novembre de 2018.

equivalent a la part proporcional que resultaria d'abonar dotze dies de salari per cada any de servei en igualtat a la que s'estableix per la resta de contractes temporals (obra o servei determinat i circumstàncies de la producció) en l'article 49.1 c) ET o, en el seu cas, l'establerta en la normativa específica que sigui d'aplicació.

Mostrant la seva disconformitat amb la conclusió a la que arriba la sentència majoritària al considerar que en l'ordenament jurídic espanyol la sanció davant l'abús de la contractació es satisfà completament a través dels apartats 2 i 3 de l'art. 15 ET, el vot particular al·lega que la realitat ha anat demostrant tot el contrari. S'exposa que s'ha evidenciat que les regles citades en l'art. 15 ET són totalment insuficients a efectes de prevenir els abusos com a conseqüència de la utilització successiva de contractes o relacions laborals de durada determinada. I en aquest sentit, sostenen que si no s'estableix en la normativa interna espanyola mesures clares i més determinants destinades a evitar la utilització abusiva de la contractació temporal en la forma exigida i detallada per la clàusula 5 de l'Acord Marc sobre el treball de durada determinada, difícilment, a través de l'art. 15 ET, en la seva actual interpretació jurisprudencial, es podrà satisfer de forma completa la prevenció i sanció davant l'abús de la contractació temporal i el dret a la estabilitat en l'ocupació.

Es precisa també que la indemnització de 12 dies per any treballat a la qual té dret un treballador temporal contractat sota un contracte d'obra o servei determinat o per circumstàncies de la producció en el moment de la extinció del contracte, tot i que no comporti en ella mateixa una mesura eficaç per lluitar contra els possibles abusos en la contractació temporal, sí que podria incidir encara que fos mínimament, i partint de la seva insuficiència com a mesura efectiva i dissuasòria, a fomentar la contractació indefinida per tal de garantir l'estabilitat en l'ocupació, conforme a la Directiva 1999/70/CE. En base a aquest motiu, es conclou que no existiria raó objectiva per no estendre aquesta lleu mesura a la resta de contractes temporals vàlidament finalitzats, com als d'interinitat. Particularment, no constituiria una raó objectiva per establir diferències entre els treballadors temporals i en conseqüència no abonar una indemnització de 12 dies de salari per any de servei, el fet que amb el cessament del treballador interí no es produeixi la desaparició de lloc del treball garantint així el dret al treball del treballador substituït.

Com a contraargument, sobre aquest últim punt relatiu a la diferència de tracte que la llei estableix entre els contractes de durada determinada en l'art. 15 ET, podria defensar-se que

aquesta desigualtat s'estableix en atenció a la causa d'extinció, preservant en tot moment la indemnització de l'art. 53.1. b) ET que es reconeix sempre en cas d'acomiadament objectiu amb independència de la durada determinada o indefinida del contracte de treball. Per tant, no es consideraria que s'estigués vulnerant el principi de no discriminació que preveu la Clàusula 4 de l'Acord Marc. A més, considera el TS que no es poden confondre les diverses causes d'extinció contractual que preveu l'ET i transformar la finalització regular del contracte temporal en un supòsit d'acomiadament objectiu que el legislador no ha contemplat com a tal. Es sosté que el règim indemnitzatori de la fi dels contractes temporals posseeix identitat pròpia, configurada legalment de forma separada, sense que minvi el dret a no discriminació dels treballadors temporals. Altrament, sobre la indemnització que preveu l'article 49.1 c) ET es considera que pot tenir un efecte dissuasori sobre l'empresari que pretén reduir personal fàcilment, però aquesta mateixa indemnització no tindria el mateix efecte amb els contractes d'interinitat ja que la seva finalització no dona lloc a una disminució de personal⁶⁹.

En resum, la previsió d'una possible indemnització pels abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada podria constituir una "mesura legal equivalent" sempre que aquesta es configurei de forma autònoma a aquells supòsits en què l'Estatut dels Treballadors ja preveu un dret a indemnització però aquesta resulta abonable independentment del caràcter legítim o abusiu de la utilització de tals contractes o relacions. A aquests efectes, resulta indispensable que la mesura compleixi amb els requisits de proporcionalitat, efectivitat, sigui dissuasòria i estigui específicament prevista per sancionar els abusos incompatibles amb la Directiva. No necessàriament hauria de ser una indemnització equivalent a l'abonada en cas d'acomiadament improcedent o a altres causes d'extinció del contracte. Tot i que si s'agafés com a paràmetre orientador per establir la quantia concreta, la jurisprudència del TS, aquesta hauria de ser en tot cas superior a una indemnització de 20 dies de salari per any de servei, i per tant també a la de 12 dies de salari per any treballat. Casas Baamonde, en el Dictamen citat anteriorment, considera que per tal que la indemnització resulti una mesura eficaç aquesta s'hauria de constituir sobre la que s'atorga per l'acomiadament improcedent, al ser pacífic que el càlcul de 33 dies de salari per any de servei, amb un màxim de 24 mensualitats és efectiu i dissuasori en el sistema espanyol. Efectuant un càlcul teòric en base al supòsit del Sr. Sánchez Ruiz⁷⁰, segons la data del nomenament del demandant (2/11/99),

⁶⁹ STJUE, Ministerio de Defensa (C-619/17), de 21 de novembre de 2018, apartat 48.

