

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL LABERINTO DE LOS TRIBUNALES: PREGUNTAS, RESPUESTAS... Y NUEVAS PREGUNTAS

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

EXTRACTO

La conmoción creada en España por la acumulación en un mismo día de tres sentencias del TJUE demoledoras, al menos en apariencia, de nuestro modelo de empleo temporal, tanto privado como, sobre todo, público, no solo ha generado todo tipo de reacciones, políticas, sociales, sindicales, profesionales, empresariales o académicas, sino que ya ha tenido las primeras respuestas judiciales. Si en algo hay acuerdo completo entre todos los sectores de opinión, muy radicalizados, divididos agriamente entre las «tesis minimalistas» y las «tesis maximalistas», con defensores de «tesis intermedias», es en la extraordinaria inseguridad jurídica generada por, todo hay que decirlo, los equívocos e imprecisiones de las sentencias comunitarias, en especial la «De Diego Porras». Una inseguridad que, lamentablemente, nos acompañará durante un dilatado periodo, lo que redundará negativamente en trabajadores y empresarios, en la sociedad en general, por el impacto negativo que pueda tener en la creación de empleo. En este Foro de Debate pretendemos exponer las claves tanto de esas reacciones como de las «soluciones» pergeñadas, en tiempo récord, por un creciente número de decisiones judiciales. Todas las cuestiones afrontadas son claves para la comprensión práctica del devenir de esta jurisprudencia en el día a día de las empresas. En espera de la reforma legislativa que seguro habrá en esta materia, ya en marcha tras la apertura del Diálogo Social, así como del criterio jurisprudencial, también ya activado por el –sorprendente– recurso planteado por el Gobierno contra la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016, primera pieza de la nueva doctrina sobre el derecho de indemnización al término de los contratos temporales impulsada por el TJUE en esta materia. En este Foro hallarán sintetizadas todas las opiniones emitidas al respecto y también se desgarrarán, brevemente, todos los aspectos, sustantivos y procesales, para entender el alcance de estas diversas decisiones judiciales.

Palabras claves: contratos temporales, derecho comunitario, no discriminación y empleo público.

Fecha de entrada: 28-10-2016 / Fecha de aceptación: 28-10-2016

TEMPORARY CONTRACTS IN THE MAZE OF COURTS: QUESTIONS, ANSWERS... AND NEW QUESTIONS

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

The commotion created in Spain by the accumulation in one day three judgments of the Court of Justice of the European Union demolishing, at least in appearance, of our model of temporary employment, both private and especially public has not only generated all kinds of reactions, political, social, labor, professional, business or academic, but has already had the first judicial responses. If there is complete agreement among all sectors of opinion on something, very radicalized, divided bitterly between «minimalist thesis» and «maximalist thesis» with supporters of «intermediate thesis» is in the extraordinary legal uncertainty generated, it must be said, misunderstandings and inaccuracies of community sentences, especially the «De Diego Porras». An insecurity that unfortunately accompany us for a long period, which negatively result in workers and entrepreneurs in society in general, by the negative impact it may have on job creation. In this Discussion Forum we intend to expose the keys both of these reactions as the disposed «solutions» in record time, an increasing number of judicial decisions. All are key issues faced practical understanding of the evolution of this jurisprudence in the day to day business. Pending legislative reform that surely will in this matter, underway after the opening of the Social Dialogue and the jurisprudential approach also already activated by –astonishing– appeal by the government against the Judgment of the Superior Court of Justice of Madrid of October 5, 2016, the first part of the new doctrine about the law compensation at the end of temporary contracts driven by the Court of Justice of the European Union in this area. In this forum synthesized find all opinions issued on the matter and, briefly, will also develop all aspects, substantive and procedural, to understand the scope of these various court decisions.

Keywords: temporary contracts, Community law, non-discrimination and public employment.

Sumario

Primer interrogante

¿Cuál es la indemnización correspondiente a la terminación de los contratos de interinidad?

(Respuesta de la STSJ de Madrid 613/2016, Sala de lo Social, de 5 de octubre, rec. núm. 246/2014)

Segundo interrogante interpretativo

¿La jurisprudencia comunitaria es directamente aplicable también a otros contratos temporales del sector público, como los de obra o servicio determinado?

(Lo que nos dice la STSJ del País Vasco 1962/2016, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 1690/2016)

Tercer interrogante

¿La sentencia del TJUE es aplicable también a los contratos de obra del sector privado?

(Lo que responde la STSJ del País Vasco 2016/2016, Sala de lo Social, de 18 de octubre, rec. núm. 1872/2016)

Cuarto interrogante

¿Cuál es el ámbito de aplicación temporal de la doctrina del TJUE?

(Respuesta de las SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2016, recs. núms. 1690/2016 y 1872/2016)

Quinto interrogante

¿Hasta dónde llega el principio de equiparación del régimen extintivo de los contratos temporales con los indefinidos? ¿Afectará también al procedimiento extintivo?

(Las posiciones de las SSTSJ de Madrid 613/2016, de 5 de octubre y del País Vasco 2016/2016, de 18 de octubre)

Sexto interrogante

¿Se difundirá como una doctrina generalizada en el orden contencioso-administrativo la sanción de indefinición sin fijeza para el abuso del empleo temporal estatutario (público)?

(Lo que responden la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, de 19 de septiembre de 2016, rec. núm. 281/2016 y la STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala Contenciosa, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 221/2016)

¿Qué pasará a partir de ahora?

Nuevas respuestas judiciales, nuevas preguntas para la comprensión práctica

*Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas,
de pronto, cambiaron todas las preguntas.*

M. BENEDETTI

La reciente –y famosa, si bien de celebridad desigual– trilogía de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de septiembre de 2016, sobre diversos aspectos claves de la contratación temporal, pública sobre todo, pero también en el sector privado, en España (indemnización por fin de contrato; prohibición de encadenamiento indefinido de nombramientos de personal estatutario; factibilidad de la sanción de «indefinido no fijo» para el abuso de los nombramientos de empleo temporal) está provocando una singular e intensa «revolución copernicana», por vía de reinterpretación jurisprudencial *contra legem* nacional y *secundum ius* de la Unión Europea (UE), en su regulación y aplicación práctica. Sobre ello, ya se dio cuenta en la sección «[Crónica de Actualidad Laboral](#)» del número de octubre, advirtiendo de la extremada multiplicidad de valoraciones, juicios e interpretaciones abiertos por aquellas, en especial por la [sentencia «De Diego Porras»](#), tanto por su contundencia doctrinal como por su imprecisión argumentativa, incluso con algún grave error de concepto, quizás sesgada por la propia «premisa» de la pregunta judicial. Al margen de cuáles sean la opinión –juicio de valor– e interpretación –juicio técnico– que se tengan sobre su impacto real en la dinámica contractual temporal española posterior a las mismas –e incluso inmediatamente precedente–, ninguna duda cabe albergar sobre la extraordinaria trascendencia de esa «trilogía sísmica», por lo que no pueden ser orilladas, más bien todo lo contrario en orden a la necesidad, inaplazable, de una importante reforma de la contratación temporal, privada y pública. Precisamente, ya se han anunciado las primeras fases de ese nuevo proceso reformista, que sin duda será una de las prioridades del nuevo gobierno, ya conformado.

