

EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



L'enrenou judicial i mediàtic sobre l'abús de la temporalitat en les administracions públiques

13-05-2024

La qüestió sobre la viabilitat jurídica de la declaració de fixesa dels treballadors de l'Administració i el seu sector públic en abús de temporalitat, sembla que encara no està definitivament resolta. Ens trobem, ara per ara, en un moment d'inseguretat jurídica i de poques certeses sobre la solució a aquest assumpte, i per aquest motiu resulta interessant fer un breu resum de l'estat de la qüestió, principalment pel que fa al personal laboral en situació d'abús –el personal indefinit no fix- i fer algunes reflexions. S'ha de recordar que el 13 de juny de 2024 està prevista una altra sentència del TJUE en relació amb els funcionaris interins i de ben segur que seguirem pendents de recursos, reclamacions i resolucions contradictòries.

La necessitat d'una solució legislativa per tancar definitivament la controvèrsia

La primera reflexió sobre les conseqüències jurídiques que s'han de derivar de les situacions d'abús de la temporalitat en el sector públic, després d'anys de controvèrsia jurídica i d'enrenou mediàtic, és la més que necessària intervenció del legislador estatal. De la valoració de la jurisprudència europea es desprèn que algunes de les previsions de la Llei 20/2021 no són suficients per donar resposta a la clàusula 5a de la Directiva 1999/70/CE, és a dir, que a hores d'ara l'ordenament jurídic espanyol no compta amb prou mesures efectives per dissuadir i, en el seu cas, sancionar l'abús en la contractació laboral temporal. La intervenció legislativa és urgent al meu entendre per sortir d'una vegada per totes del laberint jurídic en què ens trobem, com veurem en aquest apunt, amb el benentès que si no es fa cap moviment en aquesta direcció i s'espera que el problema sigui resolt a base de pronunciaments judicials, l'Estat espanyol podria veure's empentat per la Comissió Europea a fer-ho, atès que, recordem, té diferents procediments d'infracció oberts a aquest respecte.

La "cèlebre" Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 22 de febrer de 2024, assumptes acumulats C-59/22, C-110/22 i C-159/22

Aquesta Sentència, fruit de les suggestives qüestions plantejades pel TSJ de Madrid, segueix la línia ja manifestada per altres sentències d'aquest Tribunal, però conté alguns pronunciaments interessants. Farem una breu síntesi d'aquests raonaments del Tribunal europeu amb el benentès que tracta de determinar, sempre en funció de les qüestions que li són plantejades pel tribunal remitent, l'adequació al dret europeu -clàusula 5a de la Directiva 1999/70/CE- de determinades mesures establertes a l'ordenament jurídic espanyol per prevenir i, en el seu cas, sancionar els abusos derivats de la utilització successiva de contractes temporals amb inclusió dels contractes indefinits no fixos prorrogats successivament.

Sobre si la **declaració d'indefinit no fix** és una mesura suficient en vista del dret europeu per a la prevenció o la sanció de l'abús, la STJUE recorda que es tracta de treballadors temporals i que són conseqüència de la no convocatòria d'un procés selectiu per a la cobertura definitiva de la plaça ocupada, i que, en conseqüència, el contracte de durada determinada d'aquests treballadors ha estat prorrogat automàticament. Per tant, i encara que no ho fa amb un pronunciament directe, el TJUE entén que aquesta figura dels indefinits no fixos no constitueix una mesura adequada de prevenció i sanció de l'abús. Sembla que aquesta nova sentència va un pas més enllà de la STJUE de 3 de juny de 2021 (C-726/19, assumpte IMIDRA), que va donar llum verda a aquesta figura com a mesura sancionadora de l'abús i és la base de l'actual doctrina del TS, que ha continuat aplicant la figura de l'indefinit no fix (entre d'altres, STS de 17 de gener de 2023, rec. 4275/2020, i STS de 8 de novembre de 2023, rec. 3499/2022). Per tant, es qüestiona la validesa d'una pretesa sanció a l'abús que, en puritat, no fa més que perpetuar les situacions de temporalitat.