⁷⁰ STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020.

la data de reclamació (21/12/16) i un salari hipotètic de 21.268,22€ (C1, Grup Administratiu), la indemnització resultant suposaria una quantia de 41.793,51€, d'acord amb l'instrument de càlcul del CGPJ. A la vista de la simulació efectuada i tenint en compte els alts percentatges de temporalitat en el sector públic, la Magistrada emèrita del TC acaba conclouent que el cost d'aquesta mesura seria políticament inassumible per part de l'administració pública⁷¹. En qualsevol cas, siguin quins siguin els paràmetres exactes, la concessió d'una indemnització com a mesura per prevenir els abusos en la contractació temporal en el sector públic actuaria a la vegada com a sanció efectiva a l'estar vinculada al principi de causalitat i ser onerosa, tot comportant un gravamen per l'AAPP.

ii) La regulació legal en l'ordenament jurídic italià

Situant la mirada fora de l'ordenament jurídic espanyol, en el dret intern italià la celebració de contractes de treball de durada determinada en el sector públic es regula a través del Decret Legislatiu 165/2001 pel que s'estableixen les normes generals relatives a l'organització del treball en les Administracions públiques, de 30 de març de 2001. En concret, en el seu article 36.5, es preveu que la infracció, per part de les AAPP, de les disposicions imperatives relatives a la selecció o a la contractació d'empleats públics no pot donar lloc a l'establiment d'una relació de servei per temps indefinit, sens perjudici de qualsevol responsabilitat o sanció aplicable. Concretament, es reconeix que el treballador afectat tindrà dret al rescabament del perjudici sofert com a conseqüència de la infracció de les normes imperatives aplicables a la relació de servei. En aquest aspecte, l'article 32.5 de la Llei 183/2010⁷² estableix que, en aquells supòsits en què es produeixi un ús abusiu dels contractes de treball de durada determinada, el jutge condemnarà a l'empresari a abonar al treballador afectat una indemnització global corresponent d'entre 2,5 i 12 mensualitats de l'última retribució total percebuda. Així mateix, segons la jurisprudència del Tribunal Suprem de Cassació Italià, el treballador pot sol·licitar la reparació íntegra del perjudici vinculat a la "pèrdua d'oportunitat" entenent que la relació laboral temporal pot haver fet perdre al treballador altres oportunitats de treball estable.

⁷¹ En el Dictamen que redacta, es calcula que assumint un percentatge de temporalitat del personal del sector sanitari de la Comunitat de Madrid del 20% sobre 500.000 empleats i acceptant de forma teòrica que el Sr. Sánchez Ruiz és un treballador mitjà, el cost per l'Administració d'aquest únic departament seria de 417.935.100€.

⁷² Actualment derogat per l'article 28 de del Decret Legislatiu núm. 81 de 15 de juny de 2015.

Sobre aquest últim punt, existeix una dificultat probatòria rellevant per part del treballador que ha de demostrar la pèrdua d'oportunitat d'haver trobat un altre lloc de treball o que si s'hagués organitzat un procés selectiu de manera regular, l'hauria superat, obtenint així un plaça fixa en l'Administració. Per aquest motiu, els tribunals nacionals apliquen criteris especialment favorables exigint com a única prova, mitjançant presumpció, no la pèrdua d'un avantatge sinó la mera possibilitat d'obtenir-la. En base a aquestes circumstàncies, el TJUE⁷³ declara que un mecanisme de presumpció que té per objecte garantir la possibilitat d'eliminar les conseqüències d'una infracció del Dret de la Unió al treballador que ha patit una pèrdua d'oportunitats laborals a causa de l'ús abusiu de successius contractes de durada determinada, pot satisfer el requisit d'efectivitat. No obstant, com a breu apunt, cal senyalar que s'exclou als treballadors que prestin els seus serveis en el sector educatiu (docents i personal administratiu i de servei) tota possibilitat d'obtenir una indemnització pels danys soferts.

