ADAPTACIÓN CON DIFICULTADES DEL SUPREMO A LA JURISPRUCENCIA DE LUXEMBURGO Y RESISTENCIAS LEGALES AL CAMBIO: EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de este año, que resuelve una reclamación de fijeza de una trabajadora que desde 2009 venía encadenando contratos temporales en un Ayuntamiento, presenta una especial importancia, por una doble circunstancia.

De un lado, por razones estrictamente jurídicas, por cuanto que el Supremo finalmente se ve obligado a adaptar en parte sus tradicionales criterios sobre el abuso en la contratación temporal en las Administraciones Públicas, para dar cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en cumplimiento de la cláusula 5 de la Directiva sobre contratos de duración determinada. Se trata de una adaptación obligada en particular a resultas de la sentencia de 14 de abril de este mismo año (asunto Obadal), resultado precisamente de la resolución de una cuestión prejudicial sobre este asunto presentada por el propio Tribunal Supremo. Esta última sentencia es tan resolutiva respecto de la falta de adecuación de las medidas existentes en nuestro ordenamiento frente a estos abusos, cuando menos tal como venían siendo interpretadas por la jurisprudencia nacional, que forzaba a dar una respuesta diferente a la que se venía ofreciendo hasta el momento presente.

De otro lado, por la gravedad de la situación de la contratación temporal en el sector público, con tasas de temporalidad que se sitúan en estos momentos en el 26,8 %, en algunos ámbitos superando el 40 %, cuando en el sector privado se sitúa en el 11,9 %, existiendo un consenso generalizado de que esta tasa en lo público no debería superar el 8 %, a la vista de las necesidades estables en el tiempo de la gestión de los servicios públicos. Esa enorme distorsión del empleo público de su personal laboral, sin lugar a dudas se debe en gran medida al uso injustificado en términos jurídicos de la contratación temporal en lo público. Aunque también resulta obligado destacar que igualmente se debe a una normativa que permite importantes exclusiones en el sector público a la preferencia por la contratación indefinida; del mismo modo consecuencia de una desafortunada gestión de su política de contratación, donde se viene a acudir de manera desmedida a la contratación temporal, a pesar de que se realice formalmente con cumplimiento de la legalidad vigente. De este modo, el problema va más allá de la falta de cumplimiento de la Directiva europea. En todo caso, me centro en este comentario exclusivamente en las exigencias de la Directiva y la respuesta dada por el Tribunal Supremo.

Esta sentencia se ha abordado casi exclusivamente desde la perspectiva de su acierto en el cumplimiento de la jurisprudencia del TJUE y los desafíos que se presentan a partir de ahora en el cumplimiento de sus nuevos criterios respecto de una litigiosidad que se aventura con fundamento que se va a incrementar notablemente. Sin embargo, a mi juicio la anterior mirada es insuficiente y ni siquiera es la más decisiva. A tal efecto debe recordarse que las Directivas dirigen sus previsiones de manera directa al poder legislativo de los Estados miembros, quienes debe realizar una correcta transposición, en este caso de modo que de manera efectiva se logren los objetivos marcados de atajar los abusos en la contratación temporal sucesiva. Como con todo acierto señala la propia sentencia del Supremo, “El legislador debe efectuar las reformas necesarias…introduciendo medidas sancionadoras y disuasorias de la situación abusiva. La elevada y persistente tasa de temporalidad evidencia…una cultura de la temporalidad que solo podrá ser atajada por la acción del legislador”.

