

PERSONAL INTERINO DEL SECTOR PÚBLICO Y NOMBRAMIENTOS ABUSIVOS A LA LUZ DEL ASUNTO «SÁNCHEZ RUIZ/FERNÁNDEZ ÁLVAREZ»

PUBLIC SECTOR INTERIM STAFF AND ABUSIVE FIXED-TERM APPOINTMENTS IN THE LIGHT OF THE «SÁNCHEZ RUIZ/FERNÁNDEZ ÁLVAREZ» CASE

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado y Titular de Universidad
Acreditado.

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
ibeltran_de_heredia@uoc.edu

nagusien deskribapena egiten du, eremu horretako behin-behinekotasunaren izaera erabat atipikoa zuzentzen lagundu beharko luke tenak.

Gako-hitzak: 1999/70 Zuzentaraua, bitarteko langileak, sektore publikoa, gehiegizko behin-behinekotasuna.

Recibido: 23/04/2020

Aceptado: 19/05/2020

© 2020 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObrDerivada (by-nc-nd)



Resumen: Las medidas comunitarias e internas para combatir el abuso en la contratación temporal no han conformado un sistema unitario sino que han respondido a una lógica *estratificada*. Esta arquitectura ha permitido al derecho interno operar alejándose de las directrices comunitarias y de sus resortes de contención. Lo que ha desembocado (en conjunción con otras causas) en unas tasas de temporalidad intolerables y convirtiéndose en un fenómeno patológico y crónico. Este estudio lleva a cabo un análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hasta el importante asunto «Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez» y de su profundo impacto en las normas contra la temporalidad abusiva en los nombramientos (sucesivos o no) del personal interino del sector público. El recorrido en la evolución de la doctrina comunitaria de los últimos años que se lleva a cabo evidencia el desajuste con el marco normativo interno y su interpretación judicial y la inaplazable necesidad de introducir medidas efectivas que corrijan la grave situación de este colectivo. El estudio también hace una descripción de las principales directrices normativas e interpretativas a seguir a partir de este momento y que deberían contribuir a corregir el carácter absolutamente atípico de la temporalidad en este ámbito.

Palabras clave: Directiva 1999/70, personal interino, sector público, temporalidad abusiva.

Laburpena: Aldi baterako kontratazioan gehiegikeriari aurre egiteko Europar Batasuneko eta barneko neurriek ez dute sistema bateratu bat osatu, logika estratifikatu bati erantzun diote. Arkitektura horri esker, barne-zuzenbideak Europako gidalerroetatik eta horiei eusteko tresnetatik aldenitu da. Horren ondorioz (beste arrazoi batzuekin batera), behin-behinekotasun tasa onartezinak sortu dira eta fenomeno patologiko eta kroniko bihurtu da. Azterlan honek Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren (EJJA) doktrina aztertzen du, «Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez» gai garrantzitsuraino, bai eta horrek sektore publikoko bitarteko langileen izendapenetan (ondoz ondokoak izan edo ez) gehiegizko behin-behinekotasunaren aurkako arauetan duen eragin sakona ere. Europar Batasuneko doktrinak azken urteetan izan duen bilakaerak agerian uzten du barne-arau-esparruarekin eta haren interpretazio judicialarekin bat ez datorrela, eta atzerazina dela neurri eraginkorrak sartzea kolektibo horren egoera larria zuzentzeko. Azterlanak, halaber, une honetatik aurrera jarraitu beharreko araugintza- eta interpretazio-jarraitibide

Abstract: Both national and the European Union (EU) measures to combat abuse in temporary contracts haven't conformed a unitary system but have responded to a stratified logic. This architecture has allowed domestic law to operate away from EU guidelines and its containment elements. These factors have led (in conjunction with other causes) into intolerable temporality rates which have become a pathological and chronic phenomenon. This essay analyses the Court of Justice of the European Union (CJEU) doctrine up to the «Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez» case and its deep impact on the national regulations to prevent abusive use of fixed-term appointments (successive or not) of public sector interim staff. The study of the evolution of recent CJEU doctrine that is carried out shows the mismatch with the internal regulatory framework and its judicial interpretation and the urgent need to introduce effective measures to correct the serious situation of this collective. The study provides as well a description of the policy and interpretation guidelines to follow from now on. These measures should contribute to mitigate the atypical temporality rates in this sector.

Keywords: Directive 1999/70, interim staff, public sector, abuse of fixed-term employment contracts.

Sumario

1. Introducción.—2. El asunto *Pérez López*.—3. Indefinidos no fijos y el asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*. 3.1. Algunas notas sobre los indefinidos no fijos. 3.2. El asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*. 3.3. Las respuestas del Tribunal Superior de Justicia\Contencioso-Administrativa del País Vasco al asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*. 3.4. Otras reacciones de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en suplicación. 3.5. La respuesta de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo: sentencias (2) 26 de septiembre 2018.—4. El apartado 64 del caso Montero Mateos y el art. 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público. 4.1. La Sentencia del Tribunal Supremo\Social 24 de abril 2019 (rec. 1001/2017). 4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo\Social 5 de diciembre 2019 (rec. 1986/2018). 4.3. ¿El personal laboral del sector público está protegido frente al abuso en la temporalidad? 4.4. La cuestión prejudicial de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia Madrid (Auto 23 de septiembre 2019). 4.5. El apartado 64 Montero Mateos en la jurisdicción Contencioso-Administrativa.—5. El asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*. 5.1. Síntesis de la fundamentación. 5.1.1. Sobre el concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». 5.1.2. Sobre la posibilidad de renovación sucesiva sobre la base de una habilitación legal. 5.1.3. Sobre las medidas para prevenir y sancionar el uso abusivo de la contratación temporal. 5.1.4. Sobre la naturaleza del empleador y la existencia de un consentimiento de la persona trabajadora. 5.1.5. Sobre la aplicación directa de la Cláusula 5.^a del Acuerdo Marco y la posibilidad de dejar de aplicar el derecho interno. 5.1.6. Sobre la posibilidad de revisar las sentencias y los actos administrativos relativos a ceses, nombramientos y convocatorias de procesos selectivos que hayan adquirido firmeza. 5.2. Valoración crítica del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*.—6. Valoración final: a partir de ahora, ¿cómo debe procederse?—7. Referencias.

1. Introducción

La Cláusula 5.^a 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, prevé la necesidad de adoptar medidas destinadas a prevenir abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. El contenido de esta cláusula ha suscitado una intensa controversia en los últimos años a nivel interno, ante el evidente problema de la excesiva y anómala temporalidad en el sector público y la parálisis normativa a la hora de articular una respuesta eficaz que contenga el abuso y el fraude del personal temporal (y/o una respuesta contundente cuando no se respetan las pocas reglas existentes).

La relevancia de este acervo jurisprudencial (a pesar de sus altibajos) es que, siguiendo el razonamiento de Fuentetaja Pastor (2020: 143), socava aspectos fundamentales de la regulación de las clases de empleados públicos temporales (regidos por el derecho administrativo y laboral), así como la gestión que las Administraciones Públicas hacen de esos empleados. De hecho, es probable que todavía no se haya podido interiorizar en su plenitud el profundo impacto de estos pronunciamientos.

En concreto, la citada cláusula establece que «cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán (...) una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales»¹.

Y, en relación a la expresión «medidas legales equivalentes», aunque no está definida en el Acuerdo Marco, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)² ha entendido que hace referencia a un concepto que debe ser objeto de interpretación uniforme y se refiere a «cualquier medida de Derecho interno que, al igual que las medidas indicadas en dicha cláusula, tenga por objeto prevenir con efectividad la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos»³.

Este mandato debe complementarse con el contenido del artículo 2, párrafo primero, de dicha Directiva que exige a los Estados poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma, debiendo adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar en todo momento los resultados fijados por ella. Y, en este sentido, la doctrina del TJUE ha establecido que «cuando, a pesar de tales medidas, se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, corresponderá a las autoridades

nacionales velar por la eficacia práctica del Acuerdo Marco mediante la adopción de medidas que garanticen una sanción adecuada de ese abuso y la eliminación de las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión»⁴.

Por otra parte, el TJUE de forma reiterada ha entendido que el contenido de las cláusulas de la Directiva es extensible al sector público y, por consiguiente, independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno⁵.

El objeto de este ensayo es abordar el análisis de la última interpelación a la que ha dado respuesta el TJUE a través de los asuntos acumulados *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (C-103/18 y C-429/18). El estudio de este pronunciamiento y de sus profundas implicaciones a nivel interno exige una aproximación desde dos antecedentes del tribunal comunitario: los asuntos *Pérez López* (C-16/15), por un lado, y *Martínez Andrés/Castrejana López* (C-184/15 y C-197/15), por otro. Especialmente por los motivos siguientes: porque el primer caso es la base de gran parte de la fundamentación esgrimida en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*; y porque, en relación con el segundo, existe cierta discrepancia con la doctrina que ha mantenido en el último de sus pronunciamientos.

A su vez, para poder tener una aproximación lo más comprensiva posible de la problemática que subyace en esta controversia, también debe hacerse referencia a la doctrina del asunto *Montero Mateos* (C-677/16), pues, aunque dictada en el marco de la Cláusula 4.^a (no discriminación), no puede eludirse el contenido de su apartado 64 y su «encaje» con la doctrina del resto de asuntos apuntados.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que, aunque las cuestiones prejudiciales que precipitan la intervención del TJUE se formulan desde distintos órdenes jurisdiccionales y, por ende, conforme a disposiciones normativas que operen según reglas y principios diferenciados, muchas de las argumentaciones del TJUE no se formulan atendiendo a esta segmentación. Aunque la Directiva 1999/70 no exige a los Estados una respuesta uniforme para el sector público y privado, no cabe duda que este marco interpretativo, en ocasiones, no contribuye a clarificar los criterios que se destilan de los pronunciamientos comunitarios, pero también (y conviene tenerlo muy presente) implica que, a modo de *vasos comunicantes*, las implicaciones recíprocas (o retroalimentación) entre ambos órdenes son inevitables. Y, por este motivo, es pertinente tratar de abordar su estudio desde el punto de vista más integral posible.

En este sentido, a los objetos de facilitar la exposición, el análisis de cada uno de éstos casos seguirá

un criterio básicamente cronológico, empezando por el asunto *Pérez López*.

2. El asunto *Pérez López*

La doctrina del asunto *Pérez López* (C-16/15), a la luz del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, adquiere una particular relevancia, pues, constituye una parte importante de su contenido. De ahí que su análisis pormenorizado sea preceptivo.

Dictada el 14 de septiembre de 2016, forma parte de lo que se conoce como «trío sísmico» (junto con las otras dos fechadas el mismo día —de *Diego Porras 1 y Martínez Andrés/Castrejana López*—); y se refiere, específicamente, a un supuesto de nombramientos sucesivos —en el marco del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud de la Comunidad de Madrid— para «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria».

Los motivos que llevan al TJUE a entender que los sucesivos nombramientos de la sra. Pérez López para garantizar los servicios hospitalarios no parecen responder a meras necesidades temporales del empleador, se articulan a partir de, fundamentalmente, dos «bloques argumentativos»: la adecuación del marco normativo en la descripción de las razones objetivas que justifican la renovación de relaciones temporales, por un lado; y el uso abusivo del mismo e inadecuación normativa por no impedirlo, por otro.

En relación al primero, el TJUE (reiterando una doctrina consolidada) estima que, si bien es posible el recurso a la contratación temporal sucesiva, es necesario que la misma quede justificada por «razones objetivas». Y, en este sentido, el TJUE sostiene que «el concepto de «razones objetivas» se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro».

En cambio, prosigue el TJUE, «una disposición legislativa o reglamentaria nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias que se han precisado». De modo que «una disposición de esta naturaleza, de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Por tanto, tal disposición entraña un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de contratos y, por ende, no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco».

Así pues, si no concurren dichas medidas objetivas y se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, debe poderse aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de las personas trabajadoras efectivas y equivalentes, con el objeto de eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión.

Y, específicamente, en relación al contenido del art. 9.3 del Estatuto Marco, el TJUE entiende que este precepto determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (no limita a autorizarlo de manera general y abstracta) y, por consiguiente, se ajusta a las directrices del Acuerdo Marco (que, como se ha apuntado, exige la existencia de «razones objetivas»).

También entiende que la sustitución temporal de una persona trabajadora para satisfacer necesidades de personal de duración limitada por parte del empleador puede constituir, en principio, una «razón objetiva» ex Cláusula 5.^a. Y, en concreto, añade que, en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras.

Y, más específicamente, entiende que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que puede justificar objetivamente en este sector específico el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada.

Sin embargo, abordado el segundo de los «bloques argumentativos» anunciados (y siguiendo la Sentencia del TJUE (STJUE) 13 de marzo 2014, C-190/13, *Márquez Samohano*), entiende que este marco normativo no justifica que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. Aunque debe procederse a un análisis particularizado en cada caso, no cabe, pues, la renovación para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable. Especialmente porque «tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades»⁶.

Y, en el caso analizado, el TJUE entiende que la normativa interna se opone a la Cláusula 5.^a porque los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables. En este sentido, es determinante para alcanzar esta conclusión el hecho de que el juzgado remitente califique como un mal endémico la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal (y que estima que afecta a un 25 % de las 50 000 plazas de plantilla de personal facultativo y sanitario de la Comunidad de Madrid —y que, en algunos casos, llega a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años—).

Y añade que, aunque la posibilidad de crear un puesto fijo puede ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales y que cabe acudir justificadamente a nombramientos temporales a la espera de que se creen puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual, esto no obsta que deban seguirse las directrices del Acuerdo Marco. Y, en este caso, no se da cumplimiento a las mismas porque la normativa nacional no entraña ninguna obligación de crearlos. De hecho, provoca que la situación de precariedad de estas personas trabajadoras sea permanente, porque no prevé una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos ni en cuanto al número de sus renovaciones.

Y, por todo ello, entiende que el derecho interno infringe la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, pues se está acudiendo a la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables a pesar de la existencia de un déficit estructural de puestos de personal fijo. Valoración, puede avanzarse ya, que también alcanza en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*.

3. Indefinidos no fijos y el asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*

El Asunto *Martínez Andrés/Castrejana López* también juega un papel determinante en la controversia suscitada por el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, pues, es el origen de la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo\Contencioso-Administrativa (SSTS-CA) (2) 26 de septiembre 2018 (rec. 1305/2017; y rec. 785/2017) que, como se sabe, han establecido un conjunto de criterios para tratar de combatir las situaciones de temporalidad abusiva de funcionarios interinos y del personal estatutario eventual.

En paralelo, es importante tener en cuenta que la clave de este pronunciamiento integrante del «trío sísmico» radica en una concepción muy controvertida de la figura de los indefinidos no fijos (en adelante, INF) que, como se sabe, tiene su origen en la jurisdicción social. Por este motivo, antes de proceder al análisis de la sentencia del TJUE conviene tratar de recordar sus principales notas características.

3.1. Algunas notas sobre los indefinidos no fijos

El origen de la figura de los INF se encuentra en las irregularidades cometidas por las Administraciones Públicas en la contratación temporal y en la consiguiente discusión de su posible calificación o no como personal «fijo».

Sin embargo, se trata de un concepto absolutamente «dinámico», experimentando numerosos giros interpretativos (de hecho, hasta la fecha, pueden identificarse cuatro «fases» diferenciadas⁷). Y, de hecho (como se apuntará), esto ha permitido la extensión de esta ca-

lificación a múltiples y heterogéneas situaciones (con importantes implicaciones conceptuales —como se apuntará en la parte final de este epígrafe—). De hecho, se trata de una figura normativamente «esquiva», pues, si bien, como si de una *sombra* se tratara aparece implícitamente referenciada en diversas y dispersas disposiciones, no es hasta la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017 (LPGE'17) que el término «indefinido no fijo» se *corporiza* en un texto legal (Disposición Adicional —DA 34.^a.2—).