Finalment, la normativa nacional recull altres mesures destinades a prevenir i sancionar l'ús abusiu dels contractes temporals. Per exemple, el mencionat art. 36.5 del Decret Legislatiu 165/2001 preveu també que les administracions estaran obligades a recuperar dels directius responsables, els imports abonats als treballadors en concepte de reparació del perjudici sofert degut a la infracció de les disposicions relatives a la selecció o a la contractació, quan la infracció sigui intencional o resultat d'una falta greu. A més, aquesta infracció incideix en l'avaluació de l'execució dels directius, els quals, degut a aquesta, no poden obtenir complements salarials vinculats al resultat. L'apartat 6 del mateixa normativa també senyala que aquelles AAPP que hagin infringit disposicions relatives a la selecció o a la contractació, no poden dur a terme processos selectius de cap mena durant els tres anys posteriors a la infracció.

5. ELS EFECTES D'UNA TRANSPOSICIÓ INCOMPLETA

L'article 288 TFUE indica que *“la directiva obligarà al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”*. L'obligació que s'imposa als EEMM de garantir el

⁷³ STJUE, Santoro (C-494/16), de 7 de març de 2018, apartat 50.

resultat exigít pel dret comunitari i en concret el de la Directiva 1999/70/CE, també es dedueix del propi article 2⁷⁴ interpretat a la llum del dissetè considerant de la mateixa.

En aquest sentit, la directiva comunitària genera una obligació d'execució en un termini determinat però al no ser una norma directament aplicable, requereix d'un acte intern de desenvolupament que la introdueixi en l'ordenament jurídic de cada EEMM. Tot i així, en virtut de l'art. 288 TFUE, és jurisprudència reiterada del TJUE⁷⁵, que si bé els Reglaments són directament aplicables i per la seva pròpia naturalesa, poden produir efectes directes, això no significa que altres categories d'actes contemplats per mateix precepte, no puguin mai produir efectes anàlegs. Resultant incompatible amb el caràcter vinculant que el precepte reconeix a les Directives, exclou en un inici que les obligacions imposades per aquestes puguin ser invocades per les persones afectades.

La falta d'aplicabilitat directe no ha de confondre's amb la possible existència d'efectes jurídics respecte als particulars des del moment en què ha vençut el termini per a la seva execució. C. W. A. Timmermans sosté que aquesta no necessita ser "incorporada" però sí "executada" (o "complerta"), sens perjudici que una directiva no executada pugui tenir efectes, com per exemple, a través de les sentències de l'actual TJUE que atorguen efecte directe sense una execució prèvia.

D'altra banda, el **principi d'interpretació conforme** exigeix que els òrgans jurisdiccionalss nacionals, prenent en consideració la totalitat del seu Dret intern (tant les disposicions anteriors com posteriors a la Directiva) i aplicant els mètodes d'interpretació reconeguts, facin tot el que sigui de la seva competència a fi de garantir la plena efectivitat de la Directiva i obtenir una solució conforme amb l'objectiu perseguit per aquesta. En altres paraules, al aplicar el Dret intern, els òrgans jurisdiccionalss nacionals estan obligats a interpretar-lo en la mesura en què sigui possible, a la llum de la lletra i finalitat de la directiva en qüestió, per tal d'obtenir el resultat que aquesta persegueix. L'obligació s'imposa especialment per aquelles disposicions de la Directiva que no tenen efecte directe al no ser suficientment clares, precises i incondicionals o bé, perquè el litigi es formula exclusivament entre particulars. Tanmateix, la

⁷⁴ Article 2 paràgraf primer de la Directiva 1999/70/CE: "*Los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva*".

⁷⁵ STJUE, Grad (C-9/70), de 6 d'octubre de 1970, apartat 5; STJUE, Ratti (C-148/78), de 5 d'abril de 1979, apartats 19 – 20 i jurisprudència citada.

interpretació que es pugui efectuar troba els seus límits en els principis generals del Dret, en particular, en el de seguretat jurídica i irretroactivitat, que no poden servir de base per una interpretació *contra legem* del Dret nacional. Com a criteri temporal, quan es produeix un retard en l'adaptació d'una Directiva, en virtut del precitat principi, els òrgans jurisdiccionals tenen l'obligació general d'interpretar el dret intern d'acord amb la directiva des del moment en què expira el termini d'adaptació del Dret intern a tal Directiva⁷⁶. En el cas de la Directiva 1999/70/CE, segons el propi article 2 de la mateixa, els EEMM disposaven fins el 10 de juliol del 2001 per donar compliment a la mateixa, sens perjudici de la facultat que s'atorgava de disposar com a màxim d'un any suplementari en els termes establerts.