Ahora bien, en tanto llega esa reforma o contamos con respuestas generales del Tribunal Supremo, lo cierto es que se ha abierto un periodo, que nos tememos más dilatado del que con vendría –que los tribunales estén reconociendo los nuevos importes extintivos en los casos *sub iudice*, espoleados por la [STS de 6 de octubre 2015 \(rec. núm. 2592/2014\)](#), acelerará la ansiada intervención del Tribunal Supremo, pero no será suficiente– para la seguridad de los trabajadores y la seguridad jurídica de las empresas, en el que domina la incertidumbre, habiendo abiertas más preguntas que soluciones. Las primeras aplicaciones jurisdiccionales ya han llegado, y muy especialmente en el nivel intermedio de la jurisdicción social, las doctrinas de suplicación, por lo que es un buen momento para dar cuenta de las mismas y ver si reducen o incrementan las dudas. A ello nos dedicamos en este Foro de Debate, a exponer, con brevedad, esas respuestas y verificar qué expectativas –de empresarios y de los trabajadores– satisfacen y cuáles se dejan en el aire o se decepcionan. En última instancia, como se ha alertado desde diversos sectores, tanto

desde el de la «abogacía de empresa» (I. SAGARDOY¹ y F. DURÁN LÓPEZ), cuanto desde cierto sector de la doctrina científica (J. CRUZ)², el valor de la seguridad jurídica sirve a incentivar –si existe– o desincentivar –si no existe– la contratación por las empresas, de cuyas decisiones depende mayoritariamente las tasas de empleo –paro–. Pero también para evitar que un aparente maximalismo de garantías termine en un muy negativo «efecto boomerang», como sería una reforma legislativa que equiparara a la baja el derecho a la indemnización de unos –temporales– y otros –indefinidos– que acabaría con más precariedad.

Iremos de las preguntas más concretas y relativamente ciertas a las más debatidas y de solución técnica –y legislativa– más complicada, expresando tanto la posición de los tribunales, que hasta el momento se han pronunciado, como las opiniones más relevantes extraídas tanto del sector de la «abogacía de empresa» cuanto de la «abogacía del trabajador», así como de cierto sector de la «doctrina científica», incluso de la «doctrina judicial no jurisdiccional» (posiciones expresadas, de forma muy abundante y comprometida, por numerosos jueces en tribunas de opinión y en artículos especializados). En fin, confiemos en hacer bien las preguntas para obtener precisas respuestas, aunque, como ha demostrado esta jurisprudencia sísmica comunitaria, y también las primeras aplicaciones judiciales, si bien, en tiempos de especial «riesgo regulatorio», como los nuestros, siempre hay que contar con que suceda que, como versara M. BENEDETTI, «*cuando sa- bíamos las respuestas, nos cambiaron las preguntas*».

PRIMER INTERROGANTE

¿Cuál es la indemnización correspondiente a la terminación de los contratos de interinidad?

Premisa comunitaria para la solución judicial nacional. En el [asunto C-596/14 \(«Diego Porras»\)](#), sobre la doble base jurídica cierta del principio de no discriminación entre temporales e indefinidos y la inclusión de la indemnización dentro del concepto de condiciones de trabajo, se concluye claramente que los trabajadores con contrato de interinidad tienen derecho a una indemnización por finalización de contrato del mismo modo que los trabajadores fijos. La dicción literal del fallo –tenerlo en cuenta es determinante, para huir tanto de restricciones indebidas como de generosas, pero desbordadas, ampliaciones– dice:

«La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada... debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la

¹ Cfr. SAGARDOY DE SIMÓN, I.: «[Enredo judicial en la contratación](#)», Tribuna de Opinión, publicado en el diario *El Mundo*, el 23 de septiembre de 2016; DURÁN, F.: «[La extinción de los contratos temporales y su indemnización](#)», publicado en *Cinco Días*, el 22 de septiembre de 2016.

² Cfr. CRUZ, J.: «[Contrato único por vía judicial](#)», opinión crítica publicada en el diario *El País*, el 19 de septiembre de 2016.

controvertida en el litigio principal, *que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad*, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad *no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización*».

Pero ¿cuál es la indemnización «mencionada» o referida?, ¿la misma que se prevé para el resto de contratos por finalización de los mismos (primera parte del fallo jurisprudencial), o la prevista para los trabajadores fijos comparables (segundo inciso del fallo)?

Posición de la «abogacía de los trabajadores». Evidentemente esta posición es clara y ha sido alentada por los sindicatos de inmediato, moviendo a una lectura expansiva, de modo que el derecho debería tener como criterio económico de referencia los 20 días de salario *ex artículo 53 del ET* para los despidos objetivos. La razón jurídica estribaría en que el término de comparación no es entre trabajadores temporales sino entre estos y los indefinidos «comparables».

Posición de la «abogacía de empresa». Teniendo en cuenta la literalidad de las premisas de la sentencia del TJUE, también desde esta posición se ha asumido, de una forma mayoritaria, y correcta, aquel término de comparación. Ciertamente, desde este punto de vista de gestión se han planteado la hipótesis de la legitimidad de proponer una «interpretación restrictiva» del pronunciamiento comunitario, de modo que se limite tan solo al caso concreto –ni siquiera a todos los interinos– y deje inalterado el modelo general. Los argumentos son los dos siguientes –se recogen literalmente para evitar distorsiones de lectura por parte de los/as autores/as de este documento–:

«El primero, que la misma resuelve sobre un caso concreto con particularidades específicas: la importante duración del contrato, por un lado, y el hecho de que la extinción del contrato de interinidad de la trabajadora demandante [...] se produjera por la decisión del legislador de reducir el número de liberados sindicales en la Administración, en un supuesto que podría encuadrarse [...] en el concepto de fuerza mayor impropia o *factum principis*. El segundo, que se parte en la sentencia de un dato erróneo, o al menos incompleto, seguramente derivado de la forma en que se planteó la cuestión prejudicial, pues en nuestro derecho la indemnización por extinción de un contrato de duración determinada por las causas previstas en el invocado artículo 52 ET es la misma que la de un trabajador con contrato indefinido, por lo que en este punto no hay diferencia alguna de trato [...] podría sostenerse que el pronunciamiento del TJUE tiene un efecto limitado al caso concreto» (M. GODINO)³.

³ Cfr. GODINO REYES, M. (abogado y presidente de la Asociación Nacional de Laboralistas): «La sentencia del TJUE sobre indemnización por extinción de contratos de interinidad», en la web de la Abogacía Española.

Dentro de este mismo sector de la «abogacía de empresa» hay quien transforma esta hipótesis teórica en tesis interpretativa, considerándola como la correcta técnicamente –de nuevo acudimos a la fuente originaria respetando su literalidad–:

«Una interpretación que debe considerarse técnicamente más precisa es que lo que la sentencia viene a establecer, atendidas las circunstancias del caso, es que **cuando la extinción de un contrato de interinidad se produce con amparo al hecho enjuiciado en dicha sentencia**, la misma no puede efectuarse por simple terminación del contrato sin derecho a indemnización, sino que deberá acudir a la vía del despido objetivo lo que dará lugar a una indemnización legalmente establecida para dicha extinción como si de un contrato indefinido se tratara (20 días)»⁴.