En todo caso, puede decirse que cabe hablar de dos tipos de INF: *ab origine* («indefinidos» ex arts. 8.2 y 11.1 Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante, EBEP— y reservados, aparentemente, para los profesores de religión del sector público) y sobrevenidos (el resto —los «indefinidos no fijos»—).

Una síntesis cronológica de esta evolución puede ayudar a desvelar las complejas implicaciones asociadas a esta controvertida figura.

Así, tras un primer estadio caracterizado por un cierto vaivén doctrinal, finalmente el Tribunal Supremo⁸, en aras a preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, dictamina que el carácter indefinido «no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla». De modo que, en la medida que el organismo público empleador tiene la obligación de llevar a cabo la cobertura reglamentaria de esa plaza vacante, este tipo de relación queda sometida a una condición. Lo que implica que puede extinguirse (sin derecho a indemnización) si se produce la provisión en la forma legalmente procedente de la referida plaza, o bien, si se produce una «amortización simple» de la misma. De hecho, en la medida que esta doctrina también se aplica a los interinos por vacante⁹, los INF podrían calificarse como «interinos de hecho»¹⁰.

Como se ha apuntado, es importante tener en cuenta que la calificación de INF no se ha circunscrito a los supuestos de contratación temporal irregular. A los efectos del objeto de este estudio, debe tenerse en cuenta que también se ha extendido normativamente a los supuestos de exceso de la duración máxima legalmente prevista ex art. 15.5 Estatuto de los Trabajadores (ET)¹¹ y, para el sector público, a los supuestos de superación de los 3 años previsto en el art. 70.1 del EBEP¹² (aunque, como se apuntará, esta doctrina ha sido recientemente corregida por el Tribunal Supremo-TS¹³).

La «referencia» a este fenómeno en la DA 15.^a ex Ley 43/2006 (posteriormente modificada por la Ley 35/2010) y la mención explícita a los citados «indefinidos» en el EBEP (arts. 8.2 y 11.1) no alterará este «régimen», permaneciendo «prácticamente» constante durante décadas¹⁴.

No obstante, se produce un cambio de doctrina (y el inicio de la segunda fase) con la Sentencia del Tribunal Supremo\Social (STS\Soc) 24 de junio 2014 (rec. 217/13), referida —recuérdese— a la extinción de interinos por vacante. Doctrina que, al poco tiempo y a través de la STS\Soc 8 de julio 2014 (rec. 2693/13), también se extiende de forma específica a la extinción de INF (entendiendo que el apartado 3.º de la DA 20.ª ET ex Ley 3/2012 ha actuado como mero «detonante» de este giro interpretativo).

Es importante tener en cuenta que este giro interpretativo tiene su origen en un cambio interpretativo sobre la naturaleza jurídica de los INF e interinos por vacante, pues, para la Sala 4.ª, dejan de ser considerados como contratos sometidos a condición y pasan a calificarse como contratos sometidos a término.

Esta nueva aproximación «coincide» con la calificación efectuada por el TJUE en el asunto *Huétor Vega*¹⁵, aunque con la particularidad de que el tribunal comunitario es «binario», esto es, la «condición» no es una de las categorías conceptuales de la Directiva 1999/70. Por este motivo, cuando se le interpela, debe optar entre una de las dos opciones siguientes: o temporal o indefinido/fijo (y que, en este ámbito, como tradicionalmente en el laboral, han operado como categorías absolutamente equivalentes). En este sentido, es obvio que la existencia de un marco normativo *estratificado* (comunitario e interno), que opera conforme a categorías conceptuales no plenamente coincidentes, es especialmente propiciatorio para que se acaben destilando desajustes de diversa consideración.

Desde entonces, el Tribunal Supremo, en las extinciones posteriores a la reforma de 2012 y *sub iudice* con posterioridad a junio de 2014, ya no ha permitido el recurso a la «amortización simple» (sin indemnización), exigiendo el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) ET¹⁶. Lo que, dado que en estos casos se ha producido una extinción contractual (la «amortización simple») ha comportado la calificación judicial de su improcedencia o nulidad si, teniendo en cuenta la ratio efectivos/afectados, hubiera debido seguirse el procedimiento del despido colectivo.

Así pues, y es especialmente relevante destacarlo a los efectos del asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*, la readmisión en estos casos es un efecto derivado única y exclusivamente del incumplimiento del régimen jurídico del despido colectivo (no así del individual o plural); y, por consiguiente, no es un efecto prototípico de una extinción (por el motivo que sea) de una relación calificada como INF.

No obstante, debe precisarse que la cobertura reglamentaria de la plaza de INF ha seguido operando

como una causa extintiva válida. Y, al respecto, el criterio jurisprudencial ha experimentado una alta «volatilidad». En efecto, en estos casos, la jurisprudencia, en un primer momento¹⁷, reconoce de oficio la indemnización del art. 49.1.c) ET. No obstante, la Sala 4.ª no mantendrá un criterio uniforme, porque de forma coetánea al anterior criterio, también se dan casos en los que no lo hace¹⁸.

En todo caso, podría decirse que la doctrina que reconoce la indemnización a los INF por cobertura reglamentaria de plaza ex art. 49.1.c) ET queda confirmada con la importante STS\Soc 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016). En concreto, en esta sentencia (rechazando entrar a valorar la aplicación de la doctrina de *Diego Porras (1)* porque el recurso lo interpone la Administración empleadora), se reconoce la indemnización del art. 49.1.c) ET siguiendo la doctrina del asunto *Huétor Vega*.

La STS\Soc 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) introducirá un nuevo giro interpretativo en la naturaleza jurídica de los INF y, por ende, en los efectos jurídicos que lleva anudados (dando inicio a la tercera de las fases anunciadas). Así, en un supuesto de extinción por cobertura reglamentaria de plaza de un INF, y tras calificar a estos como «no temporales» (y distinguiéndolos de los interinos por vacante), el Alto Tribunal (sin recurrir a la doctrina de *Diego Porras 1*, por entonces, en plena controversia) reconoce una indemnización de 20 días¹⁹.

No obstante, esta conceptualización ha sido objeto de un nuevo giro. En efecto, describiendo la cuarta fase (hasta la fecha, la última), y en el marco de un conflicto colectivo sobre el reconocimiento del derecho a la promoción profesional regulado por convenio colectivo a los INF (y atribuyéndoselo), la STS\Soc 2 de abril 2018 (rec. 27/2017) vuelve a calificar a los INF como «temporales»²⁰. Debe destacarse que este cambio interpretativo se lleva a cabo sin rebatir el anterior criterio. De hecho, esta línea interpretativa se alinea con la naturaleza temporal de los INF defendida, a propósito de la controversia sobre la extensión del derecho a la readmisión establecida en el art. 96.2) EBEP, por el TJUE en la sentencia de 25 de julio 2018, asunto *Vernaza Ayovi* (por cierto, negándosela).

Sin embargo, evidenciando una naturaleza absolutamente líquida (o si lo prefieren, mostrando una «plasticidad» interpretativa muy discutible), al poco tiempo, el TS admitirá que los INF también pueden ser fijos discontinuos²¹. Criterio que coexistirá «pacíficamente», al menos, para la Sala 4.ª, con la naturaleza temporal anteriormente apuntada.

La rectificación del TJUE de la doctrina de *Diego Porras (1)*, a través de los casos *Grupo Norte Facility*

(C-574/16), *Montero Mateos* (C-677/16) y de *Diego Porras (2)* (C-619/17)²² tampoco llevará al TS a modificar su doctrina sobre el reconocimiento de la indemnización de 20 días a los INF que han visto extinguido su contrato por cobertura reglamentaria de la plaza, confirmándose explícitamente en la STS\Soc 28 de marzo 2019 (rec. 997/2017). Lo que se ha traducido en la existencia de una disparidad significativa en el tratamiento indemnizatorio entre los contratos temporales al cumplirse el término, pudiéndose distinguir entre interinos y el resto²³.

En efecto, a partir de la STS\Soc 13 de marzo 2019 (rec. 3970/2016) —que resuelve conforme a la doctrina de la STJUE 21 de noviembre 2018 (C-619/17), de *Diego Porras (2)*—, la jurisprudencia ha entendido que los interinos por sustitución²⁴ y por vacante²⁵ no deben percibir indemnización alguna en el caso de que produzca la extinción por expiración del término ajustada a derecho. Y tampoco procede en los siguientes casos: —si la plaza ocupada por el interino queda desierta, tras resolverse el proceso extraordinario de consolidación de empleo²⁶; —si el titular al que le ha sido adjudicada pueda pedir posteriormente la excedencia y la plaza revierta por ello a la bolsa de personas trabajadoras existente para cubrir estas situaciones²⁷. En cambio, no puede calificarse como una cobertura reglamentaria de la plaza (y sí como un despido improcedente) el cese llevado a cabo por la administración sanitaria empleadora al sustituir un interino laboral no especialista por un interino especialista²⁸.

A la luz de este vaivén hermenéutico y para complementar esta breve aproximación, creo que puede ser oportuno exponer dos valoraciones:

- En primer lugar, creo que sería conveniente abrir el debate y plantear la posibilidad de recuperar la tesis de que los INF (y también los interinos por vacante del sector público) están sometidos a una condición resolutoria²⁹. Es obvio que medían diferencias insalvables con los contratos temporales *ordinarios*³⁰. De hecho, esta idea es perfectamente compatible con todas las reglas que, en lo que a la extinción se refiere, se han ido adoptando por el acervo jurisprudencial y que, probablemente, quedarían subsumidas en la prohibición de abuso que se establece en el art. 49.1.b ET³¹. E, incluso, serían perfectamente compatibles con las reglas que, en otros ámbitos, han ido progresivamente equiparando los derechos con las personas trabajadoras fijas (y, que —dicho sea de paso—, al compartir naturaleza, también deberían extenderse al personal interino por vacante). Ninguna de ellas sería contraria a esta naturaleza jurídica y al (escueto) régimen jurídico e interpretativo que lo disciplina. De hecho, si se admitiera su

sujeción a una condición resolutoria, no sería preciso recurrir a la controvertida «plasticidad» apuntada.

- En segundo lugar, y derivado de lo anterior. No creo que esta tendencia hacia homogeneización con el régimen jurídico con los fijos permita afirmar que su naturaleza jurídica se esté aproximando hasta el punto de que, prácticamente, se identifique³². Es obvio que, si se admitiera que los INF están sometidos a condición, no habría debate o controversia. Pero, incluso, aunque no se acepte esta postura, hay dos argumentos que probablemente dificultarían esta pretendida identidad:

Primero, el hecho de que la cobertura reglamentaria describa un motivo de ineficacia contractual, no puede ser calificada como una mera «particularidad», sin incidencia alguna en la determinación de la naturaleza del negocio jurídico en cuestión. Del mismo modo que no lo sería para un contrato temporal la sujeción a un término. Esta circunstancia, así como la cobertura reglamentaria de la plaza, son elementos suficientemente determinantes como para delimitar una naturaleza jurídica específica (y diferenciada con respecto al resto de contratos que no participan de la misma); y,

Segundo, no puede olvidarse (como se ha apuntado al inicio de este epígrafe) que la figura de INF *sobrevenido* es omnicompreensiva de una casuística de fenómenos que excede los supuestos que dieron lugar a su aparición originaria (recuérdese: contratación temporal ilícita; contratación temporal que supere el umbral temporal ex art. 15.5 y DA 15.ª ET; contratación temporal lícita calificada como inusualmente larga ex ap 64 *Montero Mateos*, cesión ilegal y reversión —este último supuesto, *a la espera* de que se «clarifique» el impacto de los efectos de la doctrina *Correia Moreira*—). Y esta heterogénea «vía de entrada» a la figura hace que sea muy controvertido que la identidad con los fijos sea posible.

En todo caso, este repaso a la tortuosa evolución jurisprudencial de los INF *sobrevenidos* debe complementarse con dos episodios jurisprudenciales más de la jurisdicción social sumamente relevantes a la luz del apartado 64 del asunto *Montero Mateos*. Y, dada su relevancia, merecen ser analizados en un apartado diferenciado, tras el análisis del asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*.

3.2. El asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*

A partir de la exposición de las notas características fundamentales de los INF, puede abordarse el análisis

crítico del asunto *Martínez Andrés/Castrejana López* (STJUE 14 de septiembre 2016, C-184/15 y C-197/15).

Si lo recuerdan, los detalles del caso son los siguientes:

- El primer caso se refiere al cese (1/10/12) de una auxiliar administrativa (Sra. Martínez Andrés) del Servicio Vasco de Salud, personal estatutario eventual, cuyo nombramiento fue objeto de trece prórrogas (sin incluir una motivación específica, salvo una genérica mención a «necesidades de servicio»). Desestimado el recurso contencioso por el Juzgado\Contencioso-Administrativo (JC-A) n.º6 de Bilbao (sentencia 30/7/13), interpone recurso de apelación alegando una infracción del art. 9.3 Estatuto Marco. En síntesis, entiende que los tres supuestos que recoge dicha disposición no pueden fundirse en una única categoría global para motivar la existencia de un nombramiento de duración determinada.
- El segundo caso, se refiere al cese (10/12/12) de un arquitecto (Sr. Castrejana López) del Ayuntamiento de Vitoria tras haber permanecido vinculado desde diciembre de 1993 (primero con dos sucesivos contratos de duración determinada y, a partir de 1998, como funcionario interino). Terminación que se justifica porque el programa había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones Públicas. Desestimado el recurso contencioso por el JC-A n.º1 Vitoria-Gasteiz (sentencia 23/9/13), interpone recurso de apelación, alegando, en particular, que la sentencia recurrida no se había pronunciado sobre la naturaleza laboral o administrativa de su relación de servicio con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Situaciones que motivan sendos autos de planteamiento de cuestión prejudicial (ambos de 9/3/15).

Estas situaciones motivaron sendos autos de planteamiento de cuestión prejudicial (ambos de 9 de marzo 2015) por parte de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco.

Desde el punto de vista normativo, debe tenerse en cuenta que ni la Ley 7/1985, 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local ni la Ley 55/2003, 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud prevén una regulación similar a la contenida en los apartados 3 y 5 del art. 15 del ET y la Disp. Ad. 15.ª del mismo cuerpo legal, dirigidas a prevenir el abuso en las relaciones temporales.

Pues bien, el TJUE, dando respuesta a estas cuestiones prejudiciales, en esencia, dictamina lo siguiente:

Primero. «En la medida en que (...) no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco».

Concluyendo que la Directiva «se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración **un derecho al mantenimiento de la relación laboral**, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo» (la negrita es mía).

En este sentido, creo que es importante reparar en el fragmento resaltado, porque, en los términos en los que está desarrollado en la propia sentencia, se aleja sustancialmente de los efectos jurídicos prototípicos derivados de la declaración de una persona trabajadora INF (como se ha expuesto en el epígrafe anterior).

Segundo. A la luz del principio de efectividad del Acuerdo Marco, el mismo «se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada».

En relación a este importante pronunciamiento cabe hacer las siguientes valoraciones (tres):

- Primero, reparen en el efecto «equiparador» entre contratos «de duración determinada» por aplicación de las medidas destinadas a evitar su utilización abusiva (Cláusula 5.ª del Acuerdo Marco)³³.
- Segundo, el TJUE no está exigiendo (en todo caso) que la readmisión obligatoria «deba ser la única» medida en los casos de extinción previa (además, con ello tampoco se atentaría contra el efecto útil del Acuerdo Marco).