Respecte l'efecte vinculant que té pels EEMM la no transposició de la Directiva en el termini corresponent, o si tot i havent-se transposat es fa de manera insuficient o defectuosa, com és el cas de la Directiva 1999/70/CE, el TJUE⁷⁷ fixa l'efecte útil de la Directiva en sentit vertical considerant que aquest quedaria debilitat si s'impedís invocar-lo davant dels Tribunals i els òrgans jurisdiccionals nacionals no poguessin tenir-la en consideració com element del Dret comunitari. Conseqüentment, l'EEMM que no hagi adoptat dins del termini previst, les mesures d'execució que imposa la Directiva, no pot oposar als particulars el propi incompliment de les obligacions que la Directiva implica. El que acaba derivant en que, si una persona atenent a les disposicions d'una Directiva, sol·licita a un òrgan jurisdiccional nacional que no s'apliqui una disposició nacional incompatible amb la Directiva la qual no s'ha adaptat a l'ordenament jurídic intern de l'Estat, el tribunal ha d'estimar la pretensió sempre que es tracti d'una obligació que des del punt de vista del seu contingut, sigui incondicional i suficientment precisa.

Amb tot, ni l'existència d'invocabilitat atorga als EEMM el dret de no desenvolupar les directives, ni l'obligació de desenvolupar-les impedeix que les seves disposicions puguin ser invocades, encara que no s'hagi produït tal execució. És jurisprudència confirmada, la que estableix que l'execució del Dret Comunitari en Dret intern ha de ser eficaç, en el sentit de no deixar cap incertesa respecte la seva obligatorietat. L'obligació dels EEMM a aconseguir el resultat que la Directiva preveu, així com, d'acord amb l'art. 4 TUE, d'adoptar totes les mesures generals o particulars apropiades per assegurar el compliment de tal obligació, és imposable a

⁷⁶ STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartats 108 – 115 i jurisprudència citada.

⁷⁷ STJUE, Ratti (C-148/78), de 5 d'abril de 1979 i STJUE, Becker (C-8/81), de 19 de gener de 1982.

totes les autoritats dels EEMM, incloses, en el marc de les seves competències, les autoritats judicials⁷⁸.

Concretament el TJUE⁷⁹, en la sentència Francovich i Bonifaci, va establir que la facultat d'un EEMM per optar entre una multiplicitat de mitjans possibles per tal d'aconseguir el resultat prescrit per una directiva, no exclou la possibilitat pels particulars, d'al·legar davant els òrgans jurisdiccionals nacionals, basant-se únicament en les disposicions de la directiva, aquells drets amb un contingut que pugui determinar-se amb suficient precisió. Jurisprudència que és traslladable a acords que com l'Acord Marc, que ha sorgit d'un diàleg entre interlocutors socials en l'àmbit comunitari i ha estat aplicat, mitjançant una Directiva del Consell de la Unió Europea, de la qual, els EEMM, formen part. No obstant, el Tribunal, a diferència del que s'estima respecte la clàusula 4 del mateix acord, estableix que no es poden identificar en l'apartat 1 de la clàusula 5 de l'Acord Marc disposicions que defineixin, de manera incondicional y suficientment precisa, un contingut de protecció mínima a favor dels particulars per tal de que aquesta pugui ser invocada, a falta de mesures d'adaptació adoptades dins del termini, per un particular davant un tribunal nacional.

A nivell intern, el TC⁸⁰ ha declarat en varies ocasions l'adequació del principi de primacia del dret comunitari a l'ordenament constitucional en base a l'art. 93 CE. Principi de supremacia que s'integra no només pel conjunt de normes del dret primari i derivat de la Unió, sinó també per la jurisprudència emanada de la jurisdicció comunitària. Segons la Declaració 1/2004, de 13 de desembre emesa pel Ple del TC, la primacia no se sustenta necessàriament en la jerarquia, sinó en la distinció entre àmbits d'aplicació de diferents normes, en principi vàlides, de les quals, però, una d'elles té capacitat de desplaçar l'altre en virtut de la seva aplicació preferent o prevalent deguda a diferents raons. En aplicació d'aquest principi, el TS⁸¹ ha establert que en cas d'incompatibilitat o col·lisió entre un acte normatiu de la UE dotat d'eficàcia directa i una norma de dret intern de qualsevol rang, el jutge nacional deixarà d'aplicar aquesta última en favor de l'aplicació d'aquest.

⁷⁸ STJUE, Impact (C-268/06), de 15 d'abril de 2008, apartat 41 i jurisprudència citada; STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartat 117 jurisprudència citada.

⁷⁹ STJUE, Impact (C-268/06), de 15 d'abril de 2008, apartats 69 – 80 i jurisprudència citada.

⁸⁰ Per totes, STC 145/2012, Sala Primera, de 2 de juliol.

⁸¹ STS 207/2019, Ple de la Sala Social, de 13 de març.