Sin embargo, dentro de este mismo sector de opinión jurídica surgen las divergencias, siendo otros conscientes de que no es posible asumir que:

«una interpretación tan restrictiva sea compatible con el contenido de la sentencia y con la determinación argumental con la que aborda el alcance del principio de no discriminación» (M. GODINO).

Posición de doctrina científica y de doctrina judicial no jurisdiccional. Aquí no hay apenas diversidad. La práctica totalidad de la doctrina científica (E. ROJO, J. CRUZ, etc.) y de la doctrina judicial pronunciada en sede no jurisdiccional, sino como opinión especializada (M. FALGUERA, J. AGUSTÍ, C. PRECIADO, R. LÓPEZ PARADA, etc.)⁵, avalan la tesis expansiva. Todos los interinos han de tener reconocido un derecho indemnizatorio a la terminación de su contrato y ha de ser la de 20 días de salario por año de servicio, en la medida en que la relación comparativa se dará siempre con el trabajador indefinido por las características de este contrato –cuya causa es, precisamente, su sustitución o la cobertura provisional de plazas con vocación indefinida–.

Doctrina jurisdiccional dictada al efecto hasta este momento. Como es ya bien conocido, por la difusión mediática que ha tenido, la doctrina judicial en decisión jurisdiccional ha optado por la tesis más expansiva, también más probable, como se ha dicho, que es la de reconocer una indemnización de 20 días salario/año de servicio a la terminación del contrato de interinidad, al menos al que sirvió de referencia para la cuestión prejudicial. En concreto, la **STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016** –recurrida por el Gobierno en unificación de doctrina, por tanto todavía no firme– concluye, en coherencia con el dictado de la sentencia europea y sin hacer reflexión crítica o racionalizadora alguna que:

⁴ Cfr. SAGARDOY DE SIMÓN, I. (abogado y profesor titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Francisco de Vitoria), *op. cit.*

⁵ Vid. *Revista On-line de Jueces para la Democracia*. Número extraordinario de octubre de 2016, disponible en <http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es/2016/10/revista-jurisdccion-social-numero.html>

«no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable a extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo».

SEGUNDO INTERROGANTE INTERPRETATIVO

¿La jurisprudencia comunitaria es directamente aplicable también a otros contratos temporales del sector público, como los de obra o servicio determinado?

Premisa de la sentencia comunitaria. Como se ha recordado, el fallo de la [sentencia](#) solo refiere al caso concreto –contrato de interinidad–. Pero también es cierto que el razonamiento jurídico seguido para alcanzarlo, la indemnización como «*condición de trabajo*» y la prohibición de tratamiento respecto de los trabajadores indefinidos, permitiría ampliar el fallo también a otros trabajadores con contrato de duración determinada, sin que la mera temporalidad del vínculo (causa objetiva de extinción del contrato) justifique la diferencia de trato.

Aquí está la «clave de bóveda», porque el TJUE impone a la norma interna una dura carga justificativa de la diferencia de trato para que sea compatible con el principio de no discriminación de la directiva comunitaria. La sentencia rechaza como parámetros atendibles la naturaleza objetiva temporal del trabajo (duración estructural –sujeción a plazo o condición–) y la previsibilidad de la finalización del contrato (expectativa previa de estabilidad contractual). En cambio, solo acepta la justificación basada en (1) «*la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada [...] o en (2) la persecución de un objetivo de política social por [...] un Estado miembro*». En suma, no impone en todo caso equiparar la indemnización extintiva pero sí impone una alta exigencia a la eventual diferencia.

Posición de «abogacía de los trabajadores». Los sindicatos no han dudado ni un instante en demandar con urgencia una aplicación general, sin diferencia alguna por razón de la modalidad de contratación temporal, del «nuevo derecho indemnizatorio» creado por la sentencia del TJUE.

Posición de «abogacía de la empresa». Aquí la diferencia sí es radical, pues la gran mayoría de –si no todos– los abogados que trabajan a menudo con las empresas han reclamado que no se produzca esa suerte de «contaminación» de todo el sistema, exigiendo una interpretación que quede acotada a los contratos de interinidad. Partiendo de la distinción entre «despido por causa objetivas» y «extinción de los contratos temporales con causa objetiva» o estructural, consideran que para el resto de casos y modalidades contractuales, los tribunales nacionales deben «*continuar aplicando el derecho actualmente vigente*» (vid. I. SAGARDOY, *op. cit.*).

Posición de la doctrina científica y de la doctrina judicial no jurisdiccional. Aquí se abre mayor brecha interpretativa, de modo que ni aquella (doctrina científica) ni esta (doctrina judicial no jurisdiccional) mantienen una posición monolítica. Si hay una significativa mayoría de unos y de otros que abogan por esta ampliación para los contratos de obra o servicio determinado (E. ROJO; M. FALGUERA; R. LÓPEZ PARADA), en la doctrina científica se alzan voces que alertan del riesgo de llegar al «contrato único por vía jurisprudencial» (J. CRUZ). Otras directamente rechazan la tesis expansiva, por la diferencia conceptual y normativa (I. BELTRÁN)⁶ y por la desviación del problema real: el abuso/fraude (B. SUÁREZ CORUJO: «en España, al igual que en el resto de países europeos, los contratos temporales que [...] responden a esas «razones objetivas» pueden estar sujetos a una indemnización extintiva distinta»)⁷.

Posición de la doctrina judicial aplicativa de la sentencia comunitaria. La pionera STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 1690/2016, ha dado una respuesta positiva, de modo que también los contratos de obra o servicio determinado en el sector público dan derecho a indemnización de 20 días de salario/año de servicio. Partiendo de la premisa —a mi juicio a todas luces errada— de que las disquisiciones al respecto son meramente «doctrinales», razonará:

«tanto en el supuesto de una trabajadora fija de plantilla como en el del que suscribe un contrato de duración determinada, cuando la empresa decide extinguir unilateralmente la relación laboral por concurrir una causa legalmente justificada, y por ende también por motivos ajenos a la voluntad de la trabajadora, se produce una identidad en la objetivación de la causa. A tal efecto si tomamos como referencia legislativa los arts. 51.1 y 52 c) del ET, podríamos decir que la terminación del contrato de investigación [la empleadora es la Fundación vasca de Innovación e Investigación sanitaria, perteneciente al sector público] es asimilable a la que se conoce como causa "productiva"».

TERCER INTERROGANTE

¿La sentencia del TJUE es aplicable también a los contratos de obra del sector privado?

Premisa de Derecho de la Unión Europea. La «trilogía del seísmo europeo comunitario» contra la contratación temporal española —más contra su práctica (demasiado abusiva) que contra su regulación— se ha concentrado en el sector de empleo público (laboral y administrativo).

⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Doctrina TJUE "De Diego Porras": Primeras reacciones judiciales (STSJ Madrid 5/10/16)», en el blog *ignasibeltran.com*.

⁷ Cfr. «El TJUE ante el fraude en la contratación temporal», en blog *economistasfrentealacrisis.com*.