Es cierto que a estas alturas existe una consolidada doctrina pacífica, que atribuye eficacia aplicativa directa a las Directivas cuando el legislador no ha efectuado correctamente la debida trasposición, más indiscutida esta aplicación directa cuando se trata de un poder público, la Administración Pública, quien actúa como empleador. Sin embargo, esta aplicación directa no siempre resulta viable sin intermediación legal cuando la regla de la Directiva no resulta lo suficientemente precisa y concreta, como sucede en este caso, porque la regla de adopción de medidas de evitación del abuso es genérica y debe concretarse por vía necesariamente legal. Así viene expresamente a decirlo la sentencia del Supremo respecto de la cláusula 5 de la Directiva. Menciona como ejemplo paradigmático al efecto la imperiosa intervención legal a los efectos de imponer la exigencia de responsabilidad directa y personal, de su propio patrimonio, de los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones provocan los abusos en la contratación temporal. Lo anterior puede extenderse a muchas de las otras medidas posibles en esta materia, especialmente las que no tienen carácter meramente reparador del daño, sino también las necesarias preventivas y profilácticas. En particular, el establecimiento de un modelo deseable de compatibilidad entre las exigencias de acceso al empleo público en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad, con la superación de los abusos en la contratación temporal, sin olvidar la necesaria eficacia y flexibilidad en la gestión del personal en el sector público, con resultados de efectiva reducción de la tasa de temporalidad, sólo es viable por vía de reforma legislativa y de cambio de las políticas públicas basadas en la cultura de la temporalidad en este ámbito.

En estos términos, la vía judicial, comenzando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque no pueda rehuir de dar respuesta a las reclamaciones que se le presenten en esta materia en tanto no se produzca la necesaria intervención legal, presentará una respuesta necesariamente limitada y, en todo caso, insuficiente. Por ello, hay que comenzar reconociendo que la sentencia del Supremo tiene que ser valorada desde la perspectiva de sus limitaciones.

Centrados en el análisis más directo de los nuevos criterios del Tribunal Supremo, estos se han enfrentado al no fácil dilema de respetar las exigencias de acceso al empleo público conforme a criterios de igualdad, mérito y capacidad, con la posición contundente del TJUE de la falta de cumplimiento de las medidas existentes en estos momentos a la Directiva, cuando menos conforme a la hasta ahora interpretación dominante de la jurisdicción laboral, sin poder asumir el papel que le corresponde al legislador; casi la cuadratura del círculo, sin intervención legal insistimos. Con independencia de los imperativos legales internos, incluidos los constitucionales, que requieren el acceso al empleo público conforme a criterios de igualdad, mérito y capacidad, lo que no resulta compartible es el entendimiento del Tribunal Supremo que ello también deriva de la libre circulación de trabajadores garantizada en el Derecho de la Unión Europea, cuando la propia jurisprudencia del TJUE interpreta que la automática conversión en fijos de los perjudicados por el abuso en la contratación temporal sería una medida plausible desde el punto de vista de la Directiva, aunque no impone que sea una medida necesaria si existen otras que logran los objetivos perseguidos por la Directiva.

Desde luego, el Tribunal Supremo por necesario cumplimiento de lo resuelto por el TJUE, aunque parece que no lo hace con mucho agrado, se atiene a las conclusiones centrales de la sentencia Obadal. Ante todo, algo que puede pasar más inadvertido, la sentencia de manera implícita firma el certificado de defunción, aunque poco honroso, de la figura de los indefinidos no fijos. Menciona exclusivamente esta figura para reconocer que el TJUE considera que los indefinidos no fijos no constituyen una figura adecuada para cumplir con la Directiva, dado que sigue siendo material y formalmente un contrato temporal. Cabe destacar que, en el caso concreto, la trabajadora reclamante ya tenía la condición de indefinida no fija y lo que reclamaba era precisamente la fijeza a todos los efectos, que fue lo que finalmente le reconoció la sentencia, atendiendo a la circunstancia muy singular de que con carácter previo a su contratación temporal había superado un concurso de empleo laboral fijo, si bien no había obtenido plaza por mejores méritos de otros candidatos. Hubiera sido deseable que este cierre definitivo del indefinido no fijo lo hubiera manifestado la sentencia del Tribunal Supremo de manera más directa y expresa, dejando claro que a partir de ahora judicialmente no cabe acudir a ella como medida adecuada.

