

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL INTERNACIONAL 2020

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE 2020

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 04.06.2021/ Aceptado: 21.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6279>

Resumen: En el período de referencia no se han dictado resoluciones del Comité de Libertad Sindical que afecten al estado español. Tampoco se han evacuado pronunciamientos significativos del TEDH en materia laboral o de protección social. Sí contamos, como suele ser habitual, con numerosas resoluciones del TJUE de contenido social que afectan al estado Español y que pasamos a exponerse seguidamente, ordenándolas, como es tradicional, mediante un criterio estrictamente cronológico.

La **STJUE de 22 de enero de 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín y Ayuntamiento de Madrid***, aborda la eventual discriminación que sufre el funcionario interino que no recibe indemnización al finalizar su relación de servicios, a diferencia de lo que acontece con el personal contratado en régimen laboral.

El **ATJUE de 4 de febrero de 2020 [C-811/18] *KA y INSS y TGSS***, cuestiona la exclusión de los varones del complemento de maternidad que se incorpora en la LGSS para suplementar las pensiones de las mujeres que ha sido madres.

El **ATJUE de 5 de marzo de 2020 [C-861/19] *LJ e INSS*** también cuestionaba la exclusión de los varones del complemento de maternidad.

La **STJUE de 19 de marzo de 2020 [C-103/18 y C- 429/18] *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras c. Servicio Madrileño de Salud***, es una más de las múltiples resoluciones que analizan la irregular contratación temporal por parte de las administraciones públicas, en este caso analizando la perspectiva de la renovación de las sucesivas relaciones de servicios de duración determinada.

La **STJUE de 4 de junio de 2020 [C-588/18] *Fetico y otros c. DIA y otros***, versa sobre el *dies a quo* y el cómputo de los plazos de los permisos laborales retribuidos.

La **STJUE de 16 de septiembre de 2020 [C-462/19] *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia c. Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques y otros***, entiende inadmisibile la cuestión prejudicial planteada. Sirve para marcar los límites y las fronteras de la cuestión prejudicial y la legitimación activa de su planteamiento, vedada a órganos administrativo, por más que efectivamente resuelvan conflictos de intereses entre partes.

La **STJUE de 11 de noviembre de 2020 [C-300/19] *UQ y Marclean Technologies c. Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial*** analiza el período de referencia que debe tomarse en consideración cuando se realicen despidos colectivos.

Palabras clave: funcionario interino. Indemnización por finalización de servicio, complemento de maternidad. No es razonable excluir a los varones de su percibo, contratación por las administraciones públicas por motivos de urgencia o necesidad de larga duración, prevención de los abusos y limitaciones a esta práctica, permiso laboral retribuido: *dies a quo* y cómputo, cuestión prejudicial: límites y competencias, despidos colectivos, periodo de cómputo de referencia, cuestión prejudicial. Inadmisibilidad en su planteamiento por órganos administrativo, despidos colectivos: periodo de cómputo y de retroacción.

Abstract: In the reference period, no resolutions have been issued by the Committee on Freedom of Association that affect the Spanish state. Nor have significant pronouncements of the ECHR been issued on labor or social protection matters. We do have, as is usual, numerous resolutions of the CJEU of social content that affect the Spanish state and that we will now expose, ordering them, as is traditional, by strictly chronological criteria.

The STJUE of January 22, 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín and Madrid City Council*, addresses the eventual discrimination suffered by the interim official who does not receive compensation at the end of his service relationship, unlike what happens with the personnel hired under the labor regime.

The ATJUE of February 4, 2020 [C-811/18] *KA and INSS and TGSS*, questions the exclusion of men from the maternity supplement that is incorporated into the LGSS to supplement the pensions of women who have been mothers.

The ATJUE of March 5, 2020 [C-861/19] *LJ and INSS* also questioned the exclusion of men from the maternity supplement.

The STJUE of March 19, 2020 [C-103/18 and C-429/18] *Sánchez Ruiz and Fernández Álvarez and others v. Madrid Health Service* is one of the many resolutions that analyze irregular temporary hiring by public administrations, in this case analyzing the perspective of the renewal of successive relationships of fixed-term services.

The AJEU of June 4, 2020 [C-588/18] *Fetico y otros v. DIA and others*, deals with the dies a quo and the calculation of the terms of paid work leave.

The STJUE of September 16, 2020 [C-462/19] *National Markets and Competition Commission c. The National Association of Stevedoring Companies and Ship Consignees and others*, deems the question raised inadmissible. It serves to mark the limits and borders of the preliminary question and the active legitimation of its approach, prohibited to administrative bodies, even if they effectively resolve conflicts of interest between parties.

The STJUE of November 11, 2020 [C-300/19] *UQ and Marclean Technologies v. The Public Prosecutor's Office and the Salary Guarantee Fund* analyzes the reference period that must be taken into consideration when collective redundancies are carried out.