En conclusió, tal i com s'ha pronunciat al respecte el TC i en estricte compliment de la jurisprudència que emana del TJUE, una Directiva serà directament invocable i aplicable en l'ordenament jurídic espanyol quan aquesta no hagi estat transposada dins del termini concedit per tal actuació, tenint la mateixa efecte vertical i sempre que la disposició que s'inclou en la Directiva sigui incondicional i precisa, sense deixar marge d'apreciació als EEMM. En aquest sentit, l'apartat 1 de la clàusula 5 de l'Acord Marc, al no complir els requisits exigits, no pot ser invocada pels particulars davant dels tribunals nacionals sens perjudici de que aquest fet eximeixi als òrgans jurisdiccionals nacionals d'aplicar el principi d'interpretació conforme. Com a última ratio, en el cas en què no es pogués obtenir el resultat exigit per una directiva a través de la seva interpretació, el Dret comunitari, sempre que concorrin els requisits exigits⁸², imposa als EEMM l'obligació de reparar els danys causats als particulars per no haver adaptat el Dret intern a la Directiva.

6. CONCLUSIONS

La precarietat laboral, entesa com la utilització abusiva de la contractació temporal per part de les AAPP per tal de desenvolupar tasques permanents, ha posat de manifest la greu problemàtica que existeix en sector públic. La cultura de la temporalitat que sembla haver-se instal·lat en l'ocupació perjudica greument als funcionaris interins, al personal eventual i al personal laboral de les AAPP col·locant-los en una situació d'instabilitat professional que es prolonga de forma indefinida. Si bé el diagnòstic és clar i evident, davant d'una incompleta transposició de la Directiva 1999/70/CE al no preveure's en l'ordenament jurídic intern cap de les mesures contemplades en l'apartat 1 de la clàusula 5 de la mateixa directiva envers al sector públic ni mesures legals equivalents que evitin i sancionin aquestes conductes per part de l'Administració ocupadora, la possible solució a aquesta qüestió no resulta senzilla. El fracàs per part del legislador espanyol en transposar adequadament la citada Directiva, segons Casas Baamonde, en un primer moment, podria haver-se excusat al haver interpretat equivocadament que l'Acord Marc no era aplicable al sector públic, però, posteriorment, d'acord amb la reiterada jurisprudència del TJUE tal error no s'ha esmenat. Fet que ha alimentat un ús abusiu

⁸² STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006, apartat 112 i jurisprudència citada. Els tres requisits que cal reunir per tal de reclamar a un EEMM responsabilitat per la falta de transposició d'una Directiva són: que l'objectiu de la directiva sigui atribuir drets als particulars, que el contingut d'aquests drets pugui determinar-se basant-se en les disposicions de la directiva i que existeixi una relació de causalitat entre l'incompliment de l'obligació que correspon a l'Estat i el dany patit per les persones afectades.

de la contractació temporal insostenible pesant sobre els òrgans jurisdiccionals el seu control i intervenció.

El govern actual, coneixedor de la inajornable necessitat de posar sobre la taula propostes per abordar la situació, va incloure en l'Acord de Govern subscrit el 30 de desembre de 2019 entre el Partit Socialista Obrer Espanyol (PSOE) i Unides Podem (UP), el compromís de desenvolupar l'EBEP i revisar el contracte d'interinitat a les AAPP per tal d'evitar el seu ús abusiu. Més recentment, a la Comissió de Funció Pública del Senat d'abril de 2021, es va anunciar per part del ministre de Política Territorial i Funció Pública la reforma de l'EBEP a través de la qual es pretén establir l'obligatorietat a les AAPP de cobrir, en un termini màxim de tres anys, les places ocupades per treballadors sense contracte fix amb l'objectiu de que la taxa de temporalitat no excedeixi del 8% en el conjunt de les administracions. En aquests moments, les possibles solucions es troben en un estadi molt incipient al haver-se de definir un acord final entre les Comunitats Autònomes, les entitats locals i els sindicats però, davant la situació palmària i la pressió social existent, tot sembla conduir cap a una solució imminent. En qualsevol cas, els canvis acordats no seran per menys, a l'existir un procediment d'infracció obert per part de la Comissió Europea (2014/4334) en relació a la possible incompatibilitat del dret espanyol amb la clàusula 5 de l'Acord Marc.

El paper dels òrgans jurisdiccionals en tota aquesta problemàtica ha estat essencial però lluny de proporcionar solucions clares, la jurisprudència, que en ocasions ha estat contradictòria, ha evidenciat una vegada més que l'única via per complir amb el Dret de la Unió és la introducció en la legislació interna de disposicions concretes orientades en un doble sentit: cap el passat, per tal de permetre corregir els abusos produïts i cap el futur, a través de mesures legals equivalents i sancions efectives i dissuasòries que donin compliment a l'efecte útil de la Directiva 1999/70/CE.