En tales casos, ningún problema hay en la aplicación de la jurisprudencia comunitaria porque se trata de darle *un efecto directo vertical* a las directivas, esto es, entre un empleador público y un sujeto privado. Ahora bien, como es conocido, en caso de pretender extender la sentencia europea al sector privado –los argumentos de oposición son los mismos, pero con intensidad mayor, que los arriba señalados para la extensión de la doctrina fuera de las interinidades, de ahí que hemos ahorrado aquí reiteraciones innecesarias–, emerge un importante problema, cual es atribuir un «*efecto directo horizontal*», esto es, una eficacia inmediata entre privados, cuando, por lo general, la jurisprudencia comunitaria suele limitarse a la eficacia horizontal indirecta o mediata, esto es, a través del mecanismo indirecto de la «interpretación conforme» del juez a la directiva. Para estas cuestiones y su problemática son de gran interés las recientes SSTs, Sala 4.^a, de [8 de junio de 2016, rec. núm. 207/2015](#) (salario variable; [comentada](#), incluso con sus votos particulares, en el número de julio) y [17 de octubre de 2016](#) (ámbito de cómputo del despido colectivo; será comentada en el próximo número de la Revista).

Posición de la doctrina científica y judicial no jurisdiccional. Aunque no hay muchos análisis que tomen postura directa por esta cuestión, sí podemos hallar algunas interpretaciones muy fundadas al respecto, evidenciando posiciones contrapuestas. Claramente a favor se muestra un sector de la doctrina judicial no jurisdiccional (C. PRECIADO DOMÉNECH, magistrado del TSJ de Cataluña), mientras más comedido y prudente (cualidad típica «jurisprudencial» que en esta materia brilla por su ausencia, dicho sea de paso y sin ánimo alguno de molestar) razona otro sector (R. LÓPEZ PARADA, magistrado del TSJ de Castilla y León, también de la Audiencia Nacional, en su día). Como muy bien expresa este último, la duda principal estaría en que, no pudiéndose admitir, en términos de rigurosa jurisprudencia comunitaria, la eficacia directa entre particulares de la directiva, sino tan solo indirectamente –o por vía de la interpretación conforme o por la vía de declarar a España en situación de incumplimiento del Derecho de la Unión en este punto–, se debe dilucidar entonces «*si la prohibición de discriminación entre trabajadores con contratos de duración determinada y fijos resulta de la Carta de Derechos Fundamentales. La sentencia De Diego guarda silencio al respecto y [...] no se redacta en base al art. 21 de la Carta, sino en base a la Directiva 1999/70/CE exclusivamente*». Desde esta perspectiva, comparto su juicio de que «*desde luego resulta [harto, añadido yo] difícil decir que se trate de una causa de discriminación contraria al artículo 21 de la Carta. Aunque dicho artículo contenga una relación puramente ejemplificativa de causas de discriminación prohibidas, la diferencia por materia de contratación laboral pudiera no ser considerara como discriminación prohibida con arreglo a dicho artículo de la Carta (otra cosa es que esté prohibida por la Directiva 1999/70)*».

Posición jurisdiccional. Decidido a llevar hasta sus últimas consecuencias la sentencia del TJUE, a través de la maximización de la «tesis de la asimilación» o «identidad» entre la «causa objetiva de despido» y la «causa objetiva de extinción del contrato temporal», la sala vasca, bautizada (E. ROJO) «laboratorio jurídico-laboral» (no de la reforma laboral solo, sino del conjunto del sistema jurídico-laboral), ha vuelto a dar una respuesta positiva. La [STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 1872/2016](#), reconoce idéntica indemnización y sobre fundamento

análogo –tesis de la identidad de objetivación causal– a un contrato de obra en el sector privado –*conserje de una empresa multiservicios que trabaja en una comunidad de propietarios* y cuyo contrato *dura 7 meses*, siendo la indemnización total (nada menos) de 458,33 euros–. Consciente la sala del salto que da y de las dificultades que se crean con el tránsito del efecto vertical al horizontal, elude «especular con la aplicabilidad de tal eficacia en este litigio y en virtud del principio de interpretación conforme (STJUE de 19 de abril de 2016, C-441/14)» y considera «*innecesario entrar a dirimir si el supuesto que nos ocupa tiene acomodo en el principio mencionado, ya que a nuestro juicio el debate va por otros derroteros que pensamos [...] son más claros*» (FJ 8.º).

De este modo, si algo es complicado para qué encenagarse más, piensa la sala. Así que mejor sobrevolar sobre la ciénaga y eludir la cuestión por «elevación». Para ello acude a un doble juicio: un juicio de valor (más ético-social que normativo) y un juicio normativo. Por lo primero, considera que estando en juego una discriminación constatada por el TJUE entre los «trabajadores fijos [...] frente a [todos] los que tienen un contrato de duración determinada –parágrafos 36 a 37 de la sentencia– [...], pensamos que no se puede aplicar en estos supuestos una norma interna que merezca ese calificativo tan negativo [...]». Pero la sala de suplicación no se quedará contenta con este «pensamiento valorativo» (jurisprudencia de valores –positivos, nunca negativos–), y buscará un precepto que, al margen de que resulte realmente aplicable o no, entienda del máximo rango y eficacia directa el artículo 21.1 de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –la [STSJ de Madrid 5 de octubre de 2016](#) también lo invoca–, que «destacamos forma [...] derecho originario europeo» y que «*es directamente aplicable en un litigio entre particulares, como el actualmente en curso, con todas sus consecuencias*».

Arriba se ha señalado cuántas dudas genera esta tesis jurisdiccional. En la [STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 1690/2016](#), la sala vasca de suplicación social ya tuvo oportunidad de dejar evidenciado cómo «el propio TJUE elude» este debate, evitándolo también la Sala por la «*identidad pública en la figura del empleador*» (FJ 9.º). Asimismo, en aquel caso, también la Sala advirtió, subliminalmente, que la investigadora de la fundación pública ya sería indefinida si no hubiese trabajado en el sector público de investigación, donde no se aplica la regla del artículo 15.1 a) –presunción legal de indefinición de todo contrato de obra pasados tres años–. Nada de eso concurre en este otro caso –conserje en empresa privada–. Aunque parece muy loable y saludamos favorablemente que se acuda al derecho fundamental para reforzar las garantías de normas derivadas, entendemos que eso debe hacerse no sobre el voluntarismo sino sobre el máximo rigor jurídico, pues no se plantea ni una sola de las dudas que la aplicación de ese precepto suscita, máxime teniendo en cuenta que el silencio de la sentencia comunitaria no es tributario de un olvido sino de un uso restrictivo –para bien o para mal– de la Carta (art. 6 TUE y 51 de la Carta). En todo caso, la Sala vasca debió preguntarse si es de aplicación el artículo 21 de la [Carta comunitaria](#), porque la [sentencia «De Diego»](#) dice expresamente que no es de aplicación la directiva a las diferencias entre distintas categorías de trabajadores temporales, del mismo modo que las otras dirán que no es de aplicación la directiva a las diferencias entre trabajadores temporales laborales y administrativos, en relación con las indemnizaciones. En todo caso, es evidente que la *eficacia (indirecta) horizontal* gana firmeza en la jurisprudencia ([STJUE de 19 de abril de 2016](#)) y lo asume la doctrina constitucional ([STC 232/2015, de 5 de noviembre](#)). No critico la aplicación final, sino el escaso rigor interpretativo.