En efecto, de la lectura de la propia sentencia se extrae que para el TJUE lo relevante es que se prevea

«alguna» medida para combatir el abuso, sin concretar cuál (pues, no es una cuestión que le corresponda determinar ni tampoco está prefijado en la Directiva).

Corroborar esta apreciación el hecho que el TJUE afirma que la respuesta para los INF del ámbito social (ap. 53) «podría ser una medida apta» (no lo exige) y, además (ap. 54), la solución laboral debe imponerse «a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal».

Además, el propio TJUE en el Caso *Martínez Andrés/Castrejana López* ha afirmado (ap. 40) que «la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público».

Tercero, una de las grandes controversias a nivel interno que suscita el asunto *Martínez Andrés/Castrejana López* es si la calificación de INF incluye un derecho previo a la readmisión en caso de extinción previa o no (que, como se ha apuntado, sería ciertamente discutible a la luz de la doctrina jurisdiccional social).

En efecto, el tribunal remitente habla de la «obligación de reincorporación» y, posteriormente, el TJUE emplea la expresión «mantenimiento en su puesto de trabajo/relación de servicio»³⁴. Lo que, como se apuntará posteriormente, podría no alinearse plenamente con lo expuesto por el TJUE en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*.

La interpretación que lleva a cabo la Sala C-A del TSJ País Vasco al formular la cuestión prejudicial (refiriéndose a la «jurisprudencia consolidada» del orden social) es muy discutible, pues, hasta la fecha, en ningún caso, los Tribunales Sociales han declarado que, si se produce una extinción, la readmisión sea un efecto prototípico previo de la declaración de INF (salvo que, obviamente, forme parte de un despido colectivo y sea calificada de nula —que no es el caso—). Lo que en estos casos se ha establecido, en cambio, es que la extinción es injustificada y, por consiguiente, debe abonarse la indemnización establecida para el despido improcedente³⁵.

De modo que, si se pretendía equiparar la respuesta a la prevista en la jurisdicción social, parece que lo lógico hubiera sido que, dado que se ha producido una extinción, únicamente se le hubiera reconocido el derecho a una indemnización por despido improcedente. En cambio, el Tribunal Superior de Justicia de lo Contencioso-Administrativo (TSJ\C-A) del País Vasco, al formular la cuestión prejudicial, induce al TJUE a

sostener una interpretación de la doctrina del orden jurisdiccional social que no se ajusta a su formulación originaria.

3.3. Las respuestas del Tribunal Superior de Justicia\Contencioso-Administrativo del País Vasco al asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*

Las SSTSJ\C-A del País Vasco (2) 12 de diciembre 2016 (rec. 625/2013 y rec. 735/2013), dando respuesta a los casos *Martínez Andrés/Castrejana López*, acababan dictaminando que tales nombramientos sucesivos son abusivos y, por ende, los ceses del funcionario interino y de la trabajadora estatutaria eventual debe quedar sin efecto, debiéndose proceder a su readmisión y, a continuación, a su calificación como personal INF. El análisis de estos casos es relevante, recuérdese, porque son el origen de las importantes SSTS\C-A (2) 26 de septiembre 2018 (rec. 1305/2017; y rec. 785/2017).

Por otra parte, en estos pronunciamientos se desestima la reclamación de daños y perjuicios (como reclamaban los recurrentes), porque, a pesar de que el TJUE en el asunto *Martínez Andrés/Castrejana López* ha dictaminado que este es «el proceso adecuado para su reclamación», debería haberse concretado en la demanda «tales daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada».

En definitiva, a resultas de esta interpretación del TJUE (y hasta que la Sala Tercera del TS se pronunció en septiembre de 2018), podría entenderse que existía un concepto de INF propio del ámbito contencioso-administrativo y distinto al del social, pues, en el primero, se estaría reconociendo un derecho a la reincorporación en caso de extinción y en el segundo no (o, únicamente, en caso de incumplimiento de las reglas del despido colectivo).

3.4. Otras reacciones de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en suplicación

En la jurisdicción contencioso-administrativa, las soluciones propuestas para los supuestos de cese habían sido (que tenga constancia) muy variadas (sin ánimo de exhaustividad):

- Entender que debía reconocerse la indemnización de 20 días en virtud de la doctrina de

Diego Porras (1)³⁶. Aunque también se ha rechazado explícitamente³⁷.

- Entender que debía reconocerse la indemnización de 20 días en virtud de la doctrina de la STS\Soc 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015) para los INF³⁸.
- Entender que procedía el reintegro³⁹.
- Entender que se reconocía la condición de personal indefinido, asimilado al personal interino⁴⁰.
- Entender que no se había producido abuso⁴¹.
- Entender que no se había producido abuso y que para el personal estatutario el art. 9.3 es una medida suficiente⁴².

Y, en los casos en los que no se ha producido el cese (y en aplicación de la doctrina *Pérez López*), los Tribunales explícitamente se han referido a la continuidad en forma de «INF»⁴³; y, en otros supuestos, constatado el carácter abusivo del nombramiento, simplemente se ha declarado el reintegro (sin especificar la naturaleza del mismo) y la previsión de un abono económico por el tiempo que se ha permanecido inactivo⁴⁴.

3.5. La respuesta de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo: sentencias (2) 26 de septiembre 2018

Las SSTS\C-A (2) 26 de septiembre 2018 (rec. 1305/2017; y rec. 785/2017), resuelven los recursos de casación presentados a las SSTSJ\C-A del País Vasco (2) 12 de diciembre 2016 (rec. 625/2013 y rec. 735/2013), respectivamente, casos *Martínez Andrés* y *Castrejana López*.

En esencia, en estas extensas resoluciones (con una fundamentación prácticamente idéntica), tras ratificar el carácter abusivo de la temporalidad («la Administración prescindió, en el muy prolongado espacio de tiempo antes dicho, de motivar, de poner de relieve, de hacer explícitas, qué razones objetivas concretas le llevaban a actuar como lo hizo»), el TS alcanza dos conclusiones fundamentales (que, dada su relevancia, reproduzco casi en su literalidad «refundiéndolos»):

Primera: la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como «funcionario interino de un Ayuntamiento» / «personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud», en personal INF, aplicando de forma análoga la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración

cumpla en debida forma lo que ordena el marco normativo (art. 10.1 EBEP; y art. 9.3, último párrafo, Ley 55/2003).

Al dar cumplimiento a esa norma, en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observado después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1/9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.

Segunda: El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho:

- a) depende de las circunstancias singulares del caso;
- b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y
- c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, previo producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas «equivalencias», al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.

En relación a estas importantes sentencias, pueden hacerse las siguientes valoraciones críticas (dos):

Primero, a propósito del reintegro

Como se ha expuesto, del asunto *Martínez Andrés/Castrejana López* no puede extraerse que el

Acuerdo Marco (en todo caso) exija el reingreso como la única solución posible en los supuestos de cese previo (y que vuelve a plantearse asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*). Puede ser «una» de las medidas. Sin olvidar que, como se ha expuesto, «la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público».

Dicho lo anterior, creo que es importante recordar que la respuesta del TS, decretando el reingreso, es una consecuencia del carácter abusivo de la temporalidad y la consiguiente falta de efectos jurídicos de la decisión de cese (falta de motivación del acto administrativo): «La resolución que así lo acuerda carece de la motivación exigible por expresar una causa que a la luz de las actuaciones no puede tenerse por verdadera o cierta en sentido jurídico».

Y, en este sentido, y relacionándolo con las resoluciones del TSJ del País Vasco recurridas (y, en cierto sentido del TJUE), a mi modo de ver, la fundamentación era (muy) controvertida, no sólo porque la figura de los INF podría tener «problemas de encaje» en el ámbito del derecho administrativo, sino también porque, como se ha expuesto (y discrepando de lo planteado por el TSJ del País Vasco al plantear las cuestiones prejudiciales), la readmisión de personas trabajadoras INF no es una reacción consustancial a esta figura.

A la luz de todo ello, parece ajustado que las SSTs\ C-A (2) 26 de septiembre 2018 (rec. 1305/2017; y rec. 785/2017) hayan rechazado la «importación» de la figura de los INF al ámbito administrativo. Y más cuando en la jurisdicción social esta figura se encuentra sometida a una acusada inestabilidad interpretativa.

Lo que no determinan las sentencias comentadas es si con la reincorporación la naturaleza de funcionario interino/personal estatutario eventual se mantiene en su integridad o no (y, en tal caso, cuáles son sus especificidades). Y, en el fondo, si como acabará cuestionando la doctrina del TJUE en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* este criterio de la Sala 3.^ª se ajusta a los mandatos de la Cláusula 5.^ª de la Directiva, o bien, debe ser objeto de matización para alinearse.

Segundo, a propósito de la compensación económica

Es cierto que al rechazarse una responsabilidad «in re ipsa» y exigirse la determinación y prueba de los da-

ños no se agilizará su percepción (y quizás, la previsión de una posible indemnización pierda fuerza disuasiva frente al abuso).

No obstante, teniendo en cuenta el «principio de efectividad del Acuerdo Marco» que reitera el TJUE en el caso *Martínez Andrés/Castrejana López* (ap. 64) es muy interesante que el TS recuerde que «el régimen procesal del recurso contencioso-administrativo no obliga a que el perjudicado por la situación de abuso haya de acudir a un proceso distinto de aquél en que tal situación se declara para pretender, también, el reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Basta la lectura del art. 31.2 de la LJCA para comprender que es así».

Si bien es cierto que esto no garantiza que se abone en todo caso una compensación (ni tampoco que vaya a ser elevada si se dictamina su percepción⁴⁵), creo que, en su conjunto, el TS está articulando una respuesta mínimamente ajustada al mandato de la Cláusula 5.^ª del Acuerdo Marco. De hecho, el TJUE ha validado una solución «similar» para los docentes de centros públicos italianos⁴⁶. En cualquier caso, la solución interna⁴⁷, a efectos prácticos, no se separa en exceso de la figura de los INF⁴⁸.

En todo caso, es poco probable que estas medidas fueran suficientes para detener la poderosa inercia instalada en el sector público y, menos aún, para propiciar un cambio de rumbo respetuoso con los mandatos del Acuerdo Marco.

4. El apartado 64 del caso *Montero Mateos* y el art. 70.1 Estatuto Básico del Empleo Público

El apartado 64 del asunto *Montero Mateos* también tiene una relevancia notable en toda esta controversia.

En relación a este caso, debe recordarse (pues es relevante), que se interpela al TJUE para dar una respuesta en el marco de la controversia derivada del asunto *de Diego Porras (I)*, y sobre todo, en el contexto de la Cláusula 4.^ª de la Directiva (esto es, principio de no discriminación). Lo que, como se apuntará, podría tener una importancia muy destacada.

La literalidad del famoso apartado es la siguiente: «la sra. Montero Mateos no podía conocer, en el

momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».

La interpretación de este apartado (y, en concreto, los términos «imprevisibilidad de la finalización» y «duración inusualmente larga»), ha suscitado una notable controversia en la jurisdicción social. Sin embargo, en la jurisdicción C-A (salvo error u omisión) está permaneciendo (como se analizará) prácticamente inadvertido.

La interpretación de este apartado por parte de la Sala 4.ª del TS viene delimitada fundamentalmente por las sentencias 24 de abril 2019 (rec. 1001/2017) y 5 de diciembre 2019 (rec. 1986/2018).

Así pues, conviene analizar su contenido e impacto de forma separada, así como las reacciones que ha suscitado (en especial, la cuestión prejudicial formulada por la Sala de lo Social del TSJ Madrid).

4.1. La Sentencia del Tribunal Supremo\ Social 24 de abril 2019 (rec. 1001/2017)

En relación a la sentencia 24 de abril 2019 (rec. 1001/2017), el TS ha entendido que, a los efectos de calificar una relación como inusualmente larga, el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP es irrelevante (debiéndose acudir a cada caso concreto).

Criterio que, como se ha apuntado, se aparta del sostenido hasta la fecha⁴⁹. De hecho, al amparo de esta interpretación la doctrina judicial había articulado un cuerpo doctrinal dirigido a delimitar qué debe entenderse por «fin imprevisible» y «duración inusualmente larga».

Respecto del primer elemento, en suplicación se ha entendido que se refiere a la imposibilidad de «inducir con el nivel mínimo de certeza exigible» la fecha en la que, en el instante de la formalización del contrato de trabajo temporal, podía identificarse el momento de extinción⁵⁰.

En cuanto a la «duración inusualmente larga», se ha entendido que «debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya fecha no

haya sido fijada con precisión»⁵¹; y, en cuanto a la delimitación precisa de este intervalo de tiempo, entre las diversas opciones posibles, el arco temporal oscilaba entre 2 y 3 años (de acuerdo con los términos contenidos en diversas disposiciones normativas: art. 15.5 ET, por un lado; y DA 1.ª Ley 43/2006, art. 15.1.a ET y art. 70.1 EBEP, por otro).

Por otra parte, es importante tener en cuenta que la SSTS\C-A 10 de diciembre 2018 (rec. 129/2016) y 21 de mayo 2019 (rec. 209/2016), ha entendido que el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP es esencial, lo que implica que la oferta de empleo público caduca si no se ejecuta en este plazo.

No obstante, en la jurisdicción social, a los efectos del reconocimiento de la condición de INF, se está manteniendo la posible suspensión del plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP. En concreto, se entiende⁵¹ que el contenido de las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado (Ley 2/2012, de PGE para 2012; Ley 17/2012, de PGE para 2013; Ley 22/2013, de PGE para 2014; y Ley 36/2014, de PGE para 2015) tienen una relevancia destacada porque vetaron el ingreso de nuevo personal al servicio de las administraciones públicas (a salvo las excepciones que contienen las de 2014 y 2015).

En definitiva, se defiende que el plazo del art. 70.1 EBEP opera en situaciones de normalidad pero no en situaciones en las que la posibilidad que asistía a la Administración contratante para la aprobación de la Oferta Pública de Empleo se encontraba limitada por los mandatos imperativos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012, 2013, 2014 y 2015.

Lo que tendría una doble consecuencia,

- Por un lado, el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP quedaría en suspenso desde 2012 a 2015 (por imposibilidad legal de contratación). Lo que tendría un efecto directo en la posibilidad de declarar el carácter INF de un interino por vacante formalizado con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes; salvo que ya acumulara 3 años con anterioridad a 2012.
- Por otro lado, en el caso de que efectivamente se haya formalizado un contrato de interinidad por vacante durante los años 2012 a 2015 en los que la incorporación no fuera posible (y no concurriera ninguna condición especial), dicho contrato temporal debe ser calificado como fraudulento y por consiguiente, calificado como INF.

Sin embargo, lo cierto es que el TJUE en el famoso apartado 64, parece enmarcar dicha evaluación respecto de cada situación en concreto, esto es, *ad ca-*

sum. De modo que, siempre que se evidencie una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada, podría declararse la relación como indefinida. Por consiguiente, podrían tenerse en cuenta otras duraciones (superiores o inferiores a los 3 años).

Y este ha sido el criterio que contiene la importante STS\Soc 24 de abril 2019 (rec. 1001/2017). En concreto, estima que el citado precepto del EBEP va referido estrictamente a «la ejecución de la oferta de empleo público». Esto es, que «el plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP referido, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión».