La facultat que ostenten els EEMM per determinar els mitjans a través dels quals es pugui arribar a complir amb l'objectiu general de prevenció dels abusos en la contractació temporal, permet tenir en consideració múltiples solucions sense que aquestes siguin excloents entre elles. D'altra banda, l'àmplia casuística i l'exigència d'abordar individualment les possibles irregularitats segons les circumstàncies concretes de cada cas, requereix que les mesures legals equivalents i/o sancions siguin aplicables a una generalitat de supòsits de forma automàtica i sobretot, arribin a ser conciliables amb la normativa legal establerta i els principis

constitucionals de l'art. 23.2 CE. En aquest sentit, cal que aquestes, en primer lloc, tinguin per objecte la prevenció dels abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada, existint un principi de causalitat i en segon lloc, siguin efectives, dissuasòries i proporcionals.

De les quatre possibles mesures legals equivalents analitzades en el present treball, l'organització de processos selectius constitueix, *a priori*, una mesura adequada per aconseguir l'objectiu que imposa la clàusula 5 de l'Acord Marc. No obstant, la poca freqüència amb què es convoquen els processos i l'incompliment del termini fixat per executar l'oferta d'ocupació pública en qüestió, fan dissipar qualsevol possibilitat que permeti estimar tal opció com una mesura adequada per prevenir la utilització abusiva de les relacions de servei de durada determinada. Aquesta solució tampoc pot considerar-se com una possible sanció efectiva ja que d'acord amb la reiterada doctrina del TS citada anteriorment, la infracció de l'art. 70 EBEP per part de l'AAPP no suposa l'alteració automàtica dels vincles laborals ni té associada cap conseqüència negativa per la mateixa. Altrament, la mera obligació de convocar el procés selectiu en cas d'apreciar un abús en la contractació temporal, no compleix amb el principi de causalitat requerit en el moment en què l'organització es preveu al marge d'un eventual ús abusiu. La lliure concurrència d'aquests processos i el seu resultat incert també són elements que permeten mantenir l'opinió argumentada.

Ara bé, si finalment s'acabés imposant a les AAPP l'obligació de cobrir, en un termini màxim de tres anys, les places ocupades per treballadors sense contracte fix, aquesta podria configurar-se com a mesura legal equivalent a efectes de prevenir futurs abusos. Caldria per això, que a diferència del que preveu actualment l'article 70 EBEP, el nou termini comprengués tant la convocatòria com l'execució de l'oferta d'ocupació pública i en cas d'incompliment, hi hagués associada alguna conseqüència per l'AAPP infractora com per exemple, que es permetés dictar l'organització judicial del concurs o el reconeixement de l'experiència d'aquells treballadors que hagin estat víctimes d'una utilització abusiva tot respectant els principis constitucionals de l'art. 23.3 i 103.1 CE.

Pel que fa a la fixesa, en el sector públic aquesta es limita a la superació prèvia del corresponent procés selectiu. Per aquest motiu, llevat d'aquells casos en què s'hagi provat tal concurrència, els tribunals han desestimat la pretensió tenint en compte que d'acord amb la doctrina que emana del TJUE, la Directiva 1999/70/CE no imposa en cap cas als EEMM l'obligació de

transformar els contractes temporals en indefinits, com tampoc s'impedeix que les conseqüències que es prevegin en cas d'abús siguin diferents en funció de si tal abús s'ha produït en el sector públic o privat. Un altre argument que descarta la fixesa com a possible mesura legal equivalent és la creació per part de la jurisdicció social de la figura jurisprudencial del indefinit no fix. Tanmateix, tal i com s'ha exposat anteriorment en el corresponent apartat, aquesta solució és controvertida. Si bé el TS ha fluctuat en els seus criteris, principalment, el TJUE ha considerat que a través d'aquesta conversió no es modifica la naturalesa dels contractes que continuen sent temporals. En aquest mateix sentit, part de la doctrina científica i la jurisprudència menor ha declarat que la transformació de la relació laboral en indefinit no fix resulta ineficaç ja que el treballador afectat no obté l'estabilitat en el seu lloc de treball, continuant estant subjecte a la convocatòria d'un procés selectiu o a l'amortització de la plaça. Precisament, és en l'anàlisi d'aquesta possible solució on es manifesta de forma més evident la dualitat de règims jurídics que caracteritza el model de funció pública espanyol al haver-se descartat per la Sala Contenciosa Administrativa del TS, l'aplicació analògica d'aquest concepte. En conseqüència, quan es tracta d'un treballador vinculat amb l'AAPP a través d'una relació administrativa, la insuficient transposició de la Directiva 1999/70/CE és inequívoca al no existir cap mesura efectiva per evitar, i en el seu cas, sancionar la utilització abusiva de successius contractes o relacions laborals de durada determinada.