CUARTO INTERROGANTE

¿Cuál es el ámbito de aplicación temporal de la doctrina del TJUE?

Premisas de la posición comunitaria para el juez nacional. Aunque la [sentencia «De Diego»](#) no dice nada al respecto de forma expresa, bien es sabido que la jurisprudencia comunitaria tiene consolidada un sólido acervo de doctrina y principios favorable a dar efectividad máxima a sus dictados, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias –sobre todo si en juego está el equilibrio financiero de alguna institución–, pueda restringir sus consecuencias en el tiempo. En este sentido, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial, que sí ha recordado de forma expresa en otra de las sentencias de la «trilogía sísmica» de la contratación temporal española ([asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#)), se debe ofrecer la protección al menor coste procesal posible, evitando articular nuevos procesos –con los costes de todo tipo que conlleva– para obtener respuesta que puede obtenerse anticipadamente en otro ya emprendido. Asimismo, la jurisprudencia comunitaria tiene afirmado que el Derecho de la Unión Europea debe ser aplicado por el juez *«incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que se resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los tribunales competentes un litigio relativo a la aplicación de ese Derecho»* ([STJUE de 19 de abril de 20116, C-441/14](#), parágrafos 38-41; se trata también de un caso de discriminación, pero por razón de la edad).

Posición de la «abogacía de los trabajadores». Las tesis maximalistas abogan la retroactividad, ampliando su eficacia temporal. A tal fin, se fundamenta la posibilidad de reclamación por las diferencias indemnizatorias respecto de la situación legal precedente a la jurisprudencia nueva –no se trataría de un nuevo derecho en sentido estricto, sino más bien de una indemnización complementaria (*ex novo* para los interinos, claro) que se derivaría estrictamente del régimen legal vigente, pero reinterpretado conforme al Derecho de la UE–, así como toda facilidad que permita nuestro Derecho para introducir de oficio esa pretensión, si hay un procedimiento vivo al respecto, cualquiera que sea la fase en la que se encuentre. Consecuentemente, se pide que sea de aplicación el plazo de prescripción de un año del [artículo 59 del ET](#) –aunque para el personal de empleo público administrativo sería el art. 25 de la [Ley 47/2003, de 26 de noviembre](#) (4 años)–, tomando como *die a quo* la fecha de extinción del contrato de trabajo.

Posición de «abogacía de empresa». Aunque esta cuestión no suele concitar reflexiones desde esta posición, el rechazo al efecto retroactivo va implícito en la crítica a una lectura expansiva. Aquí se sumarían la defensa de principios elementales: seguridad jurídica, confianza legítima, etc.

Posición jurisdiccional: extensión del ámbito temporal de aplicación de la sentencia del TJUE. Las SSTSJ del País Vasco comentadas dedican a este aspecto procesal más esfuerzo argumental que al sustantivo, resolviendo el problema, cómo no, favorablemente a las

tesis expansivas y de máxima retroactividad. Las sentencias tienen el efecto de extender el ámbito de aplicación temporal de la doctrina del TJUE, por lo que junto a todas las extinciones futuras suman las pasadas en el plazo de prescripción de un año, aceptando su reconocimiento de oficio e inaudita parte –el perjudicado será el empleador, claro– a todas las extinciones que estén pendientes de control judicial, en instancia o en vía de recurso. En el primer caso la extinción del contrato –que marcaría el *die a quo*– se produjo el 31 de diciembre de 2015. Si bien la sala vasca de suplicación reconoce que se planteó abrir una audiencia para escuchar a las partes, en especial a la empresa, desistió de ello, tanto por no encontrar una base legal habilitadora como, sobre todo, por concluir que era innecesario.

Primero, porque no reconoce un derecho nuevo (sic), sino el estrictamente derivado de la ley, a la luz del mandato de la directiva y la reinterpretación resultante de la sentencia del TJUE, eso sí, citando a su favor varias sentencias del Tribunal Supremo (STS de 14 de octubre de 2013, rec. núm. 68/2013, para los indefinidos no fijos; doctrina modificada respecto a los trabajadores que ven amortizada su plaza –STS de 24 de junio de 2014, rec. núm. 217/2013–, pero que se mantiene incólume, de momento, para los que se ven cesados por la cobertura reglamentaria de la plazas –STS de 6 de octubre de 2015, rec. núm. 2592/2014–). Segundo, porque no causa indefensión, pues no alteraría sustancialmente la acción ejercitada ni el debate procesal (STC 14/1985, de 1 de febrero), con lo que no habría un vicio de incongruencia (art. 218.1 LEC), y sí ganaría en agilidad de la tutela (principio de celeridad y de economía procesal ex art. 74.1 LRJS). Sin necesidad de entrar más en esta espinosa cuestión procesal, sí parece llamativo que se necesiten tantas alforjas para llegar a la conclusión que tenía tomada, y es la de precipitar su intervención para poner el primer jalón en el proceso de reconstrucción del derecho indemnizatorio respecto de los contratos temporales en España. Al margen de lo loable que resulta a efectos de celeridad, convendría recordar que ante la aplicación de un derecho de tan alta incertidumbre se debería abrir un incidente, en línea con lo que sucede a la hora de plantear una cuestión prejudicial, en la medida en que podría bien fundamentarse que, ante tantas dudas sobre el derecho aplicable –la sentencia comunitaria no es clara fuera de la figura de los interinos–, no estaría de más que se planteara procesalmente si es mejor resolver el caso o abrir un incidente de cuestión prejudicial, se decida o no, tras las alegaciones exigibles, por las dos partes, plantear finalmente o resolver directamente por considerar que hay una doctrina o «acto claro» comunitario.

QUINTO INTERROGANTE

¿Hasta dónde llega el principio de equiparación del régimen extintivo de los contratos temporales con los indefinidos? ¿Afectará también al procedimiento extintivo?

Premisa comunitaria. Aunque, bien leída, despacio y en su contexto normativo –comunitario– y jurisprudencial –comunitario–, no nacional, por supuesto, la [sentencia «De Diego](#)

Porras» apenas innova nada, por lo que debería ser más esperable –y previsible en su interpretación– de lo que está siendo. Ahora bien, no sería legítimo infravalorar una aportación en la que sí hay una cierta novedad: la consideración como «condición de trabajo» de la indemnización por fin de contrato que no es sino, en puridad técnica, una «condición de empleo», una distinción muy cara a la doctrina nacional que carece de sostén en la jurisprudencia europea de hoy. De este modo, la doctrina de la STJUE sigue su posición fijada en la [STJUE de 13 de marzo de 2014 \(caso Nierodzik\)](#), en relación con los plazos de preaviso, revocando el criterio contrario sostenido por la [STS, Sala 4.ª, de 22 de julio de 2013](#), que la calificó de «condición de empleo», por lo tanto, fuera del ámbito de la prohibición. Pero, entonces, si también entran las condiciones de empleo en sentido estricto, ¿dónde está el límite de la equiparación de condiciones de trabajo a efectos del régimen extintivo entre temporales e indefinidos? ¿No entrarían también las condiciones de procedimiento extintivo, pues ninguna diferencia razonable habría con las situación de los trabajadores fijos comparables?

