

El tribunal de justicia da otro susto con los interinos



Febrero 2024

¿Hablamos?

Maria Eugenia Guzmán

Socia de Derecho Laboral en
PwC Tax & Legal
eugenia.guzman.lopez@pwc.com

Julio Calvo

Socio de Derecho Laboral en
PwC Tax & Legal
julio.calvo.equizabal@pwc.com

Miguel Rodríguez-Piñero

Senior Counselor de Derecho Laboral
en PwC Tax & Legal
miguel.rodriguez_pinero.royo_external_advisor@pwc.com

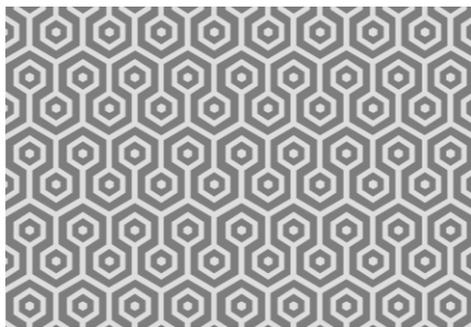
Todavía recordamos aquel mes de septiembre de 2016, cuando el Tribunal de Justicia emitió una sentencia que golpeaba la línea de flotación de nuestro Derecho del Trabajo, la distinción entre contratos temporales e indefinidos, con la sentencia De Diego Porras que inició una saga de pronunciamientos, en Luxemburgo y en nuestro país, sobre la situación del tratamiento que se daba a los trabajadores temporales en España. La sangre no llegó al río, finalmente, porque el propio Tribunal reconoció que había llegado demasiado lejos cuando consideró que ambos colectivos tenían unos mismos derechos en materia de indemnización por finalización de contrato, y en fallos posteriores admitió que los temporales podían tener uno menos favorable debido precisamente a la particularidad de su contratación, en la que ya se preveía su terminación.

Esta sentencia era, en realidad, una más de una larga sucesión de fallos, incrementada desde 2016, respecto de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Esta norma, que aplicaba uno de los grandes acuerdos del diálogo social europeo, no impresionó mucho en el momento de su aprobación, dado el amplio espacio que dejaba a los Estados miembros para su implementación, y lo escaso de sus mandatos. Sin embargo, con el tiempo, y en manos del Tribunal de Justicia, se ha convertido en la norma europea que más dolores de cabeza ha

dado al Reino de España en su calidad de Estado miembro de la Unión. Un alto porcentaje de las sentencias dictadas lo han sido respecto de nuestro Derecho; y, de éstas, una mayoría en relación con el empleo temporal irregular en el sector público.

Razones había para ello dado que nadie discute que tenemos un problema con la contratación temporal, que se agrava en el empleo público. No es de extrañar, por ello, que una norma aparentemente inane nos hiciera mucho daño, porque teníamos muchos frentes abiertos. La práctica de muchos empleadores públicos ha llevado a situaciones llamativas en cuanto a la duración de las interinidades, que han hecho que las instituciones europeas se fijan en nosotros. La sentencia de Diego Porras fue una muestra de este interés.

Desde entonces, las cosas han cambiado mucho. Se ha consolidado la figura del trabajador indefinido no fijo (INF) como respuesta a las prácticas irregulares en la contratación temporal en lo público; se ha reformado el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores para reducir el recurso a la temporalidad; se ha modificado el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público para controlar el porcentaje de temporalidad en este sector; y se han puesto en marcha procesos de consolidación de trabajadores temporales en el sector público. La cosa parecía más o menos controlada; habíamos aprendido y reaccionado.



Ahora ha llegado la sentencia de 22 de febrero de 2024, en los asuntos acumulados C 59/22, C 110/22 y C 159/22, con treinta y dos cuestiones prejudiciales (muchas repetidas de un asunto a otro), en la que se analizan y cuestionan múltiples aspectos de este marco normativo español, como una especie de causa general respecto de su validez desde la perspectiva de la Directiva de 1999.

El titular ha sido, por supuesto, que el TJUE obliga a España a hacer fijos a todos los interinos. Ésta es la lectura más alarmista (para la administración), y la más atractiva desde el punto de vista de la actualidad. También para muchos abogados que llevan años anunciando que existía una vía para que los interinos se hicieran fijos, por aplicación de la Directiva de 1999 y acudiendo a la jurisdicción europea. El número de interinos que ha optado por esta vía es elevado, y esta sentencia parece haberles dado la razón.