De otra parte, más allá de lo anterior, el TJUE señala que las medidas existentes en la legislación española no cumplen lo exigido por la Directiva, pero, al propio tiempo, no señala cuales son las medidas idóneas, lo que intenta hacer la sentencia del Supremo, aunque lo haga con éxito desigual. Ha procurado moverse lo menos posible respecto de lo que han venido siendo sus criterios hasta ahora, con lo que, con toda seguridad, habrá nuevas intervenciones del TJUE, no descartándose que éste entienda insatisfactorios los nuevos criterios del Supremo. De otra parte, la sentencia va a abrir paso a un incremento de la litigiosidad, sin que ofrezca suficiente seguridad jurídica para algunas materias, como son los supuestos que dan derecho a la fijeza o la cuantificación de las indemnizaciones a los perjudicados.

La sentencia no se limita a resolver el concreto asunto que se le plantea, sino que, desbordando el objeto de la pretensión procesal, pretende anticipar criterios generales de otros supuestos que se puedan presentar a partir de ahora, elaborando una a modo de guía de criterios a tomar en consideración por parte de los diferentes órganos del orden social a partir de ahora.

La adaptación más clara al criterio del TJUE, en el asunto Obadal, consiste en reconocer a todos los perjudicados el derecho a percibir una indemnización íntegra por los efectos negativos sufridos por el simple hecho de encontrarse durante una período más o menos prolongado en situación de temporalidad, al margen del derecho a la indemnización que en su caso le corresponde por despido, por tanto incluso respecto de quienes no han perdido el empleo, como es el caso de la reclamación objeto de análisis. A la trabajadora recurrente no le reconoce el derecho a la indemnización porque no lo había reclamado en la demanda inicial ni en fase de recurso, pero le ha faltado decir que se trata de una cuestión no enjuiciada, por lo que puede presentar la reclamación a partir de ahora iniciando un nuevo proceso. En todo caso, lo más significativo de la sentencia es que se ve ante el dilema de que los criterios de fijación de la indemnización, una vez más, por motivos de seguridad jurídica y de homogeneidad de los pronunciamientos requieren de una intervención legal que regule la indemnización, y en paralelo de dar pautas de actuación a los Tribunales inferiores. La respuesta “creativa” a la que acude resulta más que discutible en la analogía que emplea de acudir a la cuantificación de sanciones de la LISOS y, en todo caso, mantiene la plena incertidumbre jurídica del modo de cálculo de la indemnización que procede, pues la analogía sólo sirve a juicio del Tribunal Supremo para fijar el umbral mínimo indemnizatorio.

Más allá de lo anterior, el esfuerzo del Supremo ha resultado poco acertado, bien porque ha intentado por vía indirecta salvar las medidas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, contradiciendo en cierto modo a lo manifestado por el TJUE, o bien porque lo que tiene de novedoso no va a resultar disuasorio para romper con prácticas de abusos muy consolidadas.

Por ejemplo, la declaración de fijeza de la trabajadora no constituye una auténtica novedad, pues el propio Tribunal Supremo ya la había reconocido en algún pronunciamiento precedente en relación con lo previsto en un convenio colectivo. Más aún, se basa en una situación muy singular de que la misma había aprobado una oposición a un empleo fijo pero sin lograr plaza, algo que no es claro que realmente se hubiera producido, porque ello parece que lo deriva del simple hecho de que había superado la fase de oposición, pero no había obtenido plaza a resultas de los puntos obtenidos en la fase de méritos, cuando no está dicho en ningún sitio que la superación de la fase de oposición pueda interpretarse como superación del concurso sin plaza; más aún cuando la normativa vigente permite la convocatoria de concurso sólo valorando a los candidatos conforme a méritos sin fase de oposición por ausencia de pruebas de conocimientos. La sentencia debería haber negado de manera expresa la validez a partir de ahora de las convocatorias de concurso en las que sólo se admiten como aprobados aquellos que ocupan plaza. En todo caso, una vez más, la intervención legal resulta imprescindible, porque sólo por medio de ella se puede establecer la exigencia de que todos los concursos contemplen un porcentaje mínimo de candidatos que podrían aprobar sin plaza para atender necesidades de ocupación fija en el futuro; medida esta última que sobre todo tendría un valor preventivo, que evitaría el uso abusivo de la contratación temporal. Actualmente la normativa permite convocar un concurso con reserva adicional de plazas no cubiertas inicialmente, pero no obliga a ello. Por otra parte, no resulta suficientemente convincente, tal como apunta el voto particular, que se siga insistiendo en que la participación con éxito de los perjudicados por abusos en la contratación

temporal en un concurso para la cobertura de una plaza temporal no tiene validez a efectos del reconocimiento de la fijeza efectiva; cuando menos una exclusión absoluta como la que se realiza es poco compatible con las exigencias de la Directiva y, en particular, con la primacía del Derecho de la Unión Europea frente al conjunto del ordenamiento interno, incluido el de relevancia constitucional.