De hecho, en este caso (y con carácter previo a esta importante afirmación) también hace algunas aseveraciones relevantes que conviene tener en cuenta:

- Primero, con considerable dureza, afirma que la conducta de la Administración (sin promover durante más de 20 años actuación alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza) es «inadmisible». Y añade, «No se trata solo de la muy dilatada duración (más de 20 años), sino también de que no parece que exista vacante susceptible de ser cubierta por proceso de selección o promoción alguna y, sobre todo, la Administración empleadora no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. A lo largo de los muchos años de prestación de servicios de la trabajadora, como queda expuesto, brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización».
- Segundo, que «no puede sostenerse la validez del contrato temporal por ser inusualmente largo» y explícitamente acude al ap. 64 del caso *Montero Mateos* (aunque, sin profundizar sobre qué debe entenderse por fin imprevisible ni tampoco qué debe entenderse por duración inusualmente larga —quizás, porque en este caso los 20 años transcurridos hace que no sea determinante—).

Y, para reforzar este argumento, se ampara en la doctrina jurisprudencial existente y, en concreto, en

las SSTS\Soc (2) 19 de julio 2018 (rec. 1037/2017 y 823/2017) y en la aplicación de la citada doctrina del TJUE que llevan a cabo.

En concreto, que en las citadas sentencias se entiende que «el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer».

La cuestión es que, en aplicación de esta doctrina, siguiendo un criterio controvertido a mi entender, en diversas ocasiones (como, por ejemplo, en la STS\Soc 22 de mayo 2019, rec. 1336/2018), ha exigido que, para calificar una relación como inusualmente larga, debe concurrir un abuso: «La conversión en indefinido no fijo sólo podría venir derivada, en todo caso, de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en la contratación, circunstancia que aquí no aparecen constatadas, no existiendo, pues, elementos que puedan llevarnos a afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del contrato de trabajo».

Sin embargo, como se ha apuntado, es importante advertir que el citado apartado 64 del caso *Montero Mateos* fue dictado en el marco de la Cláusula 4.ª (no discriminación) y, por ende, el TJUE no establece que la concurrencia de abuso sea exigible para calificar como indefinida una relación con fin imprevisible y duración inusualmente larga.

Aunque, como se expondrá posteriormente, esta imprecisión no es exclusiva del Alto Tribunal y habrá que comprobar si el TJUE la acaba aclarando o no.

4.2. La Sentencia del Tribunal Supremo\ Social 5 de diciembre 2019 (rec. 1986/2018)

La STS\Soc 5 de diciembre 2019 (rec. 1986/2018) también tiene una importancia destacada en esta cuestión, pues, de forma muy controvertida ha reinterpretado (profundamente) el sentido del apartado 64. En concreto, desestima que una trabajadora interina por vacante que ha permanecido en esta situación durante 6 años (2011 a 2017) pueda ser calificada como INF (confirmando el criterio de la instancia).

Para alcanzar esta conclusión ha reinterpretado la literalidad del apartado 64 del caso *Montero Mateos*, sustituyendo el concepto «inusualmente largo» por «injustificadamente largo». En concreto, afirma: «el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los tribunales españoles quienes deben valo-

rar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Y utilizamos expresamente la locución ‘injustificadamente larga’ porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte ‘inusualmente’ larga; sino que la duración del contrato sea ‘injustificada’ por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal».

A su vez, tras entender que este caso es «absolutamente distinto» al resuelto por la STS\Soc 20 de noviembre 2019 (rec. 1001/2017) recién analizada, también acude a criterios de contención presupuestaria para justificar la actuación de la administración (de un modo similar a lo resuelto en la STS\Soc 20 de noviembre 2019, rec. 2732/2018).

Esta sentencia, que cuenta con un VP (formulado por la Magistrada R. Virolés), es muy controvertido porque los términos «inusualmente» largo no son equivalentes a «injustificadamente» largo. Esta interpretación permitiría que un contrato de interinidad lícitamente formalizado pudiera prolongarse durante un período de tiempo muy largo.

En la medida que esta reinterpretación del apartado 64 se aparta sustancialmente de la finalidad del criterio del TJUE existen altas probabilidades de que se acabe formulando una cuestión prejudicial para resolver esta discrepancia. Aunque, quizás, tampoco cabría descartar que, como se analizará, la Sala 4.^a se vea forzada a rectificar *motu proprio* su criterio a la luz del caso *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*.

4.3. ¿El personal laboral del sector público está protegido frente al abuso en la temporalidad?

A la luz de la doctrina jurisprudencial anterior, cabe plantearse si existen normas que den respuesta efectiva a los mandatos de la Cláusula 5.^a con respecto al personal laboral del sector público. Las disposiciones internas laborales que, en síntesis, tratan de dar respuestas a estas directrices son, como saben, las siguientes: apartados 1, 3 y 5 del art. 15 ET, DA 15.^a ET, art. 49.1.c ET y la DA 43.^a.TRES de la LPGE'18.

Y, ciertamente, hay suficientes elementos para entender que no se está dando respuesta al mandato del Acuerdo Marco ni a la interpretación que sobre el mismo ha llevado a cabo el TJUE. Y, en este sentido, creo que hay elementos para ponerlo en duda:

Primero. *Sobre la indemnización ex art. 49.1.c ET*

Si se acepta, como ha sostenido el TS en el caso *de Diego Porras* (sentencia 13 de marzo 2019, rec. 3970/2016), que la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET no es una medida contra el uso abusivo de la contratación temporal (porque se abona en todos los casos con independencia de que haya abuso o no), es evidente que ha desaparecido una de las medidas que, *a priori*, iban dirigidas a sancionar ese abuso (aunque es obvio que no lo hacía de manera suficiente).

Aspecto que es indudablemente visible cuando se trata del colectivo de interinos (que no perciben indemnización alguna en caso de extinción regular de la relación).

A la luz del criterio del TJUE, esta consecuencia, por sí misma, no debería ser suficiente para entender que no se está dando respuesta a la Cláusula 5.^a. Especialmente porque podría entenderse que, para el sector público, la calificación de indefinido no fijo (INF) u otro tipo de medidas, podrían ser una medida adecuada para combatir el abuso.

Segundo. *Sobre la conversión en indefinidos no fijos*

La conversión en INF de un contrato temporal (haya habido sucesión previa o no), difícilmente puede ser calificada como «adecuada». En primer lugar, por un motivo de naturaleza conceptual: es muy controvertido sostener que la reacción (el castigo) frente a la temporalidad abusiva sea una conversión a una figura de naturaleza, según la doctrina jurisprudencial y del marco binario del TJUE, (de nuevo) temporal.

Tratando de hallar posibles criterios que refuten mi hipótesis, podría argumentarse que, en la medida que estas personas trabajadoras, como se ha expuesto, en virtud de la doctrina jurisprudencial vigente⁵² pueden acabar percibiendo una indemnización de 20 días cuando se extingue la relación por cobertura reglamentaria de la plaza (cuantía superior a la del resto de temporales ex art. 49.1.c ET), este importe es la medida adecuada (postergada) contra la sucesión abusiva de contratos temporales.

Sin embargo, no creo que esta refutación sea válida. Al margen de las dudas que sobre la efectiva «ade-

cuación» suscitaría una reacción que puede dilatarse en el tiempo de forma considerable, creo que la principal «debilidad» de este contraargumento sería la siguiente: acudiendo a la misma argumentación que ha llevado a cabo la Sala 4.ª del TS en el caso de *Diego Porras* (esto es, la citada sentencia 13 de marzo 2019, rec. 3970/2016), cabría cuestionar que este importe indemnizatorio (20 días) sea, en realidad, una medida dirigida a evitar el abuso, pues, la misma es percibida por todos las personas trabajadoras INF cuya plaza sea efectivamente cubierta y, por ende, con independencia de la circunstancia que originariamente ha motivado dicha calificación (cesión ilegal, contratación temporal irregular o abusiva, subrogación, etc.).

Por consiguiente, si esta «particularidad» descartaba al art. 49.1.c ET como medida contra el abuso (a propósito de los interinos), tampoco debería «valer» para la indemnización por cobertura de vacante de los INF.

Y lo mismo cabría decir para la reacción jurisprudencial articulada para los casos de «amortización simple» de estas personas trabajadoras (y su canalización a través de los arts. 51/52.c ET), o bien, la eventual indemnización por despido improcedente, pues, tampoco «discriminan» en función de las circunstancias que han dado origen a los INF.

De modo que es muy discutible que la conversión en INF pueda ser calificada como una medida adecuada para evitar el abuso en la temporalidad.

De hecho, corrobora esta opinión las conclusiones de la Abogada General (AG), sra. Kokott, en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (C-103/18 y C-429/18), en relación a las medidas para combatir el abuso en los nombramientos sucesivos de personal estatutario interino. Recuérdese que la AG cuestiona que el reingreso previsto por la Sala 3.ª (sentencias [2] 26 de septiembre 2018, rec. 1305/2017; y rec. 785/2017) sea una medida suficiente, pues

«el empleado público de que se trate será cesado en caso de amortización de la plaza o de incorporación a esta de personal fijo (...). El mantenimiento de la relación de servicio temporal, exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la precariedad.»

Y el TJUE, como se analizará posteriormente, en la sentencia de este caso también ha rechazado que pueda ser una medida adecuada, especialmente porque no se prevé ninguna medida para exigir la cobertura reglamentaria de la plaza (ni tampoco ninguna sanción para el caso de que no se cumpla).

Tercero. *Sobre la exigencia de responsabilidad ex DA 43.ª.TRES LPGE'18*

La DA 43.ª.TRES de la LPGE'18 (y que ya estaba prevista en la DA 34.ª LGPE'17) prevé (con carácter básico y duración indefinida) la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas ante «cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo».

El TJUE, en el asunto *Santoro* (sentencia 7 de marzo 2018, C 494/16) a propósito de las medidas contra la temporalidad abusiva del sector público italiano, ha confirmado que medidas de esta naturaleza pueden ser tenidas en cuenta en el marco de la Cláusula 5.ª. Ahora bien para que así sea deben tener «carácter efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco».

En concreto, tal y como se recoge en esta sentencia, «el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción».

Pues bien, aunque se admitiera que las medidas del derecho interno son equivalentes a las del derecho italiano en términos de efectividad y disuasión (afirmación que no compartiría), creo que es evidente que, a la luz de lo expuesto en los dos primeros apartados, el conjunto resultante de nuestro marco normativo no puede ser calificado como «adecuado». O, en todo caso, como apunta Mauri Majós (2020, 412), la eficacia de las reglas que prevé la DA 43.ª LPGE'17 compele a que la exigencia de responsabilidades fuera sistemática. De otro modo, en el mejor de los casos, sería una medida episódica y, por consiguiente, no estaría proyectando el mensaje «disuasivo/punitivo» efectivo.

En definitiva, a la luz de todo lo expuesto, si no hay sanción económica que combata de forma específica el abuso, la reacción contra el abuso (INF) se limita a perpetuar la precariedad y el carácter disuasivo de la responsabilidad de los responsables de personal es discutible, es evidente que, en relación al empleo temporal laboral del sector público, el ordenamiento interno está muy lejos del cumplimiento de los mandatos de la Cláusula 5.^a.

4.4. La cuestión prejudicial de la Sala Social del TSJ de Madrid (Auto 23 de septiembre 2019)

La doctrina de la Sala 4.^a del TS en relación a la aplicación del apartado 64 del caso *Montero Mateos* y la interpretación del art. 70.1 EBEP (esto es, la doctrina que emana de las sentencias 24 de abril 2019, rec. 1001/2017; y 5 de diciembre 2019, rec. 1986/2018), como se ha expuesto, suscita no pocas controversias. De hecho, es lo que ha motivado que el TSJ Madrid formulara una nueva cuestión prejudicial (Auto 23 de septiembre 2019, rec. 876/2018) cuestionando frontalmente esta línea interpretativa.

En concreto, el caso se refiere a una trabajadora interina por vacante de la Comunidad de Madrid que ha formalizado un contrato de interinidad desde 2003 a 2016 (y que ha sido prorrogado en 2008) y cuya relación laboral finaliza por la cobertura reglamentaria de la plaza. Y las cuestiones son las siguientes (dado su interés permítanme que las reproduzca en su integridad):

«PRIMERA: ¿Puede considerarse conforme al efecto útil la directiva 1999/170, cláusulas 1 y 5, el establecimiento de un contrato temporal como el de interinidad por vacante, que deja al arbitrio del empleador su duración, al decidir si cubre o no la vacante, cuándo lo hace y cuánto dura el proceso?»

SEGUNDA: ¿Ha de entenderse traspuesta al derecho español la obligación establecida por la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de introducir una o varias de las medidas que establece para evitar la utilización abusiva de la contratación temporal en el supuesto de los contratos de interinidad por vacante, al no establecerse, conforme a las doctrina jurisprudencial, una duración máxima de estas relaciones laborales temporales, ni concretarse las razones objetivas que justifican la renovación de las mismas, ni fijarse el número de renovaciones de tales relaciones laborales?»

TERCERA: ¿Menoscaba el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco la inexistencia en Derecho es-

pañol, conforme a la doctrina jurisprudencial, de medida alguna efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad por vacante al no limitarse la duración máxima total de las relaciones laborales, ni llegar a ser nunca éstas indefinidas o indefinidas no fijas, por muchos que sean los años que transcurran, ni ser indemnizados los trabajadores cuando cesan, sin que se imponga a la administración una justificación para la renovación de la relación laboral interina, cuando no se ofrece durante años la vacante en una oferta pública, o se dilata el proceso de selección?»

CUARTA: ¿Ha de considerarse conforme con la finalidad de la Directiva 1990/70 CE del Consejo, una relación laboral atemporal, cuya duración, conforme a la doctrina Tribunal de Justicia (UE) Gran Sala, S 05-06-2018, n.º C-677/2016, es inusualmente larga y queda enteramente al arbitrio del empleador sin límite ni justificación alguna, sin que el trabajador pueda prever cuando va a ser cesado y que puede dilatarse hasta su jubilación, o ha de entenderse que la misma es abusiva?»

QUINTA: ¿Puede entenderse, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia (UE) Sala 10.^a, S 25-10-2018, n.º C-331/2017, que la crisis económica de 2008, es en abstracto causa justificativa de la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivas relaciones de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, que pudiera evitar o disuadir de que la duración de las relaciones laborales de la actora y la Comunidad de Madrid, se haya prolongado desde 2003 hasta 2008, en que se renuevan y después hasta 2016, prorrogando por tanto la interinidad 13 años?»

Pues bien, a partir de las mismas, creo que cabe hacer las siguientes valoraciones (tres):

- Primera: es evidente que el TSJ de Madrid se opone frontalmente a la doctrina de la Sala 4.^a del TS (y pretende «puentearla»).
- Segunda: el contenido del apartado 64 de *Montero Mateos*, como he apuntado, se dicta en el marco de la Cláusula 4.^a (no discriminación) y, por este motivo, el carácter indefinido de una relación con fin imprevisible y duración inusualmente larga no queda condicionado a la concurrencia de abuso. Sin embargo, como se ha expuesto, esta no es la doctrina que está siguiendo el TS. Pues bien, debe repararse que en la «CP número 4», el TSJ de Madrid (expresamente o no), «cae» en la misma imprecisión (pues, vincula el apartado 64 al abuso). Así pues, será interesante ver si el TJUE también «cae» en este aspecto y, en tal caso, cómo lo

resuelve. En todo caso, si (implícita o explícitamente) acaba anudando el famoso apartado 64 al abuso, esta *anudación* podría acabar siendo claramente «contraproducente», pues, habría habilitado la posibilidad de establecer un criterio interpretativo más restrictivo que el que se deriva originariamente del asunto *Montero Mateos*.