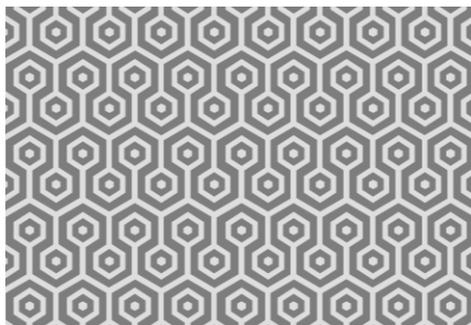
No es esto lo que dice la sentencia, en realidad. Lo que sí afirma es que la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, en la que se impone a los Estados arbitrar medidas para “prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”, debe interpretarse en el sentido de **que “la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida”**. Puede constituir una medida adecuada no significa que sea la única medida adecuada, o que sea la consecuencia necesaria de los mandatos de la Directiva. Esta conversión operaría frente a los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente; y sólo a falta de medidas

adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar tales abusos.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal ha construido su razonamiento en una serie de afirmaciones de gran impacto en nuestro Derecho:

- un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos del Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último;
- la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente;
- la Directiva se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de ésta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos;

Ahora bien, el verdadero problema para España se produce porque el Tribunal considera que las medidas utilizadas en nuestro país para gestionar el abuso en la temporalidad (consideración de indefinido no fijo, mantenimiento del empleo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza, indemnización de veinte días por año en caso de perder el trabajo, procesos de estabilización) no resultan adecuadas, porque no cumplen su función.

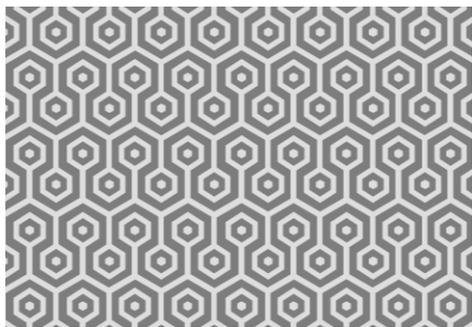


Lo que inmediatamente dirige la atención hacia la medida sugerida como alternativa más adecuada, la transformación automática en indefinido sin mayores exigencias.

Un aspecto muy relevante para la sentencia es el sistema indemnizatorio previsto para aquellas situaciones en las que el trabajador INF pierde su empleo tras haberse convocado la plaza que ocupaba. Se considera que esta medida se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, en la que como vimos se impone a los Estados arbitrar medidas para “prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Esto es así porque “el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos”. Esto es, porque se indemniza al trabajador con una cantidad equivalente a la de un despido procedente. En el despido objetivo procedente, es importante recordar, se produce un daño a la persona trabajadora (la pérdida del puesto de trabajo), pero como consecuencia de una decisión legítima del empleador (legítima porque se han acreditado las causas previstas en el artículo 52 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores para los despidos objetivos). Por el contrario, en el caso analizado por el TJUE no existe sólo un daño para el trabajador INF, que pierde su empleo, sino también una actuación irregular de la entidad empleadora, que ha abusado de la contratación temporal. Por ello, al Tribunal de Justicia no le convence la solución de aplicar al INF la indemnización del despido procedente, porque no distingue entre uso legítimo o abusivo de estos contratos; y porque carece de efectos disuasorios sobre la entidad pública. Consideramos que esto

es cierto sólo en parte, ya que si la contratación temporal fuera regular el tratamiento indemnizatorio sería menor (doce días de salario por año de servicio o ninguna indemnización, según la modalidad contractual utilizada). Además, la conversión en indefinido es una sanción per se. Aun así, la equiparación al despido procedente (y, por tanto, legal) ha pesado a la hora de su valoración por la jurisdicción europea.

Si esto es así, seguramente lo que habría que plantear es un incremento de esta indemnización hasta los treinta y tres días de salario por año de servicio, porque así se haría justicia a la existencia de un abuso en la contratación, que es lo que ha generado la condición de INF. Esto es, que la ilegitimidad de la conducta de la entidad pública debe seguir presente durante toda la vida del contrato. Hasta ahora, este factor se tenía en cuenta para determinar que un trabajador tenía el estatus de INF, aplicando la sanción tradicional en el Derecho del Trabajo, la conversión en indefinido. Posteriormente, se consideraba que la pérdida de esta condición por no superar el correspondiente proceso de contratación era una consecuencia del funcionamiento ordinario del sistema, sin que hubiese conducta irregular de la entidad. A partir de ahora, debemos considerar que esta segunda fase es consecuencia también del abuso en la contratación temporal, y que merece el tratamiento que se da en España a las extinciones de contrato irregulares, que es la indemnización del despido improcedente. Con esto se daría respuesta a la crítica de que nuestro ordenamiento es indiferente en este punto a la posible existencia de un abuso en la contratación. Tendríamos una alternativa a la consolidación generalizada de los INF como fijos sin procesos selectivos sujetos a criterios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que es la verdadera amenaza de esta sentencia.



Esta solución afrontaría, sin embargo, otro problema: el Tribunal ha indicado en un pronunciamiento anterior, su sentencia de 13 de enero de 2022, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C 282/19, que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no establece sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos, por lo que, corresponde a las autoridades nacionales acometer estas medidas. Pero éstas, señala el Tribunal, “no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco”. Aparece aquí la idea de “indemnizaciones disuasorias”, manejada por el Ministerio de Trabajo y las organizaciones sindicales a partir de tratados internacionales suscritos por España, que se prevé va a entrañar una próxima reforma de la regulación del despido.