Posición de la doctrina científica y de la doctrina judicial no jurisdiccional. La respuesta aquí se hace en función de que se apueste por lecturas restrictivas –en cuyo caso se deja fuera la equiparación de las garantías de forma–, o se haga por lecturas expansivas –en cuyo caso se suele asumir la equiparación procedimental (comunicación escrita, la puesta a disposición de la indemnización y un plazo de preaviso, o alternativo abono del salario de dicho periodo temporal)–. Para quienes se muestran críticos con este efecto alud o «bola de nieve nacional» de la jurisprudencia europea –seguro mucho más modesta en sus pretensiones cuando la redactaba–, es necesario poner límites a la equiparación, pues este aspecto formal *«desvela una dimensión particularmente compleja, pues, se está hablando de supuestos extintivos claramente diferenciados y con efectos jurídicos también diversos»* (I. BELTRÁN DE HEREDIA)⁸. De forma más clara, muestra su favor hacia esta equiparación formal otro sector doctrinal, si bien llama, en todo caso, la atención sobre las contradicciones normativas (E. ROJO)⁹.

Posición jurisdiccional: hacia una reconstrucción por vía interpretativa de la identidad formal o de procedimiento ponderada o limitada. En este punto observamos una cierta diferencia de posiciones entre los tribunales que, de momento, se han pronunciado al respecto. De un lado, la [STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016](#) asume la tesis de que la equiparación de los importes indemnizatorios conlleva también la de los requisitos formales del despido objetivo (al menos, el preaviso y la puesta a disposición de la indemnización). Ciertamente, consciente de que sería excesivo para la empresa –Ministerio de Defensa aquí– reconocerle que ha actuado de forma lícita, para luego declarar «improcedente» la extinción por defectos formales, considera

⁸ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Doctrina TJUE "de Diego Porras"...», *cit.*

⁹ Vid. ROJO TORRECILLA, E.: «Extinción del contrato de interinidad. 20 días de indemnización según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (y otras cuestiones no resueltas). Notas a la sentencia de 5 de octubre (caso De Diego Porras)», en el blog [eduardorojotorrecilla.es](#).

que el incumplimiento de la puesta a disposición de la indemnización [art. 53.1 b) ET] no debe tener un impacto en la calificación de la extinción, que declara «procedente», siguiendo la doctrina de la STS de 7 de febrero de 2012, rec. núm. 649/2011 (sobre despido). Para la sala madrileña la ausencia de ese requisito «es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación». Una complacencia que podría igualmente plantearse respecto del incumplimiento del preaviso, por la diferencia tan radical hoy existente entre los artículos 53.1 c) y 49.1 c) del ET –que habría que calificar, para ser coherentes, de contrario a la directiva–, de ahí que, pese a incluirlo como requisito exigible, no haga pronunciamiento sobre las consecuencias económicas de su inobservancia.

En cambio, la sala vasca rechaza ir tan lejos en la equiparación y le ha dado vértigo su tesis igualitarista. Por eso se siente en la obligación de modularse (corregirse) y que la «bola de nieve» o el «efecto alud» del seísmo comunitario no se lleve por delante todos los pilares del viejo edificio de la contratación temporal en España, ahora en ruina: «No obstante, queremos matizar que la referencia a dichos preceptos estatutarios es únicamente a efectos [...] indemnizatorios [...] no queremos decir que [...] la empresa debiera haber satisfecho las formalidades ex 53.1 b) ET, a la hora de extinguir el contrato [...] con la consecuencia de que ante este [...] incumplimiento, la calificación [...] sería la de despido improcedente –art. 122.3 de la LRJS–. Caso contrario, se produciría una reconversión total del debate» (STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 1872/2016, FJ 8.º).

Como puede verse, las dos posiciones judiciales –en principio discrepantes– están muy condicionadas por el tiempo actual de incertidumbre absoluta. No se quiere sorprender tanto la buena fe del empleador –confianza legítima–, haciéndole pagar en exceso el coste del cambio absoluto de interpretación jurisprudencial. De ahí, la moderación en equidad. Pero ¿tiene alguna coherencia mantenerlo en el futuro, cuando se conozca y se generalice –que lo hará– esta doctrina de la equiparación? Me temo que no, pues contradice el presupuesto sustantivo (identidad causal e igualdad de trato), sin justificación objetiva suficiente.

SEXTO INTERROGANTE

¿Se difundirá como una doctrina generalizada en el orden contencioso-administrativo la sanción de indefinición sin fijeza para el abuso del empleo temporal estatutario (público)?

Los precedentes comunitarios de obligado cumplimiento. Aunque la famosísima sentencia «De Diego Porras» ha ocupado la mayor parte de las portadas de los periódicos y acapara el centro del debate –sindical, social y político–, no nació sola, sino que conforma una «trilogía». Se ha hecho acompañar de otras dos, estrictamente aplicables al empleo público temporal, en las que se cuestiona de forma radical y completa, aquí sí, tanto la normativa como la práctica seguida en

España respecto de los nombramientos de empleo temporal estatutario –y, por lo tanto, también funcional–, desnudando el extremo fervor del empleador público español por mutar miles de plazas de empleo estructural fijo en plazas de empleo coyuntural. Así estaría sucediendo desde hace décadas mediante prácticas generalizadas de «sucesión encadenada de nombramientos», sin orden ni control, con el aval de la legislación estatutaria –y funcional–, con lo que, al igual que en el sector privado, el abuso pasa de excepción o anomalía a regla. Estas dos «sentencias hermanas» del TJUE, a diferencia de la «De Diego Porras», son de una fundamentación irrefutable y tienen una extraordinaria solidez jurídica. Otra cosa es, como se verá brevemente, que apuntan una «solución» que, en la práctica, tanto administrativa como judicialmente, más que una salida de racionalidad y eficacia se dirige a crear otra fase de «calvario» y de caos, como es promover la generalización de esa extraña e –imposible– figura que es «el indefinido no fijo» en el empleo público-administrativo, llevando las contradicciones y agravios que siguen padeciendo en el ámbito laboral (remitimos al cuidado y actualizado [estudio de la profesora María Rosa VALLECILLO](#), en este número, y al exhaustivo y crítico realizado por la profesora [Margarita MIÑARRO en el número 384](#), marzo de 2015, págs. 15 y ss.).

Los recordamos brevemente, pues ya fueron analizados en el [número de octubre](#). De un lado, en el [asunto 16/15 \(caso María Elena Pérez López\)](#), el TJUE considera que la utilización de nombramientos de duración determinada sucesivos –nada menos que 7 veces– para atender necesidades permanentes en el sector de los servicios de salud es contraria al Derecho de la Unión. De otro, en los [asuntos acumulados C-184/15 \(caso Sra. Martínez Andrés\)](#) y [C-197/15 \(caso Sr. Castrejana López\)](#), el TJUE precisa que los poderes públicos deben establecer medidas adecuadas suficientemente efectivas y disuasorias para prevenir y sancionar los abusos en las relaciones de servicio de duración determinada regidas por el Derecho administrativo. Por lo tanto, concluye, si en las regidas por el Derecho laboral se han revelado eficaces las relativas a la calificación de indefinido no fijo, también deben serlo para las público-administrativas.