Finalment, la concessió d'una indemnització que tingui per objecte compensar la utilització abusiva de successius contractes o relacions laborals de durada determinada, actualment no es preveu en l'ordenament jurídic espanyol. El que no vol dir que una possible modificació legal en aquest sentit podria constituir una mesura legal equivalent i a la vegada una sanció efectiva i dissuasòria que permetés donar resposta a aquestes situacions. La tipificació legal que preveu l'ordenament jurídic italià respecte aquesta possibilitat podria servir, en certa mesura, d'inspiració per a una futura reforma de la legislació espanyola. El cost econòmic en què es quantificaria la indemnització podria definir-se a través d'un barem que permetés als jutges, en funció de la durada total dels successius contractes temporals i altres presumpcions com la pèrdua d'oportunitats, establir una xifra indemnitzatòria per a cada cas concret.

Tanmateix, si bé és cert que l'analogia dels 33 dies de salari per any de servei que es preveu pels acomiadaments improcedents com a sanció contra una il·legalitat, des d'un punt de vista teòric planteja pocs inconvenients, en cas que el cost econòmic fos desproporcionat o impracticable, el barem legal podria referenciar-se a altres paràmetres. Per exemple, la

jurisdicció social ha aplicat com a criteri orientador per a la fixació del *quantum* indemnitzatori del dany moral, les sancions pecuniàries previstes en la Llei sobre Infraccions i Sancions en l'Ordre Social. Així mateix, tal i com s'ha mostrat partidària part de la doctrina i seguint els mecanismes que preveu la normativa italiana, podria contemplar-se en la llei espanyola la possibilitat de que les AAPP poguessin rescabalar-se de les indemnitzacions abonades als treballadors víctimes de l'abús reconegut, derivant responsabilitats per aquells directius o responsables que haguessin autoritzat la contractació sense que concorregués cap causa que legitimés la contractació temporal o fessin cas omís a les previsions normatives al respecte. Aquesta última mesura complementària al reconeixement d'una indemnització podria considerar-se en termes generals com una legal equivalent a efectes de prevenir i sancionar d'acord amb la clàusula 5 de l'Acord Marc, sens perjudici de que quan concorrin factors externs com ara baixos percentatges de reposició, l'atribució de la responsabilitat a les AAPP difícilment podria efectuar-se.

Com a reflexió final, davant la situació inexcusable i manifesta en què s'estan produint els abusos derivats de la utilització de successius contractes o relacions laborals de durada determinada en l'àmbit de les AAPP, la solució per aquests supòsits sembla que no pugui esperar més. Tanmateix, les possibles opcions fonamentades jurídicament en ocasions poden arribar a ser inconciliables des d'una perspectiva político – econòmica, el que implica dipositar en mans del legislador la facultat per acabar de perfilar les futures mesures a adoptar. Així doncs, dependrà de la voluntat d'aquest, adreçar d'una vegada per totes aquesta situació establint, definitivament, en l'ordenament jurídic espanyol mesures legals equivalents per prevenir tals abusos i en el seu cas, sancions efectives, proporcionals i dissuasòries que actuïn amb contundència, tot efectuant *de facto* una transposició completa de la Directiva 1999/70/CE en relació al sector públic.

7. BIBLIOGRAFIA I JURISPRUDÈNCIA

Bibliografia

ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA I VILÀ COSTA, BLANCA. *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. 6º edició actualitzada. Ariel Derecho.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI. *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*. 1ª edició. Editorial Bazarzo. 2021.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI. “¿Qué es un indefinido no fijo? (síntesis sistematizada de criterios jurisprudenciales)”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. 10 d’abril de 2017. <https://ignasibeltran.com/2017/04/10/que-es-un-indefinido-no-fijo-a-proposito-de-la-sts-28317/>

BLASCO PELLICER, ÀNGEL i LÓPEZ BALAGUER, MERCEDES (directors). *Las Relaciones laborales en el sector público*. 1ª edició Tirant lo Blanch. 2019.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. Dictamen: “Temporalidad de las prestaciones de servicios para las administraciones públicas. Situación, escenario normativo y alternativas”. Març 2021.

GARCÍA- PERROTE ESCARTIN, IGNACIO. *Manual de Derecho del Trabajo*. 10ª edició. Tirant lo Blanch. 2020.

MAURI MAJÓS, JOAN y JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL. “El TJUE y los interinos de larga duración”. La mirada institucional. <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/03/19/el-tjue-y-los-interinos-de-larga-duracion/>

PELLICER ZAMORA, Rafael C. “Condicionees y tipos de invocabilidad de la directiva comunitaria”. *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 12, núm 1, enero – abril 1985.

ROJO TORRECILLA, EDUARDO. *“Empleo público. ¿Cuándo será injustificadamente larga una contratación de interinidad? Notas a la importante sentencia del TS de 5 de diciembre de 2019, con un voto particular discrepante”*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. 26 de gener de 2020.