- Tercera: a mi entender, el acervo comunitario ya existente, probablemente, podría dar luz a las cuestiones formuladas. No obstante, teniendo en cuenta que el TS está manteniendo un criterio que, en algunos aspectos, no se alinea con esta doctrina comunitaria, parece razonable que el TSJ de Madrid interpele al TJUE para saber si la misma está vigente o no (o debe matizarse). Por ejemplo, como ya se ha apuntado, en relación al impacto de las restricciones presupuestarias y la Directiva («CP número 5»), el TJUE ya ha apuntado que las mismas no pueden justificar una temporalidad abusiva (*Rodica Popescu*, C-614/15; *Mascolo y otros*, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13). En cambio, el TS está acudiendo a este argumento en algunas ocasiones⁵⁴.

A la luz de todo lo expuesto, y a pesar del contenido de la doctrina *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, no es descartable que al responder a esta cuestión prejudicial el TJUE «reoriente» su propia doctrina (y, consiguientemente, «sacuda» nuevamente los cimientos de los planteamientos hermenéuticos internos).

4.5. El apartado 64 *Montero Mateos* en la jurisdicción Contencioso-Administrativa

Si se centra la atención en el ámbito contencioso-administrativo, puede afirmarse que el contenido de Apartado 64 del caso *Montero Mateos* es extensible al personal no laboral del sector público⁵⁵. De hecho, no hay elemento alguno que permita entender que debe quedar excluido⁵⁶.

El impacto combinado de las doctrinas *Martínez Andrés/Castrejana López* y *Montero Mateos* en la jurisdicción C-A no está siendo todo lo intenso que cabría esperar atendiendo a la excesiva temporalidad que impera en el empleo público. De hecho, si nos centramos en este segundo caso, hasta la fecha (salvo error u omisión) no se ha planteado en la jurisdicción C-A, a diferencia de lo ocurrido en la social, la cuestión relativa al fin imprevisible ni tampoco qué debe entenderse por duración inusualmente larga.

De hecho, se tiende a «mezclar» ambas doctrinas. Así, en suplicación en algunos casos⁵⁷, ante la petición de reconocimiento de la condición de INF, se rechaza tal reconocimiento en virtud de la doctrina del TS\C-A recién expuesta; y, también, siguiendo un razonamiento muy controvertido, también se niega la aplicación del apartado 64 del caso *Montero Mateos* con el argumento de que se está adscrito en condición de personal interino a una plaza concreta: «El régimen de mayor estabilidad de su relación estatutaria rige desde que tuvieron lugar sus nombramientos de interinidad en plaza vacante, pues solo podrán ser cesados en los supuestos de amortización o cuando se provean a través de los procedimientos legalmente establecidos»⁵⁸.

En otros casos, ante la petición de una compensación económica ante el cese del servicio (por cobertura de la plaza después de períodos muy prolongados⁵⁹), los tribunales están rechazando esta pretensión alegando que, la doctrina *Montero Mateos* ha corregido el criterio establecido en *de Diego Porras (I)*, omitiendo por completo la posible incidencia del apartado 64⁶⁰.

De hecho, en algunos supuestos, haciendo una interpretación controvertida (pues, no se desprende del contenido del caso *Montero Mateos*) se entiende que para la declaración de la relación como indefinida es preciso que se acredite la existencia de un abuso⁶¹.

5. El asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*

El análisis llevado a cabo en los epígrafes precedentes permite afrontar el estudio crítico en profundidad de las implicaciones derivadas de la STJUE 19 de marzo 2020 (C 103/18 y C 429/18), *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*⁶². Dada la extensión y complejidad de la fundamentación, permítanme que, en primer lugar, proceda a la síntesis de la argumentación y, posteriormente, exponga una valoración crítica.

5.1. Síntesis de la fundamentación

Estos casos se refieren a personal estatutario interino (informático y odontólogos) del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) que, estando vigente su nombramiento, solicitan la condición de empleado público fijo

o de personal estatutario equiparable al fijo. En el primer caso (Sánchez Ruiz), el informático lleva en esta situación 17 años y, en el segundo (Fernández Álvarez), los demandantes comenzaron a prestar sus servicios en 1993, 2003, 2005 y 2007 y seguían prestando sus servicios sobre la base de sucesivos nombramientos hasta 2016 (en un caso, tras 226 nuevos nombramientos).

Los aspectos más destacados de la sentencia pueden sintetizarse como sigue:

5.1.1. Sobre el concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada»

El TJUE entiende que es posible aplicar la cláusula 5.^a en situaciones en las que no se produzca una «sucesión de contratos temporales»⁶³. No obstante, es importante tener en cuenta el contexto y las particularidades específicas que han llevado al TJUE a flexibilizar este criterio.

Se trata de una cuestión importante, pues, para contextualizar, pocos días antes, en el asunto *Baldonado Martínez* (C-177/18)⁶⁴, reiterando su doctrina, el TJUE entendió que la Cláusula 5.^a no era aplicable a una situación en la que no se había acreditado una «sucesión» de contratos temporales (y, a su vez, rechazó que la indemnización por despido objetivo prevista para los contratos fijos laborales fuera extensible a los ceses de de funcionarios interinos).

Así pues, y volviendo a la sentencia objeto de comentario, es importante tener en cuenta, brevemente, los detalles del asunto *Sánchez Ruiz* a partir de los cuales el TJUE aborda la delimitación de este importante concepto: «se trata de un supuesto en el que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo».

Pues bien, teniendo en cuenta estas circunstancias, y a partir de la argumentación seguida en el asunto *Pérez López* (C-16/15), también relativo al SERMAS, el TJUE flexibiliza el criterio, incluyendo en el mismo una situación como la recién descrita, sobre la base de las siguientes argumentos:

- Primero: la finalidad de la Cláusula 5.^a es imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de las personas trabajadoras, estableciendo cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados (ex *Pérez López*).
- Segundo: la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de las personas trabajadoras, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo pueden responder simultáneamente a las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras en ciertas circunstancias (ex *Pérez López*).
- Tercero: la Cláusula 5.^a impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de por lo menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes (ex *Pérez López*).
- Cuarto: La limitación de la facultad de apreciación conferida a los Estados miembros se impone muy especialmente cuando se trata de un concepto clave, como es el de sucesivas relaciones de servicio, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo Marco.

Así pues, siguiendo el criterio de la AG, el TJUE entiende que «considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada (...), por la única razón de que el empleado afectado, aun cuando haya sido objeto de varios nombramientos, ha ocupado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo durante varios años y ha ejercido, de manera constante y continuada, las mismas funciones, mientras que el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante y, por ello, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente de año en año, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo».

Y además añade que «una definición tan restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» permitiría emplear a trabajadores

de forma precaria durante años (...), y también tendría como efecto «excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 (...) y también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal.»

5.1.2. *Sobre la posibilidad de renovación sucesiva sobre la base de una habilitación legal*

Acudiendo a la argumentación esgrimida en el asunto *Pérez López*, el TJUE ratifica que el art. 9.3 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud se adapta al contenido de la Cláusula 5.^a al establecer las razones objetivas que permiten la renovación de las relaciones temporales.

En efecto, el contenido del art. 9.3 citado, no justifica que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. No cabe, pues, la novación para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable. Extremo que debe comprobarse de forma concreta.

Y, precisamente, atendiendo a los detalles del caso, teniendo en cuenta las circunstancias descritas, el TJUE entiende que los sucesivos nombramientos no respondían a meras necesidades provisionales de la Comunidad de Madrid, sino que tenían por objeto atender necesidades permanentes y estables de personal del Servicio de Salud de esta Comunidad (habían prestado servicios durante al menos 12 años consecutivos, que algunos de ellos habían sido objeto de más de 200 nombramientos y que realizaban tareas propias de la actividad normal del personal estatutario fijo).

Además, el TJUE, recogiendo el criterio del órgano remitente (y de forma similar a como se planteó en el caso *Pérez López*), afirma que existe «un problema estructural en el sector público de la sanidad española, que se traduce en un elevado porcentaje de empleados públicos temporales, quienes constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de dicho sector, así como en la inexistencia de límites máximos al número de relaciones de servicio de duración determinada sucesivas y en el incumplimiento de la obligación legal de proveer los puestos temporalmente cubiertos por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con una relación de servicio de duración indefinida».

Así pues, es contrario a la Directiva que el ordenamiento interno y la jurisprudencia no impidan que el empleador dé respuesta, en la práctica, mediante renovaciones sucesivas, a necesidades permanentes y estables en materia de personal.

5.1.3. *Sobre las medidas para prevenir y sancionar el uso abusivo de la contratación temporal*

El TJUE analiza si las siguientes medidas pueden ser calificadas como suficientes para prevenir y sancionar el abuso (y que procedo a su numeración para facilitar la exposición):

Medida 1. La organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada.

Medida 2. La transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en INF.

Medida 3. La concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido imprecendente.

Y, antes de abordar este análisis, el TJUE reitera las reglas generales aplicables a modo de premisa de partida.

i. Premisa de partida (y no obligación de fijeza)

La premisa de partida es que los Estados miembros, si no tienen medidas equivalentes, respetan el contenido de la Cláusula 5.^a si cumplen (a su elección y siempre que no pongan en peligro el efecto útil de la Directiva) una de las 3 medidas que describe (razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; duración máxima total de esos sucesivos contratos o relaciones laborales; número de sus renovaciones).

Por otra parte, en la medida que la Directiva no establece sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco.

Dicho esto, el TJUE reitera una idea importante: «la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de

trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento (...) debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada».

De hecho, dando respuesta a la última de las cuestiones prejudiciales, el TJUE también afirma lo siguiente (ap. 130): «No obstante, de la información facilitada por el juzgado remitente se desprende con claridad que tal transformación está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo».

Llegados a este punto, el TJUE reitera que «es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión».

Y, al respecto, a pesar de que corresponde a los juzgados remitentes apreciar en qué medida el derecho interno se ajusta a estos parámetros, el TJUE establece las siguientes indicaciones en relación a las tres medidas inicialmente apuntadas (1, 2 y 3).

ii. Existencia de medidas equivalentes para prevenir abusos

Dado que ninguna de las 3 medidas descritas al inicio de este epígrafe están contenidas en la Cláusula 5.^a, el TJUE procede a evaluar si pueden calificarse como «medidas legales equivalentes para prevenir los abusos», estableciendo algunas directrices a tener en consideración por parte del órgano remitente:

1. Sobre los procesos de selección que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas. Los procesos de selección son una medida adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva, siempre que se lleven a cabo en los plazos establecidos. En caso contrario, no sería suficientemente efectiva y disuasoria.

En efecto, una normativa interna que «no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. La antedicha normativa tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que (...) su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador».

Y lo mismo cabe decir de la DT 4.^a EBEP (que prevé la posibilidad de que la Administración lleve a cabo un proceso selectivo de consolidación de empleo a puestos desempeñados interina o temporalmente). Especialmente, porque «solo atribuye una facultad a la Administración, de modo que esta no está obligada a aplicar dicha disposición aun cuando se haya comprobado que recurría de manera abusiva a la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada»⁶⁵.

A su vez, aunque las personas que han sido nombrados de forma abusiva tengan la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, esto no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada. Y, además, en el caso de que participen el resultado de estos procesos es incierto, pues, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso.

Por consiguiente, «dado que la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión».

2. Sobre la transformación en INF. La transformación en INF tampoco es una medida adecuada, porque «se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además (...), a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en “indefinidos no fijos” no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo».

3. Sobre la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente. El TJUE, reiterando un criterio ya establecido, para que una indemnización pueda ser calificada como una medida equivalente «debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». Y, «es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y di-

suasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula».

De modo que, en la medida en que el Derecho español permita reconocer una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso.

5.1.4. *Sobre la naturaleza del empleador y la existencia de un consentimiento de la persona trabajadora*

Sobre estas cuestiones el TJUE reitera aspectos generales ya expuestos en otras ocasiones:

- En modo alguno se excluye la aplicación del Acuerdo Marco cuando la persona trabajadora ha consentido el establecimiento de su relación laboral con un empleador público.
- Las personas trabajadoras con contrato de duración determinada no quedan privados de la protección que el Acuerdo les otorga por el mero hecho de que hayan consentido libremente la celebración de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (el hecho de que las relaciones de servicio hayan sido establecidas mediante actos administrativos en razón de la condición pública del empleador es irrelevante a este respecto).

En concreto, «el objetivo del Acuerdo Marco se basa implícita pero necesariamente en la premisa de que el trabajador, debido a su posición de debilidad respecto del empleador, puede ser víctima de una utilización abusiva, por parte de este, de relaciones laborales de duración determinada sucesivas, aun cuando el establecimiento y la renovación de esas relaciones laborales se hayan consentido libremente». Añadiendo que «esta situación de debilidad podría disuadir al trabajador de hacer valer expresamente sus derechos frente al empresario, en particular cuando la reivindicación de estos pudiera provocar que quedara expuesto a medidas adoptadas por el empresario que redundasen en perjuicio de las condiciones de trabajo del trabajador».

5.1.5. *Sobre la aplicación directa de la Cláusula 5.ª del Acuerdo Marco y la posibilidad de dejar de aplicar el derecho interno*

El TJUE entiende que un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho nacional contraria al apartado 1.º de la Cláusula 5.

En concreto, el TJUE sostiene que, en la medida que la misma «no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional», al carecer de efecto directo, «no puede invocarse como tal en un litigio sometido al Derecho de la Unión con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria». Todo ello, sin perjuicio del recurso a la interpretación conforme (y a los límites existentes para su aplicación).

5.1.6. *Sobre la posibilidad de revisar las sentencias y los actos administrativos relativos a ceses, nombramientos y convocatorias de procesos selectivos que hayan adquirido firmeza*

En la medida que el juzgado remitente no ha indicado que, en el litigio principal, deba revisar una sentencia u obligar a un órgano administrativo a revisar una resolución firme de cese, de nombramiento o de convocatoria de un proceso selectivo, el TJUE entiende que la pregunta relativa a si la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer la posibilidad de revisar las sentencias y los actos administrativos relativos a ceses, nombramientos y convocatorias de procesos selectivos que hayan adquirido firmeza debe rechazarse porque es una cuestión de naturaleza hipotética (y, en consecuencia, inadmisibles).

5.2. **Valoración crítica del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez***

Las implicaciones del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* son particularmente profundas, por lo siguiente:

En primer lugar, porque al reinterpretar el concepto de «sucesión de contratos» flexibiliza los requisitos para aplicar la Cláusula 5.ª. Aunque es cierto que las particularidades de caso son determinantes para llevar al TJUE a sostener este criterio, lamentablemente, no se trata de una situación tan inusual. En este sentido comparto el criterio de Mauri y Jiménez (2020) sobre la relevancia de esta cuestión: «una de las grandes novedades del pronunciamiento citado consiste en interpretar que el concepto «utilización sucesiva» se extiende a una sola relación de servicio mantenida interrumpidamente durante varios años por el incumplimiento por parte del empresario público de su obligación de organizar en el plazo previsto un proceso de selección al objeto de proveer definitivamente la plaza vacante. Es decir, el incumplimiento del deber de convocar las va-

cantes desempeñadas por funcionarios interinos en el correspondiente ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en el siguiente, presupone una renovación implícita de la relación interina de año en año que activa la aplicación de la Directiva comunitaria».

Por otra parte, en relación a esta importante precisión, ¿qué impacto tiene en la conceptualización del apartado 64 del asunto *Montero Mateos*? Si lo recuerdan, este asunto se refiere a una trabajadora interina por vacante laboral que permanece en esta situación durante 8 años y medio. En mi opinión, a la luz de este controvertido apartado, para la calificación de una relación «temporal» como «indefinida/fija» no es exigible que se acredite la existencia de un abuso (especialmente, porque se dicta en el marco de la cláusula 4.^a —y no de la 5.^a—). Basta que la duración sea «inusualmente» larga (y no «injustificadamente» larga como está defendiendo la Sala IV —sentencia 5 de diciembre 2019, rec. 1986/2018—). De modo que debería aplicarse aunque no se produjera una «sucesión de contratos».