Posición jurisdiccional española más reciente. A diferencia de lo sucedido con la sentencia «De Diego Porras», estas otras, en especial la [sentencia Martínez Andrés y Castrejana López](#), no han recibido, incomprensiblemente para mí, apenas atención, ni por los laboristas ni por los administrativistas, con alguna excepción (como siempre, el profesor E. ROJO TORRECILLA permanece muy atento a todo cambio)¹⁰. Por supuesto, ni el debate social ni el político pueden quedar al margen del mismo, pues afecta a miles de empleos públicos y pone en cuestión una parte importante de los esfuerzos de racionalización del empleo público funcional. Por eso, el Gobierno en funciones, ahora ya con todas las funciones de Gobierno, tras reunirse con los interlocutores sociales, además de la reforma en la contratación temporal privada a los efectos de indemnización, comprometió que *«para abordar la situación específica de dichas sentencias en el ámbito laboral sanitario, se procederá a convocar de manera urgente a la Comisión de Re-*

¹⁰ Vid. ROJO TORRECILLA, E.: «Contratos de interinidad, contratos para obra o servicio, nombramientos temporales de personal estatutario. Los tribunales españoles aplican, con prisas y sin pausas, las sentencias del TJUE. Una nota a la sentencia del TSJ de Andalucía (C-A) de 30 de septiembre de 2016», en el blog [eduardorojotorrecilla.es](#).

cursos Humanos del Sistema Nacional de Salud (SNS) para que, junto a las CC. AA., plantee soluciones que permitan reducir la actual tasa de temporalidad del SNS»¹¹.

En tanto llega esa otra reforma –que irá para más largo, no lo duden, aunque resulte ahora ya urgente, pues adolece de más complejidad, al afectar de lleno tanto a la cuestión de la racionalización del gasto público en personal como a las competencias autonómicas–, ya se cuenta con diversas aplicaciones jurisdiccionales que, no sin modulaciones e incertidumbres, cómo no y que hacen más perentoria la reforma, pretenden dar aplicación a esa jurisprudencia innovadora de la UE. En primer lugar, por orden cronológico, y sin referencia de forma expresa a esta jurisprudencia europea (pese a ser dictada cinco días después y en contra de lo que afirma la prensa, gustosa siempre de presentarla, seguramente inducida por el abogado que «filtra» una sentencia que han ganado, como «la primera/la pionera»)¹², hay que destacar la [Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, de 19 de septiembre de 2016, rec. núm. 281/2016](#). En ella, tras considerar que los nombramientos como personal estatutario eventual de nueve trabajadoras se han realizado en fraude de ley, por lo tanto con desviación de poder en el marco conceptual y normativo del Derecho administrativo –a diferencia del laboral–, las califica como «personal indefinido no fijo» del Servicio Gallego de Salud, eso sí, «asimilado al personal interino», con lo que, en línea con la jurisprudencia comunitaria y nacional, lejos de asimilarlas –lo que sería lo coherente– con el personal fijo –salvo en lo que hace al acceso a la fijeza del puesto–, se mantiene asimilado a personal temporal (interinas indefinidas).

Literalmente declara en el fallo que:

«las actoras, dado el carácter fraudulento de sus nombramientos temporales, ostentan la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo, condenando al Sergas a estar y pasar por este reconocimiento, y a reconocer a las actoras la antigüedad que a continuación se detalla en el puesto que vienen cubriendo en virtud de los sucesivos contratos de servicios determinados».

Por eso, pese a legitimar la continuidad de las actoras en la prestación de sus servicios, por el carácter estructural de sus puestos de trabajo, como personal indefinido del Sergas, se hace expresa salvedad «*las facultades de la Administración para la amortización de los puestos de trabajo o para, el caso de mantenerlos, [...] someterlos al correspondiente proceso selectivo*». Ni que decir tiene que todo ello abre nuevos interrogantes, como determinar si, para el caso de amortización o de cobertura reglamentaria de la plaza sin consolidación por parte de las enfermeras que ahora la ocupan, correspondería o no una indemnización, como sí sucede en el caso

¹¹ <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2906>

¹² «Primera sentencia a favor de las interinas de Sanidad en Galicia tras el fallo de la UE», publicado en *El Confidencial*, el 23 de septiembre de 2016.

del personal indefinido no fijo laboral, pero no expresamente para el estatutario. Como es lógico, cabría plantear también aquí el derecho indemnizatorio como exigencia del principio de igualdad, aunque el TJUE expresamente eluda pronunciarse al respecto por entender, como se recordó más arriba, que esa cuestión no entra en su competencia aplicativa de la directiva sobre contratación de duración determinada.

En el plano de los «precedentes jurisdiccionales» de referencia, descartado, como se ha dicho, que haga mención alguna al que más debía, al comunitario –quizás no le dio tiempo a conocerlo, por la cercanía de fechas–, destacan dos menciones. La más referencial de todas, como luego veremos en las siguientes, la STJS de Castilla La-Mancha, Sala Contenciosa, de 31 de marzo de 2014, que se pronunció en los siguientes términos: *«A nuestro juicio, en caso de darse ese fraude de ley, implicaría que el contrato debería considerarse, en palabras del Tribunal Supremo, como indefinido temporal, y asimilarse en cuanto a sus condiciones y sobre todo en cuanto a la forma de extinción, con los contratos de interinidad, máxime si el puesto, como ocurre en este caso no figura en la RPT a pesar de estar consignado presupuestariamente»*. Pero de gran interés resulta igualmente la STSJ de Galicia, Sala Contenciosa, de 20 de abril de 2016, rec. núm. 528/2015. Esta, enjuiciando un supuesto similar, en el que el Sergas pretendía justificar la temporalidad de varios nombramientos encadenados de personal estatutario durante más de seis años (la identidad con la situación de la sentencia De Porras es manifiesta), se apunta también, y precedentemente a la propia jurisprudencia europea, a esta profunda anomalía jurídica de las *«relaciones jurídicas de personal indefinidas temporales»*:

«Es evidente que los nombramientos de las actoras, a lo largo del tiempo, por temporales y eventuales que se hagan parecer, no respondían a necesidades estructurales del Hospital [...], derivadas de exigencias de cobertura extraordinaria de plazas, sino que se trataba de ocultar, por esa vía fraudulenta, una vinculación indefinida de personal que, en el caso de las actoras, se prolongó en el tiempo más de seis años ininterrumpidos. Y calificamos de fraudulenta esa relación jurídica porque siempre que en los nombramientos del personal estatutario temporal eventual se hubieren rebasado los plazos máximos (12 meses en un periodo de 24 –art. 9.3 de la Ley 55/2003–), no se hubiera definido con claridad y precisión el motivo de la temporalidad o, habiéndose referido el mismo, la plaza cubierta fuera de carácter estructural, habrá de entenderse que se ha realizado en fraude de ley y, por tanto, de forma irregular.