Es importante saber que el órgano remitente español planteó una cuestión prejudicial sobre si la concesión de una indemnización adicional a la de los veinte días por año que fijarán los tribunales nacionales, podría constituir una medida adecuada para sancionar los abusos derivados de la utilización de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente. Por motivos formales el Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad de esta cuestión, lo que nos privó de disponer de su opinión al respecto. No deja de ser una idea interesante, a valorar por el legislador laboral.

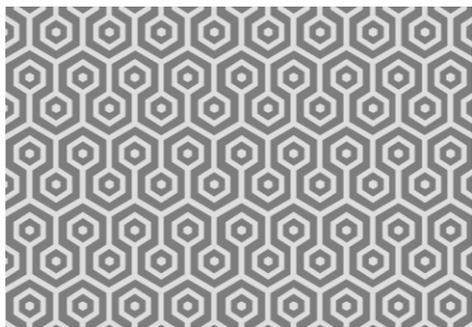
Así las cosas, frente al abuso en la contratación temporal (que se considera intrínseco en los INF), parece que se abren dos opciones: o bien la conversión en indefinidos *tout court*, sin apellidos, que es a lo que apunta el Tribunal como mejor alternativa; o bien la previsión de un mecanismo sancionador adecuado, que sea suficiente para compensar el daño y reconozca el abuso en la

contratación. Esta segunda solución es sin duda la menos traumática en España, dado que no violenta los mandatos de la Constitución en materia de acceso al empleo público.

Desde este último punto de vista el Tribunal español plantea unas cuestiones prejudiciales que son tremendamente delicadas, relativas a la vertiente constitucional del asunto. Como es sabido, la misma figura del INF se generó en un intento de salvar los mandatos constitucionales sobre acceso al empleo público frente a las normas laborales que imponían una conversión en trabajadores fijos a los temporales indebida o irregularmente contratados. Ahora el órgano recurrente plantea si estos mandatos resultan relevantes a la hora de determinar el régimen jurídico de los trabajadores temporales irregulares del sector público:

¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la [Constitución], si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad?

Básicamente, y por esto el asunto es delicado, se plantea si se debe imponer la aplicación de la Directiva por encima de nuestra Constitución. Algo que, a primera vista, tiene fácil contestación, ya que el principio de primacía del Derecho de la Unión aplica a todas las normas internas, incluidas las de rango constitucional, y así lo ha indicado el propio Tribunal en alguna ocasión.



Ahora bien, el TJUE no parece sentirse cómodo dando una respuesta abierta a esta cuestión, aplicando la primacía, sino que entra en una reflexión sobre el principio de interpretación conforme, apuntando más bien hacia la necesidad de hacer una lectura de la normativa interna que permita cumplir los objetivos de la Unión Europea, sin señalar expresamente la necesidad de inaplicar la Constitución. Aunque al final éste es el mensaje: en palabras del Tribunal de Justicia, *“si, en ese supuesto, el tribunal remitente considerase, además, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, a diferencia de la del Tribunal Constitucional, se opone a tal conversión, el tribunal remitente debería entonces modificar dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco”*. No se impone inaplicar la Constitución, pero sí la interpretación de ésta que no se adecúa a los mandatos de la Directiva. El resultado es el mismo, aunque seguramente producirá menos ruido que reconocer abiertamente que nuestra Constitución debe ceder, y que los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad no aplican cuando se trata de interinos de larga duración.

El problema más importante y acuciante que esta sentencia genera para nuestro país es que, ante la constatación de la ausencia de medidas legales para evitar los abusos y sancionarlos, se dice que corresponde al tribunal nacional *“modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5”*. Esto es, deja en manos de los jueces aplicar las consecuencias de este fallo, y éstos decidirán o convertir a los INF en fijos sin más (como ya están haciendo, por cierto,

algunos órganos judiciales); o bien fijar indemnizaciones adicionales a los veinte días contemplados por nuestra legislación; o bien aplicar ambas medidas. La inseguridad jurídica está servida, otra fuente más de ésta que se añade a las que ya sufrimos en materia de despido (exigencia de expediente contradictorio en todos los despidos disciplinarios; indemnización reparadora y disuasoria).

La única manera de evitar esto, nos parece, es una actuación del legislador laboral que, vía Real Decreto-ley, modifique el régimen de indemnizaciones hoy previsto para los supuestos de extinción de los INF previsto en la legislación del empleado público. Si lo que de verdad se quiere es evitar generar un aluvión de reclamaciones contra los empleadores públicos de este país, y un acceso al empleo fijo en las administraciones no controlado ni deseado.

El Tribunal de Justicia admite esta posibilidad, cuando afirma lo que sigue:

*Dicho esto, por lo que respecta a la falta de conformidad, mencionada por el tribunal remitente, de esa conversión con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, tal como han sido interpretados por el Tribunal Supremo, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional. **En efecto, en virtud de esta disposición, corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciar si, para prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, recurren a una o varias de las medidas enunciadas en esta cláusula o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores.***