Así pues, aunque existen similitudes, a mi entender (y a partir de las circunstancias de hecho de cada caso) concurren algunas diferencias relevantes, pues, en *Sánchez Ruiz* debe entenderse que se ha producido una sucesión contractual que posibilita la aplicación de la Cláusula 5.^a especialmente porque se ha «[incumplido] la obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo». Así pues, parece que, sin esta constatación, no sería posible alcanzar la citada conclusión (en relación a las particularidades del incumplimiento de los plazos del proceso de selección, me remito a la valoración cuarta).

En cambio, para la aplicación del apartado 64 de *Montero Mateos*, en principio, todo apunta a que no sería preciso acreditarlo (de hecho, de la literalidad del citado apartado no se desprende).

En todo caso, habrá que estar a la espera de lo que diga el TJUE en la cuestión prejudicial que formuló el TSJ de Madrid (Auto 23 de septiembre 2019, rec. 876/2018). Y, especialmente, si de algún modo propone algún tipo de sistematización de su doctrina.

En segundo lugar, puede afirmarse que se trata de un pronunciamiento relevante porque pone en evidencia las carencias del ordenamiento interno en diversos niveles: en su configuración, en su aplicación y en la adopción de medidas para corregir las conductas que no se alinean con la misma. Y, en este

sentido, no es en absoluto razonable que sean los Tribunales los que tengan que suplir todas estas carencias.

En tercer lugar, el impacto de la doctrina *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* será importante porque (como también exponen Rojo Torrecilla, 2020; y Mauri *et al.*, 2020) no exige una transformación de estas relaciones temporales a indefinidas (esto es, la declaración de fijeza). En este sentido, es interesante tener en cuenta que el TJUE (ap. 87), en un primer instante, no parece rechazar de forma absoluta esta opción, pues, si bien afirma que la Directiva no impone la conversión, a continuación, parece condicionarlo a que el Estado no cuente «con otra medida efectiva» para evitar y sancionar el abuso. De modo que, parece que sería factible si no mediaran estas medidas alternativas. De hecho, como se ha apuntado anteriormente, mantuvo esta opción con ocasión del asunto *Martínez Andrés/Castrejana López*.

Sin embargo, apartándose de este criterio propio, posteriormente, en el citado apartado 130, dando respuesta a la última cuestión prejudicial y recogiendo el razonamiento del órgano remitente, parece cerrar (contundentemente) esta opción. Lo que, dicho sea de paso, plantea dudas de coherencia interna del TJUE, no sólo con el citado caso *Martínez Andrés/Castrejana López*, sino también con el asunto *Correia Moreira* a propósito de los supuestos de reversión y la Directiva 2001/23.

En cuarto lugar, creo que es interesante que el TJUE explícitamente afirme que la existencia de procesos de selección que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas siempre que se lleven a cabo en los plazos establecidos y se prevean sanciones efectivas para el caso de que no se cumplan. Y sobre esta cuestión me gustaría apuntar lo siguiente:

- Primero, es lógico que exija el respeto de los plazos, porque precisamente es el motivo que justifica el recurso a la contratación temporal. De otro modo, como apunta, la contratación temporal no responde «simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias».
- Segundo, el TJUE no da ninguna pauta para determinar la naturaleza del incumplimiento de los plazos del proceso de selección. En este sentido, como se ha expuesto, creo que es esencial tener en cuenta que ha entendido que las restricciones presupuestarias no pueden justificar una temporalidad abusiva (los citados asuntos *Rodica Popescu* y *Mascolo y otros*).
- Tercero, el TJUE no establece ninguna pauta interpretativa que permita determinar a partir

de qué momento debe entenderse que se están incumpliendo los plazos del proceso de selección.

- Cuarto, teniendo en cuenta lo expuesto, creo que no puede seguir entendiéndose que el Apartado 64 *ex Montero Mateos* se refiere a una duración «injustificadamente» larga (que, como se ha apuntado, sostiene la citada STS\ Social 5 de diciembre 2019, rec. 1986/2018); y
- Quinto, creo que es importante tener en cuenta que el TJUE no está reconociendo en estos procesos selectivos un derecho preferente a las personas que han experimentado un abuso (no parece que sea una exigencia que se derive del contenido de la Directiva).

En quinto lugar, puede afirmarse que se trata de una sentencia importante, porque deja en una situación muy débil a la figura del indefinido no fijo, para la jurisdicción social, así como a la solución adoptada, para la jurisdicción C-A, por las SSTS (2) 26 de septiembre 2018 (rec. 1305/2017; y rec. 785/2017) —que recuérdese ha rechazado la aplicación de esta figura—. Y la causa principal de esta debilidad es el hecho de que ni el derecho administrativo ni el laboral ni la interpretación llevada a cabo por los Tribunales de ambos órdenes jurisdiccionales (como se ha apuntado) exigen que los procesos de selección que deben abrirse a continuación efectivamente se lleven a cabo (ni se prevén medidas que de forma efectiva lo impidan en caso de que se incumplan). Y en el ámbito laboral, esta debilidad se acrecienta en la medida que, como ya se ha apuntado (y volverá a incidirse), en puridad, la indemnización no puede ser calificada como «específica».

En sexto lugar, creo que es una sentencia importante porque cuestiona, al menos, en el ámbito laboral, que la indemnización por despido improcedente pueda ser una medida suficiente. Especialmente, porque en los diversos supuestos en los que se está reconociendo esta figura en casos de cese, no puede decirse que tenga por objeto compensar «específicamente» los efectos del abuso (siendo muy discutible, además, que esté siendo lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula). Y en los supuestos en los que no se ha producido un cese tampoco se reconoce indemnización alguna (pese al abuso).

Y, en el ámbito administrativo, que es el que se plantea el conflicto en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, debe tenerse en cuenta que la Sala 3.^a del TS (a través de las citadas sentencias) explícitamente ha reconocido la posibilidad de compensar económicamente las situaciones de abuso (respetando además el principio de efectividad). De hecho, referirse a la indemnización por «despido im-

procedente» en este ámbito resulta algo confuso, dada la naturaleza jurídica de la relación de servicio. De modo que en este ámbito creo que no puede acudirse al parámetro cuantitativo del despido improcedente (no creo que pueda ser «la referencia» a tener en consideración). Esto no impediría que el importe pudiera acabar siendo mayor (pero también menor)⁶⁶.

De hecho, como se ha expuesto anteriormente, el TJUE ha establecido en reiteradas ocasiones (por ejemplo, *Martínez Andrés/Castrejana López*), que la respuesta en el ámbito del sector público puede ser distinta a la del sector privado.

6. Valoración final: a partir de ahora, ¿cómo debe procederse?

Las medidas comunitarias e internas para combatir el abuso en la contratación temporal no forman un *sistema* unitario sino que han respondido a una lógica *estratificada*. Los últimos años, y a la luz de las resoluciones del TJUE, han evidenciado la profundidad de la brecha entre los dos niveles y su funcionamiento modular y autónomo ha puesto de manifiesto notables desajustes. Esta arquitectura ha permitido al derecho interno operar alejándose de las directrices comunitarias y de sus resortes de contención. Lo que ha desembocado (en conjunción con otras causas) en unas tasas de temporalidad intolerables y convirtiéndose en un fenómeno patológico y crónico. Y lo paradójico es que internamente (y la pasividad legislativa durante décadas así lo evidencia) se había *normalizado* y sus efectos colaterales asumidos como *inevitables*. Aunque la doctrina comunitaria, como si de un espejo se tratara, nos esté mostrando la gravedad del problema y su carácter absolutamente atípico, es obvio que es un «instrumento» para su corrección con capacidad limitada. De ahí que no parece que desenmarañar esta situación se reputa fácil.

A su vez, las reacciones del TJUE, en ocasiones, precipitadas por órganos jurisdiccionales discrepantes con la doctrina jurisprudencial interna, no sólo ha acabado atribuyendo una nueva *funcionalidad* a la formulación de cuestiones prejudiciales (en ocasiones, con efectos finales inesperados), sino que (ante la inexplicable falta de reacción legislativa correlativa) también nos ha instalado en los últimos tiempos en un espacio de volatilidad interpretativa extrema.

El análisis llevado a cabo en este estudio sugiere (en la línea de otras aportaciones doctrinales que han abordado esta cuestión) que el régimen jurídico del empleo público español, laboral y administrativo, no se adapta suficientemente a los mandatos de la Cláusula 5.ª Directiva 1999/70 y requieren, en intensidad desigual, medidas de ajuste para dar una respuesta efectiva.

Mientras esto no se produzca, la matriz resultante derivada del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* y de todos sus precedentes arroja un resultado particularmente complejo de interpretar por parte de los tribunales internos.

A mi entender, descartada la posibilidad de declarar la fijeza, teniendo en cuenta el marco normativo e interpretativo vigente, creo que el «plan de actuación» hermenéutica (por llamarlo de algún modo) sería el siguiente:

En el ámbito C-A, ante una situación de abuso, la doctrina de las SSTS (2) 26 de septiembre 2018 (rec. 1305/2017; y rec. 785/2017) sigue siendo vigente y, por consiguiente, en caso de cese, es posible la «restitución» de la relación siempre que,

- primero, se prevea una indemnización específica, efectiva y disuasoria respetando el principio de efectividad;
- segundo, se fuerce un proceso de selección para la cobertura efectiva de la plaza; y,
- tercero, se articulen medidas sancionadoras efectivas y disuasorias para el caso de que no se dé cumplimiento al mismo en un plazo «razonable». Y el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP, quizás, podría ser válido.

Y todo ello, también sería aplicable aunque no se produzca un cese. De otro modo, debería entenderse que no se está dando respuesta a las directrices del TJUE.

En el ámbito social, ante una situación de abuso, la solución sería similar: la doctrina jurisprudencial de los INF seguiría siendo viable siempre que,

- primero, se prevea una indemnización específica, efectiva y disuasoria respetando el principio de efectividad (distinta de la del despido improcedente y complementaria a la misma; y lo mismo cabría decir respecto de la de 20 días por cobertura reglamentaria de la plaza);
- segundo, se fuerce un proceso de selección para la cobertura efectiva de la plaza; y,
- tercero, se articulen medidas sancionadoras efectivas y disuasorias para el caso de que no se dé cumplimiento al mismo en un plazo «razonable». Y, de nuevo, el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP, quizás, podría ser válido.

Y, todo ello, aunque no se produzca un cese. Como se ha expuesto anteriormente, debería entenderse que si no se procede de este modo no se estaría dando respuesta a las directrices del TJUE.

En todo caso, en la medida que estas propuestas hermenéuticas probablemente no reducirán la conflictividad y no aseguran un tratamiento homogéneo, debe reiterarse que el «ajuste» normativo sigue siendo necesario e inaplazable.

Dado que la senda a seguir (en lo que a los elementos principales se refiere) ha quedado, al menos, *proyectada*, parece que sólo falta el interés y el impulso político-legislativo para que (de una vez por todas) se trate de dar cuerpo a la solución.

7. Referencias

- Beltran de Heredia Ruiz, I. (2020, enero, 23). La cláusula 4.ª de la Directiva 1999/70 e indemnización de funcionarios interinos por fin de relación (asunto Baldonado Martín). [Entrada blog]. Recuperado de <https://ignasibeltran.com/2020/01/23/la-clausula-4a-de-la-directiva-1999-70-e-indemnizacion-de-funcionarios-interinos-por-fin-de-relacion-asunto-baldonado-martin/>
- Beltran de Heredia Ruiz, I. (2017). Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción. *Iuslabor*, 3, 160-190.
- Boltaina Bosch, X. (2018). Función pública. Trabajadores y funcionarios interinos vinculados a la cobertura de la plaza: *totum revolutum* sobre el derecho a indemnización. *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, 8, 37-49.
- Casas Baamonde, M. E. (2019). La temporalidad sucesiva de larga duración en el empleo público sujeto al Derecho administrativo, de nuevo ante el Tribunal de Justicia. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2, 1-14.
- Casas Baamonde, M. E. (2020). De nuevo la temporalidad del empleo en el sector público sujeto al Derecho administrativo. El cese de funcionaria interina sin indemnización no se opone al Derecho de la Unión Europea (Directiva 1999/70/CE). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2, 1-18.
- Cavas Martínez, F. (2018). *El régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo*. Madrid: Ediciones Laborum.
- Escanciano Rodríguez, S. (2020). Los funcionarios interinos y el personal laboral indefinido no fijo tienen derecho a la promoción horizontal. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2, 1-9.

- Fuentetaja Pastor, J. A. (2018). *Función pública y derecho europeo*. Madrid: Thomson-Reuters.
- Mauri Majós, J. (2020). La irregularidad en el empleo público no permanente y sus medidas de corrección. En Castillo Blanco (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Madrid: Iustel, 377-424.
- Mauri Majós, J. y Jiménez Asensio, R. (2020, marzo, 19). El TJUE y los interinos de larga duración.[Entrada blog]. Recuperado de <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/03/19/el-tjue-y-los-interinos-de-larga-duracion/>
- Rojo Torrecilla, E. (2020, marzo, 20). El TJUE refuerza los derechos del personal interino, pero deja a juzgados y tribunales, como proceder a su concreción. Estudio de la sentencia de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18), y amplio recordatorio de las conclusiones de la abogada general. [Entrada blog]. Recuperado de <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2020/03/el-tjue-refuerza-los-derechos-del.html>
- Sánchez Morón, M. (2019). La consagración del funcionario interino indefinido. *Revista de Administración Pública*, 208, 223-238.
- 7 Ver también al respecto, Cavas Martínez (2018, 103 y ss.); Fuentetaja Pastor (2018, 295 y ss.); Desdentado Bonete (2018); y Beltran de Heredia Ruiz (2017).
- 8 Sentencias 7 de octubre 1996 (rec. 3307/1995); 20 y 21 de enero 1998 (rec. 317/1997 y rec. 315/1997); y 22 de mayo 2002 (rec. 2591/2001).
- 9 Entre otras, SSTS\Soc 27 de mayo 2002 (rec. 2591/2001); y 13 de mayo 2013 (rec. 1666/2012).
- 10 En este sentido, STS\Soc 7 de febrero 1990 (núm. 152); y F.º 4 del VP a la STS\Soc 20 de enero 1998 (rec. 317/1997)
- 11 SSTS\Social 3 de diciembre 2013 (rec. 816/2013); y 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012); SAN\Soc 10 de febrero 2016 (rec. 335/2015); y SSTSJ\Soc Asturias 22 de enero 2010 (rec. 2537/2010); Madrid 25 de septiembre 2009 (rec. 1906/2009); y And\Sevilla 11 de octubre 2017 (rec. 3097/2016). También se ha acudido a esta figura en los supuestos de cesión ilegal de personas trabajadoras y en casos de reversión y aplicación del art. 44 ET y de la Directiva 2001/23. En relación a los primeros casos, SSTS\Soc 21 de febrero 2017 (rec. 2720/2015); 23 de noviembre 2016 (rec. 91/2016); 17 de septiembre 2002 (rec. 3047/2001); y 19 de noviembre 2002 (rec. 909/2002); SSTSJ Madrid 30 de julio 2018 (rec. 1556/2017). La calificación de INF también es predicable respecto de una cesión ilegal producida en el seno de una empresa propiedad de una Administración Pública. STSJSoc CLM 26 de junio 2019 (rec. 885/2018); y Extremadura 19 de febrero 2019 (rec. 64/2019); y 28 de diciembre 2018 (rec. 711/2018). Y en relación a una sociedad mercantil municipal, caso ICB (por todas), SSTSJ\Soc Cataluña 24 de octubre 2019 (rec. 3730/2019); y 15 de septiembre 2017 (rec. 2734/2017). Y en relación a los supuestos sujetos a la Directiva 2001/23, en el momento de redactar estas líneas, el recurso a la figura de los INF está sujeta a incertidumbre a la luz del caso *Correia Moreira* (STJUE 13 de junio 2019, C-317/18). En efecto, en virtud de esta doctrina, la calificación como INF (al menos, en su configuración vigente) podría no ser posible a la luz de la citada disposición comunitaria, especialmente, porque entiende que en un proceso de reversión pública, no puede exigirse a las personas trabajadoras afectadas a que, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, que queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario. De hecho, con anterioridad a esta doctrina, la STSJSoc País Vasco 5 de junio 2018 (rec. 1042/2018) sostiene que en reversión pública tales personas trabajadoras son «indefinidos» (por tanto, ni hijos ni INF).