Es planteja seguidament si la **indemnització de 20 dies per any fins a un màxim d'una anualitat**, amb motiu de l'extinció dels contractes en abús, pot constituir una mesura efectiva de prevenció o sanció d'aquestes pràctiques abusives. El TJUE assenyala que es vulnera la normativa europea perquè aquesta indemnització és independent de qualsevol consideració relativa al caràcter legítim o abusiu de la utilització d'aquests contractes (extinció per cobertura de plaça de la disposició addicional 17 del TREBEP). S'ha de recordar que la indemnització per causes objectives és aplicable a la totalitat dels supòsits que condueixen a declarar judicialment la condició d'indefinit no fix (encadenament de contractes temporals; durades inusualment llargues dels contractes d'interinitat per vacant; utilització de modalitats contractuals en frau de llei), per tant, aquesta indemnització no respon exclusivament a la utilització abusiva de la contractació temporal i precisament per aquest motiu el TJUE no la considera una mesura suficient a l'efecte de prevenció o sanció de la conducta abusiva.

Una altra mesura que va elevar-se a la consideració del TJUE va ser la convocatòria de processos d'estabilització de l'ocupació temporal, en el cas concret que s'examina, **la convocatòria de processos d'estabilització** del Reial decret llei 14/2021, de 6 de juliol. El TJUE diu que aquests processos s'oposen a la normativa comunitària perquè són independents de qualsevol consideració relativa al caràcter abusiu de la relació i, per aquest motiu, no sembla que permeti complir la finalitat de la clàusula 5a de l'Acord Marc. No obstant això, per raons temporals, al TJUE no se li va plantejar el contingut dels processos d'estabilització establerts a la normativa legal vigent, és a dir, a la Llei 20/2021. Aquests processos selectius extraordinaris, que disposen en el concurs oposició que la fase d'oposició no sigui eliminatòria i que instaura processos selectius de concurs de mèrits, sens dubte beneficien clarament el personal contractat de llarga

durada (indefinitos no fixos) i la qüestió que se suscita és si aquests processos, tot i tenir caràcter obert i no restringit, són suficients als efectes de la prevenció i la sanció de l'abús. És a dir, es tractaria de conèixer si aquests excepcionals processos selectius d'estabilització es poden considerar que són independents de qualsevol consideració relativa a l'abús quan la seva finalitat precisament s'adreça a revertir aquesta situació. Si el TJUE està pensant com a mesura vàlida en processos selectius que no tinguin caràcter obert (és a dir, en processos de participació restringida al personal en situació d'abús), ens trobem amb un problema d'ordre constitucional, directament relacionat amb el principi d'igualtat en l'accés, i si està pensant en processos selectius que no tinguin un futur incert per al personal en situació d'abús que pot perdre la plaça, el problema encara és més greu perquè un procés selectiu implica necessàriament la superació d'unes proves o disposar d'uns determinats mèrits.

Una altra mesura que es planteja en les qüestions prejudicials com a útil als efectes de la clàusula 5a de l'Acord Marc és el de **l'exigència de responsabilitats a les administracions públiques** per les seves actuacions en matèria d'abús de la contractació temporal. El TJUE diu que aquesta previsió de possibles responsabilitats (disposició addicional 43 de Llei de pressupostos generals de l'Estat i disposició addicional 17 del TREBEP), és massa imprecisa per permetre la imposició de sancions o la imputació de responsabilitats. A més, no s'especifiquen les responsabilitats que poden exigir-se i el precepte es limita a remetre a "la normativa vigent en cadascuna de les administracions públiques", que no poden identificar-se. El TJUE compara aquesta exigència de responsabilitat amb la situació jutjada en la Sentència de 7 de març de 2018 (Santoro), que va considerar les mesures de l'Estat italià en matèria de responsabilitat efectives i dissuasives, i confirma que les previstes a l'ordenament jurídic espanyol tenen un grau d'ambigüitat i d'abstracció que no resulten comparables. En definitiva, el TJUE conclou que les disposicions analitzades no es consideren prou efectives i dissuasives per garantir la plena eficàcia del dret europeu.