Por lo demás, lo que desde luego resulta insuficiente a todos los efectos es la respuesta exclusivamente por la vía indemnizatoria para los otros supuestos de abuso en los que no han podido presentarse a un concurso o lo ha hecho sin haber superado una oposición. De nuevo, aquí el problema no deriva de la inconsistencia de la sentencia, sino del hecho de que una respuesta efectiva sólo puede venir de la mano de una reforma legislativa.

Más aún, la sentencia para la indemnización por despido de trabajadores víctimas del abuso en la contratación temporal mantiene el actual régimen legal de cómputo de la indemnización, con el sistema de doble tope que no ha sido considerado conforme a las exigencias de la Directiva por parte de la sentencia Obadal. Ello sólo podría salvarse por la vía de que la otra indemnización compensatoria por los daños derivados directamente por la temporalidad abusiva, no por la pérdida de empleo, no presentaría este doble tope. En todo caso, habría que ver si esta fórmula de mantener el doble tope para la indemnización por despido sería admitida por el TJUE

En todo caso, el gran problema de las indemnizaciones y sanciones económicas es que, por mucho que puedan compensar el daño a los perjudicados, difícilmente pueden dar respuesta a la otra exigencia de la jurisprudencia europea en el sentido de que las medidas deben ser también disuasorias de la continuidad de las prácticas abusivas. En efecto, las indemnizaciones a los perjudicados, como bien se recuerda por el Supremo, presentan el límite señalado por el TJUE de que su cuantía no puede superar la compensación por el daño causado, de modo que estas indemnizaciones por sí solas no van a tener el necesario efecto disuasorio que exige la Directiva.

De manera complementaria, entiende el Supremo que las sentencias deben dar traslado del asunto a la Inspección de Trabajo para que se sancione a la Administración por la infracción de la normativa sobre contratos, al punto que así lo hace expresamente la propia sentencia en su fallo respecto del concreto asunto enjuiciado. Sin embargo, en el ámbito de lo público las sanciones pecuniarias, sean administrativas o indemnizatorias, por muy elevadas que sean, nunca tienen un efecto disuasorio del fraude; aparte del contrasentido de que la Administración se sancione a sí misma, de modo que casi siempre la multa sale de y entra en el mismo bolsillo.

En suma, la solución definitiva y efectiva sólo puede venir por la vía de una reforma legislativa, porque se trata no sólo de establecer medidas de reparación de los daños ocasionados a empleados concretos, que es lo único que puede resolver la vía judicial, sino, sobre todo, de adoptar medidas preventivas y profilácticas que vayan a la raíz del problema y no sólo a los efectos. Por ello, las expectativas reales pueden provenir más de otra actuación que se desarrolla en paralelo: la apertura que se acaba de producir de un procedimiento de infracción por la Comisión Europea, a resultas de la sentencia en el asunto Obada, conminando al Gobierno español para que en un plazo perentorio de finales de junio adopte medidas eficaces contra el abuso de la temporalidad o justifique la idoneidad de lo ya realizado, pues, en caso contrario, planteará la correspondiente demanda ante el TJUE para que impongan las sanciones económicas que procedan, incluso con el riesgo de bloqueo a España de los abonos pendientes de los Fondos europeos.

CITA: JESÚS CRUZ VILLALÓN, “Adaptación con dificultades del Supremo a la jurisprudencia de Luxemburgo y resistencias legales al cambio: el abuso de la temporalidad en las Administraciones Públicas”, Briefs AEDTSS, número 54, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, año 2026.