Notas

- 1 Un pormenorizado análisis del tratamiento dispensado por el TJUE a cada una de estas medidas en, Mauri Majós (2020, 387-394).
- 2 STJUE 23 de abril 2009 (C-378/07 a C-380/07), *Angelidaki y otros*.
- 3 Como apunta Mauri Majós (2020, 82), «lo cierto es que la Directiva invita a adoptar, a la elección siempre del Estado miembro, una o varias de las medidas estipuladas u otras que pudieran resultar equivalentes. Además, dichas posibilidades pueden y deben considerarse de forma complementaria o incluso acumulativa, con el fin de alcanzar el objetivo de prevención previsto».
- 4 Entre otras, STJUE 8 de mayo 2019 (C-494/17), *Rossato y Conservatorio di Musica F.A. Bonporti*.
- 5 Sin perjuicio de otras más recientes a las que se hará referencia, SSTJUE 4 de julio 2006 (C-212/04), *Adeneler y otros*; 13 de marzo 2014 (C-190/13), *Márquez Samohano*; 3 de julio 2014 (C-362/13, C-363/13 y C-407/13), *Fiamingo y otros*; y 26 noviembre 2014 (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), *Mascolo y otros*. En la doctrina al respecto, recientemente, Mauri Majós (2020, 381 y ss.).
- 6 En este sentido, sigue el criterio de las SSTJUE 26 de enero 2012 (C-586/10), *Kücük*; y 26 de noviembre 2014 (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13), *Mascolo y otros*.

- en el convenio colectivo. SSTS\J\Soc Galicia 28 de junio 2018 (rec. 1102/2018). Ver también SSTS\J\Soc Galicia 30 de abril 2019 (rec. 4813/2018); y 13 de mayo 2019 (rec. 280/2019); 7 de noviembre 2019 (rec. 2079/2019).
- 14 El impacto de la crisis económica, quizás, llevó al TS a matizar su doctrina. De modo que en casos de «amortización simple», a partir de la STS\Soc 14 de octubre 2013 (rec. 68/2013) —y al hilo de la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) que apunta esta posibilidad, pero sin entrar en el fondo de esta cuestión— se reconoce por primera vez y de oficio la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET. Criterio seguido por las SSTS\Soc 15 de octubre 2013 (rec. 383/2013); (2) 23 de octubre 2013 (rec. 408/2013 y 804/2013); 13 de enero 2014 (rec. 430/2013); 21 de enero 2014 (rec. 1086/2013); 11 de febrero 2014 (rec. 1278/2013); 14 de abril 2014 (rec. 1896/2013); 11 de junio 2014 (rec. 2100/2013); 30 de marzo 2015 (rec. 2276/2014); y 11 de mayo 2015 (rec. 1090/2014).
- 15 Auto 11 de diciembre 2014 (C-86/14).
- 16 Para las extinciones anteriores a la reforma de 2012 y *sub iudice* con posterioridad existe cierta discrepancia interpretativa. No aplicando la doctrina de junio de 2014 (entre otras): STS\Soc 30 de mayo 2015 (rec. 2276/2014). Aplicándola (entre otras): SSTS\Soc 8 de julio 2016 (rec. 1325/2014) —pronunciamiento que (sin argumentarlo) afirma que esta discrepancia ha sido superada; y 20 de diciembre 2016— (rec. 103/2015).
- 17 SSTS\Soc 6 de octubre 2015 (rec. 2592/2014); 31 de marzo 2015 (rec. 2156/2014); y 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2014)
- 18 SSTS\Soc 21 de julio 2015 (rec. 2672/2014); y 19 de mayo 2015 (rec. 2552/2014) —relativa esta última a la cobertura de plaza de una trabajadora interina por vacante y que excede de los 3 años ex artículo 70.1 EBEP—.
- 19 Doctrina seguida por las SSTS\Soc 19 de julio 2017 (rec. 4041/2015); 9 y 12 de mayo 2017 (rec. 1806/2015 y rec. 1717/2015); 22 de febrero 2018 (rec. 68/2016); y 28 de marzo 2019 (rec. 997/2017).
- 20 De hecho, este mismo derecho ha sido reconocido a los funcionarios interinos por la STS\C-A 29 de octubre 2019 (rec. 2237/2017). Extensamente al respecto, Escanciano Rodríguez (2020).
- 21 SSTS\Soc 11 de abril 2018 (rec. 2581/2016); y 20 de septiembre 2018 (rec. 2494/2016).
- 22 En esencia porque entiende que la existencia de expectativas distintas es una razón objetiva que justifica el reconocimiento de indemnizaciones diferenciadas entre indefinidos y temporales. Doctrina que, siguiendo un orden cronológico, se reitera en la STJUE 11 de abril 2019, (C-29/18, C-30/18 y C-44/18), *Cobra Servicios Auxiliares*, sobre un contrato temporal obra y servicio vinculado a contrata; ATJUE 19 de marzo 2019 (C-239/18), *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia*, para un supuesto de un contrato predoctoral; ATJUE 12 de junio 2019 (C-367/18), *Aragón Carrasco*, relativa al personal eventual, que ejerce funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, con motivo del cese libre en sus funciones; y, finalmente, STJUE 22 de enero 2020 (C-177/18), *Baldonado Martín*, negando que el personal funcionario interino deba percibir la misma indemnización que las personas trabajadoras indefinidas laborales.
- 23 Así, en los contratos de obra y servicio, la jurisprudencia ha ratificado que deben percibir 12 días [SSTS\Soc 16 de mayo 2019, rec. 849/2018; y 10 de abril 2019, rec. 1479/2017; (2) 23 de mayo 2019 (rec. 1113/2018; y rec. 526/2018); (3) 21 de mayo 2019 (rec. 1164/2018; y rec. 1318/2018); 30 de mayo 2019 (rec. 1269/2018; rec. 1318/2018; rec. 1113/2018; rec. 1164/2018; rec. 526/2018; rec. 2539/2018; y rec. 1694/2018); (3) 25 de junio 2019 (rec. 524/2018; rec. 1091/2018; rec. 1344/2018); 2 de julio 2019 (rec. 2156/2018); 26 de noviembre 2019 (rec. 3060/2018); y 5 y 6 de febrero 2020 (rec. 3377/2018; rec. 3216/2018)]; —Los contratos eventuales también deben percibir 12 días [SSTS\Soc (3) 14 de mayo 2019, rec. 274/2017; y rec. 1685/2018; y rec. 275/2017]; 16 de mayo 2019 (rec. 275/2017; rec. 250/2017); y 25 de junio 2019 (rec. 1229/2018)]; y —Los contratos de relevo 12 días SSTS\Soc (3) 7 de mayo 2019 (rec. 1464/2018; rec. 3081/2017; y rec. 150/2018); (2) 8 de mayo 2019, (rec. 4413/2017 y rec. 892/2018); (2) 26 de junio 2019 (rec. 569/2018; rec. 2810/2018); 9 y 11/7 2019 (rec. 1910/2018; rec. 1137/2018)]; —Y, del mismo modo, los deportistas profesionales también deben percibir 12 días [STS\Soc 14 de mayo 2019 (rec. 3957/2016).
- 24 SSTS\Soc 13 de marzo 2019 (rec. 3970/2016); 23, (5) 28 y (4) 30 de mayo 2019 (rec. 1389/2018; rec. 1390/2018; rec. 2268/2018; rec. 2528/2018; rec. 1279/2018; rec. 2579/2018; rec. 1319/2018; rec. 89/2018; rec. 700/2018; rec. 995/2018); (2) 13, (3) 18 y (3) 27 de junio 2019 (rec. 2214/2018; rec. 895/8; rec. 1295/2018; rec. 3620/2017; rec. 1093/2017; rec. 1005/2018; rec. 994/2018; rec. 796/2018); 2, 3, (3) 4, 8, (3) 11 y 18 de julio 2019 (rec. 2552/2018; rec. 4269/2017; rec. 2537/2018; rec. 1142/2018; rec. 215/2018; rec. 1578/2018; rec. 335/2018; rec. 3035/2018; rec. 2179/2018; rec. 2531/2018); (3) 10, 11 y (2) 25 de septiembre 2019 (rec. 2035/2018; rec. 512/2018; rec. 2491/2018; rec. 2948/2018; rec. 319/2018; rec. 2946/2018); 26 de noviembre 2019 (rec. 2820/2018); y 3, (4) 4 y 5 de diciembre 2019 (rec. 3107/2018; rec. 1875/2018; rec. 3098/2018; rec. 3053/2018; rec. 3177/2018; y rec. 1849/2017).
- 25 SSTS (2) 8, 9, 10, (2) 23, 28, (2) 30 y 31 de mayo 2019 (rec. 544/2018; rec. 1939/2018; rec. 16/2018; rec. 2401/2018; y rec. 1939/2018; rec. 544/2018; rec. 2089/2018; rec.4571/2017; rec. 4314/2017; rec. 4420/2017); 5, (3) 11, (4) 12, (2) 13, (3) 18, (2) 19, (2) 20, (2) 21, (4) 25, (8) 26 y 27 de junio 2019 (rec. 4635/2017; rec. 1161/2018; rec. 366/2018; rec. 2858/2018; rec. 320/2018; rec. 314/2018; rec. 10/2018; rec. 459/2019; rec. 2849/2018; rec. 479/2019; rec. 4484/2017; rec. 218/2018; rec. 1349/2015; rec. 1980/2018; rec. 2259/2018; rec. 2040/2018; rec. 987/2018; rec. 986/2018; rec. 2426/2018; rec. 1226/2018;

rec. 2024/2018; rec. 35/2018; rec. 611/2018; rec. 2442/2018; rec. 925/2018; rec. 975/2018; rec. 490/2018; rec. 2825/2018; rec. 718/2018; rec. 517/2018; rec. 11/2018; y rec. 2603/2018); (2) 1, (6) 2, (2) 3, (2) 4, 8, (3) 9, (9) 10, (5) 11, (2) 12, (3) 16, 17 y (7) 18 de julio 2019 (rec. 4060/2017; rec. 1885/2018; rec. 3313/2017; rec. 3432/2017; rec. 2064/2018; rec. 3986/2017; rec. 3925/2017; rec. 750/2018; rec. 251/2018; rec. 464/2018; rec. 4486/2017; rec. 3985/2017; rec. 3848/2017; rec. 221/2018; rec. 483/2018; rec. 336/2018; rec. 1595/2018; rec. 2844/2018; rec. 874/2018; rec. 419/2018; rec. 1210/2018; rec. 4601/2017; rec. 2339/2018; rec. 525/2018; rec. 359/2018; rec. 4583/2017; rec. 2117/2018; rec. 574/2018; rec. 1053/2018; rec. 1189/2018; rec. 2358/2018; rec. 101/2018; rec. 88/2018; rec. 568/2018; rec. 1010/2018; rec. 660/2018; rec. 1148/2018; rec. 2129/2018; rec. 2121/2018; rec. 1533/2018; rec. 1474/2018; rec. 1471/2018; rec. 2328/2018; y rec. 4626/2018); (3) 12, (2) 13, (2) 17, 19, (3) 24 y (3) 25 de septiembre 2019 (rec. 1535/2018; rec. 800/2018; rec. 395/2018; rec. 1349/2018; rec. 3185/2018; rec. 27247/2018; rec. 220/2018; rec. 3975/2017; rec. 1119/2018; rec. 1334/2018; rec. 3222/2018; rec. 3449/2018; rec. 1472/2018; rec. 2039/2018); 23 de octubre 2019 (rec. 12/2018); (2) 12 y 14 de noviembre 2019 (rec. 2424/2018; rec. 3503/2018; rec. 3005/2018); (6) 3 y 17 de diciembre 2019 (rec. 2693/2018; rec. 2687/2018; rec. 3284/2018; rec. 2921/2018; rec. 2481/2018; rec. 1918/2018; y rec. 3252/2017).

26 STS\Soc 11 de junio 2019 (rec. 2394/2018).

27 STS\Soc 19 de septiembre 2019 (rec. 94/2018). En términos similares, SSTS\Soc 25 de junio 2019 (rec. 1349/2015); 19 y 25 de septiembre 2019 (rec. 217/2018; y rec. 2039/2018); 8 de enero 2020 (rec. 3694/2017); y 4 y 12 de febrero 2020 (rec. 3504/2017; y rec. 3433/2017).

28 STS\Soc 23 de enero 2020 (rec. 3279/2017). Como se expone en este pronunciamiento, «Resulta difícil admitir que la cobertura por esta vía pueda ser considerada como la causa válida de finalización del contrato de interinidad por vacante puesto que lo que evidencia el nuevo contrato es que dicha situación de vacancia persiste. Aun cuando se alegue que se trataba de regularizar contrataciones no ajustadas a los requerimientos de titulación exigibles para el puesto específico, no se comprende que se hubiera destinado a quien no poseía tal titulación al desempeño de un trabajo que sí lo exigía. No puede considerarse que tal modo de proceder sea imputable al trabajador, el cual no debe soportar ese defectuoso encuadramiento, máxime cuando se ha mantenido en el mismo prestando los servicios —que, al parecer, exigían aquella titulación de la que carece—, durante un espacio de tiempo cuya amplitud permite negar cualquier inicial error o confusión al respecto. En suma, no se ha producido la cobertura de la vacante, sino la sustitución de un interino por otro, lo cual no puede servir de causa válida de extinción del contrato. Por ello, estamos ante un despido que ha de calificarse de improcedente con las consecuencias aparejadas a dicha calificación, con arreglo a lo dispuesto en el

art. 56 ET». Así pues, no sigue la doctrina de las SSTSV Soc 22 de diciembre 1995 (rec. 1804/1995), 21 de mayo 1996 (rec. 245/1995), 2 de abril 1997 (rec. 3273/1996), 7 de julio 1998 (rec. 4793/1997), 2 de diciembre 1998 (rec. 228/1998), 25 de mayo 1999 (rec. 884/1999), 20 de octubre 1999 (rec. 4752/1998) y 25 de octubre 2002 (rec. 2096/2000) porque en todos aquellos casos se trataba de personal estatutario que se regía por el Decreto 3160/1966, del Estatuto jurídico del personal médico —después sustituido por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud—.

29 En este sentido, SSTS\Soc And\Sevilla 25 de octubre 2018 (rec. 3737/2017); y (2) 5 de diciembre 2018 (rec. 4313/2017; y rec. 4099/2017). Por su parte (y si lo he interpretado correctamente), podría estar «aproximándose» a esta postura Mauri Majós (2020, 401 y 404) cuando, tras afirmar que la «indefinición no es equivalente a una temporalidad pura y dura», entiende que se trata de una «relación sometida a una condición de resolución específica».