Finalment, el TJUE es manifesta sobre la qüestió més controvertida i assenyala que, davant la inexistència en l'ordenament jurídic espanyol de mesures per evitar la utilització abusiva de contractes indefinits no fixos, **la conversió en fixos d'aquests contractes podria constituir una mesura vàlida a aquests efectes**. Els tribunals han d'interpretar la normativa corresponent per cercar l'existència d'una mesura preventiva o sancionadora vàlida i, en el seu cas, han de modificar la jurisprudència consolidada, fins i tot constitucional, si aquesta es considera incompatible amb els objectius de la Directiva 1999/70/CE. Què es pot comentar sobre aquesta qüestió que no s'hagi dit ja? En aquest assumpte és on resideix el principal problema que ha suscitat la resolució del Tribunal europeu. Coneixem que l'EBEP exigeix la subjecció als principis d'igualtat, mèrit i capacitat per a l'accés a l'ocupació pública, incloent-hi l'accés a la condició de personal fix, és a dir, impossibilita l'accés a la condició de personal laboral fix sense la superació d'un procés selectiu que respongui als principis constitucionals. I també sabem que, tant el TC com el TS, han sostingut l'aplicació del principi d'igualtat i no-discriminació de l'article 14 de la CE en l'accés a l'ocupació pública laboral, en tant que l'article 23.2 no és més que una especificació del principi d'igualtat que consagra l'article 14 esmentat, al qual s'ha d'afegir l'article 103.3 de la CE (entre d'altres, les STC 363/1993, de 13 de desembre; 16/1998, de 26 de gener; 83/2000, de 27 de març, i 107/2003, de 2 de juny). La STJUE, en conseqüència, apunta a l'existència d'un conflicte entre el dret comunitari i el constitucional que s'hauria de resoldre, en principi, amb la primacia del primer, però amb la particularitat important que està en joc un dret

fonamental protegit constitucionalment. Deixem el debat per als constitucionalistes i per al TC sobre si ha de cedir el dret constitucional a la igualtat davant l'aplicació de la Directiva europea. És significatiu, com a curiositat, que la Declaració Universal de Drets Humans, en l'article 21.2, manifesti que tota persona té dret, en condicions d'igualtat, a accedir a les funcions públiques del seu país.

La reacció del Tribunal Suprem a la Sentència del TJUE

Recordem que l'actual jurisprudència del TS avala la continuïtat de la figura de l'indefinit no fix, la qual cosa amb la Sentència europea queda francament compromesa.

Així, immediatament a la publicació de la Sentència del TJUE, la Sala Quarta de l'Alt Tribunal anuncia que formula qüestió prejudicial, atès que, en vista de la quantitat de recursos pendents en aquesta matèria, té importants dubtes de l'abast de determinats aspectes de la Sentència europea i, en concret, pretén que el TJUE li aclareixi la manera de compatibilitzar la seva doctrina amb les normes relatives a l'accés a l'ocupació pública, i amb les regles de l'ordenament jurídic espanyol que garanteixen l'accés a l'ocupació pública d'acord amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat.