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/01/empleo-publico-cuando-sera.html>

Sentències

- **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJUE, Grad (C-9/70), de 6 d’octubre de 1970

STJUE, Ratti (C-148/78), de 5 d’abril de 1979

STJUE, Becker (C-8/81), de 19 de gener de 1982

STJUE, Adeneler i altres (C-212/04), de 4 de juliol de 2006

STJUE, Impact (C-268/06), de 15 d’abril de 2008

ATJUE, Assumpte León Medialdea (C-86/14), d’11 de desembre de 2014

STJUE, Mascolo i altres (C-22/13, C-61/13 i C-62/13), de 26 de novembre de 2014

STJUE, Pérez López (C-16/15), de 14 de setembre 2016

SJCA de Madrid, 1717/2016, Secció 4, de 21 de setembre de 2016

STJUE, Martínez Andrés i Castrejana (C-184/15 i C-197/15), de 14 de setembre 2016

STS 3250/2018, Sala Contenciosa Administrativa, de 26 de setembre

STS 3251/2018, Sala Contenciosa Administrativa, de 26 de setembre

STJUE, De Diego Porras (C-596/14), de 14 de setembre de 2016

STJUE, Montero Mateos (C – 677/16), de 5 de juny de 2018

STS 840/2019, Sala Social, Secció 1^a, de 5 de desembre

STJUE, Santoro (C-494/16), de 7 de març de 2018

STJUE, Sciotto (C-331/17), de 25 d’octubre de 2018

STJUE, Ministerio de Defensa (C-619/17), de 21 de novembre de 2018.

STJUE, Baldoneo Martín (C – 177/18), de 22 de gener de 2020

STJUE, Sánchez Ruiz i Fernández Álvarez (C-103/18 i C-429/18), de 19 de març 2020

SJCA 1770/2020, Secció 14, de 29 de juny

ATJUE, JS (C-135/20), de 30 de setembre de 2020

STJUE, M.V. i altres (C – 760/18), d'11 de febrer de 2021

- **Tribunal Constitucional**

STC, 22/1981, Ple, de 20 de juliol

STC 67/1989, Sala Segona, de 18 d'abril

STC 27/1991, Ple, de 14 de febrer

STC 145/2012, Sala Primera, de 2 de juliol

- **Tribunal Suprem**

STS 2674/1992, Sala Social, Secció 1^a, de 27 de març

STS 3081/2014, Ple de la Sala Social, de 24 de juny

STS 3514/2014, Sala Social, Secció 1^a, de 8 de juliol

STS 3538/2014, Sala Social, Secció 1^a, de 14 de juliol

STS 3319/2014, Sala Social, Secció 1^a, de 14 de juliol

STS 3505/2014, Sala Social, Secció 1^a, de 15 de juliol.

STS 4420/2015, Sala Social, Secció 1^a, de 6 d'octubre

STS 257/2017, Ple de la Sala Social, de 28 de març

STS 322/2019, Ple de la Sala Social, de 24 d'abril,

STS 1703/2018, Ple de la Sala Social, de 2 d'abril

STS 207/2019, Ple de la Sala Social, de 13 de març

STS 840/2019, Sala Social, Secció 1^a, de 5 de desembre.

STS 779/2020, Sala Social, Secció 1^a, de 17 de setembre

STS 777/2020, Sala Social, Secció 1^a, de 17 de setembre

STS 822/2020, Sala Social, Secció 1^a, de 30 de setembre

STS 216/2021, Sala Social, Secció 1^a, de 17 de febrer

STS 213/2021, Sala Social, Secció 1^a, de 17 de febrer

STS 7395/1998, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4^a, de 9 de desembre.

STS 3250/2018, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4^a, de 26 de setembre

STS 4178/2018, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4^a, de 10 de desembre

STS 4195/2019, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4^a, de 12 de desembre

STS 602/2020, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4^a, de 28 de maig

STS 2971/2020, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4^a, de 24 de setembre

- **Tribunals Superiors de Justícia**

STSJ de Galicia 3950/2018, Sala Social, Secció 1^a, de 28 de juny

STSJ de Castilla – La Mancha 1835/2019, Sala Social, Secció 1^a, de 23 de juliol

STSJ de Galicia 6085/2019, Sala Social, Secció 1^a, de 7 de novembre

STSJ de la Comunitat Valenciana 371/2021, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2^a, de 19 de maig

- **Jutjats Contenciosos Administratius i Socials**

Sentència del Jutjat Contencios Administratiu n^o 4 d'Alacant 252/2020, de 8 de juny

Sentència del Jutjat Social n^o11 de Bilbao 134/2021, de 4 de març