Nos hallamos, por tanto, ante lo que pudiéramos reputar como unas relaciones jurídicas indefinidas temporales que, por su naturaleza, privan de virtualidad a la cláusula temporal de duración prevista en el nombramiento suscrito entre las partes, por lo que los ceses solo pueden venir determinados por la cobertura en propiedad de las plazas o por su amortización, lo que no ha acontecido en el supuesto enjuiciado; y que se haya aprovechado la apertura del nuevo Hospital vigués para acordar sus ceses, no resulta de recibo. Y no cabe argumentar, en contra, que cada uno de los sucesivos nombramientos tenía una duración concreta y determinada por lo que las actoras conocían el momento de expiración de aquel, pues tales nombramientos, dada su concatenación

en el tiempo, han quedado desnaturalizados y han perdido el carácter de temporales eventuales que, aparentemente, se pretendió atribuirles, del mismo modo que perdió virtualidad la cláusula de duración temporal de cada nombramiento».

Así las cosas, y con estos precedentes «patrios» autonómicos, el verdadero mérito de ser pionera en la aplicación –mejor mención– de la jurisprudencia europea citada va a ser, ahora, para el Sur. La [STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala Contenciosa, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 221/2016](#), con cita expresa tanto de la STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2014 como de la [STJUE de 14 de septiembre de 2016](#), pero la del [asunto C-16/15](#), no la [C-184/15 \(caso Sra. Martínez Andrés\)](#) y [C-197/15 \(caso Sr. Castrejana López\)](#), como debió haber incluido también, por ser más específica y clarificadora, parece sumarse –pero sin claridad y rigor, una vez más–, a la tesis de la equiparación de la protección de los trabajadores con nombramientos temporales o eventuales, de forma irregular, con la de los trabajadores indefinidos laborales no fijos, relación laboral indefinida que, precisamente, la trabajadora pidió de manera expresa al tribunal y este, aparentemente, no le concede, sino «*una situación menor o inferior*» (FJ 7.º).

Pero ¿en qué consiste esta situación jurídica de empleo «menor o inferior» a la propia de personal laboral con relación indefinida no fija cuando le concede la plena continuidad en el puesto sin que quepa extinción por la llegada del término, admitiendo solo la amortización de la plaza o provisión reglamentaria? ¿Pero no es eso mismo en lo que consiste ser indefinido no fijo laboral? La confusión de los tribunales y su desorientación es máxima.

Lo explica así la sala andaluza-sevillana (hay dos más: granadina y malagueña), siendo muy interesante por comparación con lo que hemos visto en el caso de la sala vasca (aquí solo hay una), pues también se suscitó el tema de la congruencia:

«Efectivamente, suplicaba la recurrente en su demanda que, tras la anulación de la resolución impugnada, se le reconociera como personal laboral con relación laboral de carácter indefinido. Sin embargo, y en el marco de las exigencias derivadas del principio de congruencia [la Administración demandada, gestora de los Hospitales Virgen Macarena y Virgen del Rocío –más sevillano y andaluz no puede ser el asunto–, consideró que no podía serle reconocido un nombramiento indefinido porque ello modificaría por vía de sentencia la naturaleza de los nombramientos eventuales o de sustitución], resulta posible reconocer una situación menor o inferior, aunque diferente, de la pretendida por las partes, siempre que con ello no se produzca una alteración sustancial de la pretensión deducida en los términos en que la misma fue formulada.

[...]

[...] y ello legitima reconocer el derecho de la recurrente a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición [...], sin perjuicio de las facultades de la Administración para la amortización del puesto de trabajo o para el caso

de mantenerlo someterlo al correspondiente proceso selectivo al que debería concurrir el provisionalmente contratado que habría de someterse [demasiada sumisión parece con tanta recurrencia de este verbo], estar a los resultados de ese proceso sometido a los principios de igualdad, mérito [...] y sin que quepa sin más la resolución del contrato por expiración del plazo consignado en el mismo» (FJ 7.^o).

En suma, con formulaciones parcialmente diferentes, unas más confusas que otras, todos terminan proponiendo la misma solución: el abuso en el empleo público-administrativo se sanciona igual que en el empleo público-laboral, esto es, con la sanción de indefinición sin fijeza de la relación de empleo público. Hasta aquí es fácil la asimilación, pero ¿qué pasa a partir de aquí?, ¿hasta dónde llega esa equiparación? Como vemos problemas no faltan.

¿QUÉ PASARÁ A PARTIR DE AHORA?

Nuevas respuestas judiciales, nuevas preguntas para la comprensión práctica

Ciertamente, hemos pretendido abarcar hasta aquí todas las cuestiones relevantes que se han derivado de las primeras aplicaciones de la «trilogía sísmica» comunitaria que ha puesto en jaque –si no mate– al entero sistema de contratación temporal española, cuando, con toda probabilidad, nunca se planteó eso y, en cualquier caso, es seguro que el TJUE ni quería ni podía hacerlo. Estando fundamentalmente en juego la crítica radical –eso sí– a las prácticas de abuso generalizado del empleo temporal, en el sector público fundamentalmente, ha sido todo el sistema el que finalmente se ha visto salpicado. Todos los interrogantes expuestos y analizados son de la máxima trascendencia y actualidad, sobre todo práctica, aunque también en el plano teórico –eso que suelen despreciar los tribunales por ser «disquisición doctrinal» solo, como si las decisiones que adoptan no fueran presupuesto de una previa resolución de los problemas «dogmáticos» que presupone la solución normativa de un caso–.

Somos aquí conscientes de que faltan muchos más, ya suscitados y otros nuevos, abiertos por las primeras experiencias del «laboratorio jurídico» en que se están convirtiendo, en especial a raíz de la libre investigación que le abre un sistema de justicia multinivel, con un TJUE pretoriano y muy incisivo, por encima de sus competencias en sentido ortodoxo, todos los tribunales. Pero no podemos ir más allá en este Foro de Debate. Estamos convencidos de que, antes de la reforma legal, que seguro habrá, y después de la misma; así como antes del pronunciamiento del Tribunal Supremo, que seguro también habrá, y después del mismo, e incluso antes de los nuevos pronunciamientos del TJUE, que con toda seguridad también se producirán, y después de los mismos, habremos de permanecer alerta y dedicar nuevos Foros. Así se hará.

Pero antes de terminar este, solo una llamada a esa cualidad tan clásica de la fuente de las relaciones laborales más viva y dinámica –junto a la negociación colectiva–: la prudencia que

acompaña a la función de «jurisdicción» (decir el Derecho). Al Tribunal Supremo –y en parte también a las Salas de Suplicación– corresponde decirnos prudentemente cuál es el Derecho aplicable, integrando con racionalidad y coherencia todas las lagunas y contradicciones. Por eso, al rigor jurídico que precisa cualquier solución jurisdiccional, y a la equidad reguladora –equilibrio de los intereses en juego conforme a los derechos y principios fundamentales y su prevalencia–, hay que pedirle realismo e inteligencia, de modo que «el árbol no impida ver el bosque». El grave problema de nuestro mercado de trabajo no es tanto la falta de igualdad indemnizatoria, o incluso las bajas indemnizaciones de ruptura, sino el extenso e intenso abuso.