La resposta del TSJ de Madrid, el tribunal que va plantejar les qüestions prejudicials que van donar origen a la Sentència del TJUE

En tres sentències de 10 d'abril de 2024 (rec. 317/2024, 318/2024 i 319/2024), la majoria del TSJ de Madrid declara que és un obstacle insalvable el fet que la fixesa només pot declarar-se respectant els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, per tant, barra el pas a la possible declaració de fixesa que apuntava com alternativa el TJUE. Després de fer una llarga i extensa exposició sobre la inadmissible demora de l'Administració en la cobertura de les places que ha provocat l'ús abusiu i injustificadament llarg de la contractació temporal, resol la controvèrsia amb la declaració d'indefinit no fix (rec. 317/2024), i rebutja expressament la indemnització de l'acomiadament improcedent (rec. 319/2024). D'aquesta manera, acceptant la fórmula de l'indefinit no fix, l'única conseqüència que el TSJ de Madrid extrau de la situació abusiva és perpetuar en el temps aquesta situació de temporalitat. Aquest és clarament el punt feble de la Sentència, malgrat l'esforç que dedica la majoria de la Sala a justificar que la declaració de fixesa no és una solució jurídicament admissible.

Les sentències compten amb diferents **vots particulars** que aposten per la declaració de fixesa com a reacció a l'abús, perquè entenen que és l'única solució vàlida davant l'absència de normativa interna que estableixi una solució compatible amb el dret europeu. El més discutit dels vots particulars és l'argumentació que dediquen a desmentir la inconstitucionalitat de la mesura de fixesa. En aquest sentit, sembla que donen per fet la prevalença del principi d'estabilitat en l'ocupació de la normativa europea davant dels principis constitucionals d'accés a l'ocupació pública. Afirmen també que és difícil mantenir que els treballadors que presten serveis des de fa anys a les administracions no hagin demostrat la seva capacitat per al seu treball durant tots aquests anys de servei, afirmació més que discutible perquè arracona el principi d'igualtat en l'accés. També sosté, en contra del criteri del TS i de la majoria de la Sala Social del TSJ de Madrid, que si s'apliquessin amb rigor els principis constitucionals per accedir a l'ocupació pública temporal no hi hauria cap conflicte amb el principi d'estabilitat.

La jurisprudència posterior a la STJUE

El panorama no pot ser més desolador. Els TSJ que s'han pronunciat després de la Sentència del TJUE, en espera de la decisió del TS, que al seu torn espera el pronunciament del TJUE, han donat solucions molt diferents. Alguns tribunals han atorgat la indemnització per acomiadament improcedent (STJ d'Andalusia/Sevilla, de 14 de març de 2024, rec. 775/2022); d'altres, la indemnització derivada dels articles 40.1.c bis i 7.2 del Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei sobre infraccions i sancions de l'ordre social (STSJ de Madrid, de 27 d'octubre de 2023, rec. 304/2023); d'altres es conformen amb la validesa de la declaració d'indefinit no fix (STJ Madrid, de 10 d'abril de 2024, rec. 317/2024), i alguns aposten per la declaració de fixesa (STSJ del País Basc, de 22 d'abril de 2024, rec. 229/2024). Finalment, n'hi ha que prefereixen esperar: la Sala General Social del TSJ de Galícia ha decidit suspendre 400 procediments fins que el TJUE es pronuncii sobre les dues qüestions prejudicials que té presentades aquesta Sala.

Les solucions esperables

La solució a tot aquest enrenou enquistat en el temps exigeix al meu entendre la intervenció immediata del legislador estatal explorant les diferents possibilitats per donar compliment a les reiterades sentències del TJUE, entre les quals caldria plantejar-se la possibilitat d'incrementar les indemnitzacions pels casos d'abús de la temporalitat i d'aquesta manera cobrir definitivament les deficiències detectades en la Llei 20/2021. Davant la inacció legislativa, el conflicte s'enverinarà encara més, atès que restarem permanentment pendents de les sentències del TJUE i, fins i tot, de la possible intervenció del TC, amb el perill que es generi un conflicte encara més difícil de gestionar. La solució de la fixesa, francament, no veig que pugui tenir gaire més recorregut si tenim en compte el model d'ocupació pública dissenyat constitucionalment.

Restem en espera, com ja estem acostumats.



Isidre Estivill i Galdón

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la Direcció General de Funció Pública