30 Recomiendo la exposición de Mauri Majós (2020, 399-401) al respecto.

31 Extensamente, Beltran de Heredia Ruiz (2017).

32 En este sentido (Mauri Majós (2020, 416), sin llegar a afirmar la equiparación plena afirma: «hoy por hoy, la única diferencia existente entre el trabajador indefinido no fijo y el fijo es el diferente procedimiento de acceso a su condición».

33 Especialmente porque en la sentencia *de Diego Porras (/)*, en cambio, el TJUE niega que la prohibición de discriminación (Cláusula 4.ª del Acuerdo Marco) sea aplicable cuando se comparan dos contratos temporales (porque queda fuera del ámbito de aplicación de la propia Directiva).

34 En la misma Sentencia del TJUE (apartados 27 y 28) se recoge que el Tribunal remitente señala que «27. No obstante, dado que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo sólo se pronuncia en litigios relativos a funcionarios de carrera, no existe una jurisprudencia uniforme en relación con el personal estatutario temporal o con los funcionarios interinos. En efecto, aunque algunos tribunales niegan con carácter general la posibilidad de asimilar el personal estatutario temporal o los funcionarios interinos a los trabajadores indefinidos no fijos, existen otros supuestos en los que los efectos de la extinción de tal relación de servicio temporal han podido asimilarse a los resultantes de la extinción de una relación laboral indefinida no fija, en particular respecto de la obligación de reincorporación». «28. En consecuencia, el tribunal remitente se plantea la conformidad con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70 de una norma nacional, o de la práctica de los tribunales nacionales, que no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos». Y, posteriormente, el TJUE —ya en el desarrollo de su propia fundamentación— afirma (apartado 46)

«Sobre este particular, el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo».

- 35 De hecho, debe recordarse que, en virtud de la doctrina *Vernaza Ayovi*, es el personal «fijo» ex EBEP, el único que tiene un derecho a la readmisión en caso de que se declare «improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave» (art. 96.2 del EBEP).
- 36 SJC-A Pontevedra núm. 1 de 20 de noviembre 2017 (núm. 22/2017); SJC-A Bilbao núm. 5 de 24 de octubre 2017 (rec. 107/2017); SSJC-A Vigo núm. 1 de 14 de diciembre 2017 y núm. 2 de (2) 8 de enero 2018; SJC-A Bilbao núm. 5 de 8 de noviembre 2017 (núm. 177/2017); SJC-A Barcelona núm. 9 de 17 de octubre 2017 (núm. 202/2017); y SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 (núm. 120/2017).
- 37 SSTSJC-A País Vasco 18 de octubre 2017 (rec. 419/2017); Madrid 18 y 25 de enero 2018 (rec. 88/2017; rec. 93/2017); 4 de julio 2018 (rec. 11/2018); 27 de octubre 2017 (rec. 390/2017); 22 de septiembre 2017 (rec. 137/2017); 26 de junio 2017 (rec. 516/2016); y 20 de junio 2017 (rec. 511/2016); SJC-A núm. 1 de Ourense 12 de julio 2018 (rec. 262/2017); SJC-A núm. 3 Valladolid 6 de febrero 2018 (rec. 152/2017); SJC-A núm. 1 de Mérida (2) 28 de marzo 2018 (rec. 172/2017 ; y rec. 200/2017); SJC-A núm. 2 de Pamplona 26 de enero 2018 (núm. 19/2018); SJC-A Ourense núm. 1 de 29 de septiembre 2017 (rec. 94/2017); SJC-A Ourense 13 de diciembre 2017 (rec. 207/2017); SJC-A Ferrol núm. 1 de 30 de octubre 2017 (núm. 138/2017); SJC-A Lugo núm. 2 de 7 de noviembre 2017 (núm. 260/2017); SJC-A Barcelona núm. 4 de 25 de mayo 2017 (núm. 100/2017); SJC-A Barcelona núm. 13 de 8 de junio 2017 (núm. 136/2017); SJC-A Santiago Compostela núm. 2 de 5 de mayo 2017 (núm. 152/2017); SJC-A A Coruña, núm. 3 de 9 de mayo 2017, núm. 91/2017).
- 38 SSTSJC-A CyLValladolid 22 de diciembre 2017, rec. 485/2017; y Galicia 30 de mayo 2018 (rec. 97/2018).
- 39 SSTSJC-A Galicia 7 de junio 2017 (rec. 71/2017); (2) 14 de junio 2017 (rec. 72/2017 y rec. 92/2017); y 1 de febrero 2017 (rec. 320/2016).
- 40 STSJ\A Galicia 21 de marzo 2017 (rec. 395/2016).
- 41 SSTSJ C-A Galicia 6, (2) 18 y (2) 27 de junio 2018 (rec. 100/2018; rec. 158/2018; rec. 178/2018; rec. 153/2018; rec. 71/2018); 25 de abril 2018 (rec. 48/2018); (3) 31 de octubre 2017 (rec. 192/2017; rec. 170/2017; y rec. 155/2017); 19 de julio 2017 (rec. 162/2017); 1 de febrero 2017 (rec. 337/2016); And\Sevilla 9 y 24 de enero y 26 de marzo 2018 (rec. 827/2017; rec. 843/2017; rec. 117/2018); y SJC-A Ferrol núm. 1 de 30 de octubre 2017 (núm. 138/2017).
- 42 SSTSJC-A Madrid 27 de octubre 2017 (rec. 390/2017); 17 de octubre 2017 (rec. 1186/2016); y 7 de octubre 2016, rec. 82/2016). En este último caso, refiriéndose a la doctrina comunitaria como «recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea», niega la petición de un ATS con contrato estatutario eventual de que su relación extinguida sea calificada como interina (con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo) porque «el apelante no solicita que se acuda al mecanismo de control previsto en el artículo 9 del Estatuto Marco, pues no reclama el estudio de la necesidad de crear una plaza estructural, sino que se declare que la misma existe».
- 43 STSJ\A Galicia 11 de julio 2018 (rec. 84/2018); SJC-A n.º 2 Vigo 19 de septiembre 2016 (rec. 281/2016). En este último caso, sin citar la doctrina reciente del TJUE, se fija que el nombramiento como personal estatutario eventual de 9 trabajadoras (cuya relación no ha sido extinguida), dado su carácter fraudulento, debe ser declarado como «personal indefinido no fijo (...) asimilado al personal interino a efectos de cobertura del puesto». De hecho, la jurisdicción social también ha acudido a la doctrina *Pérez López* para declarar el carácter abusivo de una sucesión de contratos temporales lícitos de interinidad (laboral) en un centro hospitalario: STSJ\Social Cataluña 2 de mayo 2017 (rec. 7411/2016). También se ha aplicado en el ámbito universitario, SSTS 28 de enero 2019 (rec. 1193/2017); y 1 de junio 2017 (rec. 2890/2015); y SSTSJ Asturias 27 de julio 2017 (rec. 1405/2017); y Cataluña 28 de julio 2017 (rec. 3140/2017).
- 44 STSJ\A Andalucía-Sevilla 30 de septiembre 2016 (rec. 250/2015). En este caso, resolviendo la solicitud de una trabajadora sanitaria eventual del sector público (auxiliar administrativa) dirigida a que se reconozca «la condición de personal estatutario indefinido», siguiendo la doctrina del Asunto *Pérez López* (C-16/15), declara su condición de interina «hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición y sin perjuicio de las facultades [amortización que correspondan a la Administración al respecto]». La SJC-A núm. 2 A Coruña 30 de diciembre 2016 (rec. 139/2016), una vez constatado el carácter abusivo de los sucesivos nombramientos de una funcionaria interina, también declara la nulidad del cese y la «readmisión». Y, con anterioridad a septiembre de 2016, la STSJ\A CLM 31 de marzo 2014 (rec. 371/2012) habla de «indefinido temporal», asimilándose en cuanto a la forma de extinción a los contratos de interinidad; y la STSJ\A Galicia 20 de abril 2016 (rec. 528/2015) también se refiere a «relaciones jurídicas de personal indefinidas temporales».
- 45 En cuanto al quantum, comparto con Mauri Majós (2020, 416) que «a nuestro entender el Tribunal Supremo parece haber olvidado que la indemnización en sí misma considerada ha de ser una medida equivalente y efectiva que suponga la reparación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos».

- 46 En efecto, los problemas relativos a la contratación temporal y la Directiva 1999/70 no son exclusivos de nuestro ordenamiento. El TJUE ha dictado una resolución (8 de mayo 2019, C-494/17, *MIUR*) en el marco de una sucesión de contratos temporales en el ámbito educativo público italiano y su posterior conversión en personal indefinido. La controversia se plantea en el marco de un plan extraordinario de transformación de todas las relaciones laborales de duración determinada establecidas con profesores de estatuto «precario» en indefinidos con efectos retroactivos limitados. En concreto, el TJUE entiende que el criterio de la *Corte suprema di cassazione* rechazando la percepción de una indemnización por la sucesión de contratos temporales en caso de esta conversión (a diferencia de lo que sucede en el sector privado) no es contrario a la Directiva (aunque emplaza al órgano remitente a que evalúe si el carácter limitado de la antigüedad reconocida es proporcional).
- 47 La doctrina administrativa ha manifestado su satisfacción ante este criterio mantenido en estas sentencias, al afirmar (SÁNCHEZ, 2019, 225) «En las dos sentencias que comentamos lleva a cabo, en realidad, un ejercicio de deducción jurídica formalmente irreprochable. También hay que destacar el empeño por hallar una solución desde el derecho administrativo, eludiendo la contaminación mimética con el régimen laboral del empleo público, en la que había incurrido en cambio el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco».
- 48 En términos similares, SÁNCHEZ (2019, 236), afirma que estas sentencias vienen a consagrar el «funcionario interino por tiempo “indefinido”».
- 49 SSTS 14 de julio 2014 (rec. 1847/2013); 15 de julio 2014 (rec. 1833/2013); y 14 de octubre 2014 (rec. 711/2013).
- 50 Esto es, se ha afirmado que se refiere a la imposibilidad de «inducir con el nivel mínimo de certeza exigible» la fecha en la que, en el instante de la formalización del contrato de trabajo temporal, podía identificarse el momento de extinción [SSTSJ\Soc CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018); 5 de diciembre 2018 (rec. 1308/2018); 29 de octubre 2018 (rec. 1489/2018); y (2) 12 de julio 2018 (rec. 1066/2017); y rec. 982/2018]; y Cantabria 23 de noviembre 2018 (rec. 641/2018). O bien, que lo determinante en este caso es que, en el mismo instante de la formalización, no pueda anticiparse en qué momento se producirá [SSTSJ\Soc Asturias 11 de diciembre 2018 (rec. 2391/2018); y CLM 26 de junio 2018 (rec. 410/2018)]. O bien, «si la finalización es realmente imprevisible para el trabajador, no hay previsibilidad de extinción y por lo tanto surge una expectativa legítima de estabilidad de la relación» [STSJ\Soc Madrid 26 de junio 2018 (rec. 56/2018)].
- 51 STSJ\Soc CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018).
- 52 Entre otras, la STSJ Andalucía\Sevilla 7 de marzo 2019 (rec. 87/2017).
- 53 SSTS\Soc 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015); y 28 de marzo 2019 (rec. 997/2017).
- 54 Por ejemplo, SSTS\Soc (2) 11 de junio 2019 (rec. 2610/2018; rec. 2180/2018); y 4 de julio 2019 (rec. 2357/2018).
- 55 En este sentido también, BOLTAÍNA (2018).
- 56 No obstante, para la STSJ\C-A Extremadura 20 de diciembre 2018 (rec. 238/2018), la Directiva 1999/70 no es aplicable a los militares de complemento (con vinculación temporal determinada) porque no pueden ser calificados como «trabajadores», ni tampoco el período de tiempo puede ser calificado como un término subsumible en la Directiva 1999/70 porque es muy amplio.
- 57 En relación a *funcionarios interinos*, SSTSJ\C-A Galicia 3 de abril 2019 (rec. 393/2018); 6 de febrero 2019 (rec. 420/2018);
- 58 Un argumento similar también se ha empleado con respecto al *personal eventual estatutario*, STSJ\C-A Galicia 6 de febrero 2019 (rec. 420/2018).
- 59 Tratándose de períodos más cortos, llamamientos se hacen a través de una lista de funcionarios interinos, también se ha rechazado, añadiendo que a la luz de la doctrina del TS\C-A en todo caso, el derecho a percibir una compensación está condicionado a que la interinidad sea ilegal o fraudulenta y que cuantifique y acredite «el supuesto perjuicio padecido con las concretas circunstancias del caso, de manera análoga a como sucede con las reclamaciones de “responsabilidad patrimonial” de las Administraciones públicas». SJC-A/1 de Pontevedra 24 de enero 2019 (rec. 184/2018). Y rechazando el percibo de una indemnización por la falta de acreditación de la realidad de los daños y/o perjuicios, STSJ\C-A Galicia 24 de octubre 2018 (rec. 175/2018).
- 60 *En relación al Personal Eventual*, STSJ\C-A País Vasco 18 de diciembre 2018 (rec. 171/2017); y, *en relación a funcionarios interinos*, STSJ\C-A Aragón 1 y 7 de marzo 2019 (rec. 99/2018; y rec. 113/2018); 25 de enero 2019 (rec. 75/2018); 4 y 30 de octubre 2018 (rec. 107/2018; rec. 63/2018); 19 de septiembre 2018 (rec. 41/2018); 19 de junio 2018 (rec. 60/2018); y 3 y 13 de julio 2018 (rec. 67/2018; rec. 64/2018); SAN C-A 20 de septiembre 2018 (rec. 19/2018).
- 61 STSJ\C-A CyL\Valladolid 10 de diciembre 2018 (rec. 290/2018): «de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se desprende que no puede extraerse una conclusión de carácter general sobre el carácter de indemnizable de toda extinción de la contratación temporal, sino que ello se ha de deducir de las circunstancias particulares de cada caso, por lo que se ha estar así en la consideración de si de dichas circunstancias concurrentes se desprende un abuso en dicha contratación, en forma tal que el contrato a tenor de dichas circunstancias tuviera los caracteres propios del contrato de carácter indefinido, por la existencia de abuso en la contratación».
- 62 Un pormenorizado análisis del Auto del JC-A/8 de Madrid 30 de enero 2018 por el que se eleva al TJUE las cuestiones prejudiciales en relación al asunto *Sánchez Ruiz* en, Casas Baamonde (2020).
- 63 En relación a este concepto con anterioridad al asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* ver, Mauri Majós (2020, 385 y ss.).

- 64 Extensamente, Beltran de Heredia Ruiz (2020); y Casas Baamonde (2020).
- 65 Avanzando esta objeción, con anterioridad al asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (a pesar de procesos de estabilización ex DT cuarta.1 EBEP, arts. 19.Uno.6 LGPE 2017 y art. 19.Uno.9 LGPE 2018), Mauri Majós (2020, 394-397).
- 66 En este sentido, Mauri Majós (2020: 416) entiende que «El principio de equivalencia ha de apreciarse en este caso en relación con la situación de los empleados del sector privado. Si se opta por la indemnización como

una medida alternativa y sustitutoria de la conversión de la relación en fija, su objeto debería ser en principio el valor de un puesto de trabajo por tiempo indefinido sin descartar otras como pueden ser la pérdida de oportunidades de trabajo sufrida durante el período de persistencia de la relación temporal, debiendo exigirse al respecto como única prueba, mediante la técnica de las presunciones, no solo la privación de una ventaja sino de la mera posibilidad de obtenerla, llevando a cabo directamente la evaluación del perjuicio aún a falta de elementos de prueba concretos y específicos presentados por la persona interesada».