Keywords: Acting official. Indemnification for termination of service, maternity supplement, it is unreasonable to exclude males from their pay, Hiring by public administrations for reasons of urgency or long-term need. Prevention of abuses and limitations to this practice, Paid work leave: dies a quo and computation, Prejudicial question: limits and powers, Collective layoffs. Reference computation period. prejudicial question, Inadmissibility in its approach by administrative bodies, collective dismissals: calculation and feedback period.

Sumario: I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. STJUE de 22 de enero de 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín y Ayuntamiento de Madrid*. 2. ATJUE de 4 de febrero de 2020 [C-811/18] *KA y INSS y TGSS*. 3. ATJUE de 5 de marzo de 2020 [C-861/19] *LJ e INSS*. 4. STJUE de 19 de marzo de 2020 [C-103/18 y C-429/18] *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras c. Servicio Madrileño de Salud*. 5. STJUE de 4 de junio de 2020 [C-588/18] *Fetico y otros c. DIA*. 6. STJUE de 16 de septiembre de 2020 [C-462/19] *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia con Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques y otros*. 7. STJUE de 11 de noviembre de 2020 [C-300/19] *UQ y Marclean Technologies c. Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial*.

I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. La jurisprudencial analizada en esta crónica de resoluciones del TJUE en las que España ha sido parte ha sido seleccionada de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales; Empleo; Libre circulación de los trabajadores; No discriminación, Política social, y Seguridad Social*.

Se reseñan todos los asuntos que afectan directamente a España en el período temporal referenciado.

1. STJUE de 22 de enero de 2019 [C-177/18] *Baldomero Martín y Ayuntamiento de Madrid. Funcionario interino de larga duración. No abono de indemnización tras la finalización de su relación de servicios, a diferencia de lo que acontece en una relación laboral ordinaria.*

A). Hechos del litigio principal

2. La señora Baldomero Martín fue nombrada en 2005 funcionaria interina por el ayuntamiento de Madrid. En su contratación en régimen de derecho administrativo se especificaba, de manera expresa además, que ocuparía esta plaza hasta que se cubriera la vacante mediante el correspondiente proceso selectivo por un funcionario de carrera. Era un puesto de trabajo que, por la operatividad de las funciones que realizaba, podía ser servido tanto por personal funcionarios, como por personal laboral contratado en régimen privado. No se ejercían, en definitiva, funciones características de ‘*imperio*’, reservadas por definición a funcionarios públicos.

En 2013, tras casi ocho años después de ser contratada, se le comunica por la Administración contratante que el proceso selectivo ha concluido, que su puesto de trabajo ha sido cubierto por un funcionario de carrera, y que, en consecuencia, su contrato de trabajo ha quedado extinguido. La señora Baldomero pretende, en 2017, que el Ayuntamiento contratante le abone una indemnización por cese de la actividad equivalente a la que le hubiera correspondido si hubiera sido contratada en régimen laboral privado. Pretende, en definitiva, que se le abone aquella indemnización que le hubiera correspondido si hubiera sido contratada en régimen laboral, no en régimen funcionarial o de Derecho Administrativo. No impugna el cese por otras cuestiones, ni reclama, como ha sido usual en otros planteamientos, su condición de personal estable por haber desempeñado un volumen de tiempo excesivamente llamativo un puesto de carácter meramente temporal.

El Ayuntamiento de Madrid desestima su solicitud al entender que no existe discriminación alguna en relación con la indemnización que procede por la extinción del vínculo laboral. La demandante había ocupado una plaza de funcionario interino, había desarrollado su actividad profesional durante el tiempo que habría durado el proceso selectivo, y no procedía la indemnización intimada al cubrirse definitivamente la plaza de funcionaria desempeñada por ella interinamente. Precisa, de manera complementaria, que tampoco puede apreciarse, en puridad, discriminación en relación con los funcionarios de carrera, ya que estos tampoco reciben indemnización alguna al finalizar sus servicios profesionales. En definitiva, la Administración contratante entiende que se le ha aplicado correctamente el régimen jurídico que debía aplicársele a ese tipo de situaciones, sin que sea posible aplicar otro cuerpo normativo diseñado para aplicarse a otro tipo de trabajadores.

El juzgado competente remitente de la cuestión prejudicial aquí prejuzgada pone de manifiesto tres circunstancias que enmarcan jurídicamente el asunto, dotándole de una fisonomía propia y característica.

En primer lugar, que la recurrente ha desempeñado sus funciones siempre en el mismo puesto de trabajo, de manera continuada y constante, sin movi­lidades funcionales digna de consideración o circunstancias que alteren su relación profesional de servicios. En segundo lugar, que el puesto de trabajo que desarrollaba puede ser desempeñado, por el tipo de labores encomendadas, indistintamente, por trabajadores funcionarios, o bien mediante trabajadores contratados en régimen laboral. La elección por uno u otro régimen depende, por entero, del empleador atendiendo a un criterio de oportunidad, sin que el trabajador tenga ninguna capacidad de elección al efecto, sometiéndose, en todo caso, al régimen jurídico que elija el empleador. Y, en tercer lugar, que el derecho interno no reconoce a los funcionarios -de carrera, interinos, eventuales, etc.- en el momento de finalización de su relación de servicios la indemnización solicitada por la trabajadora. Ésta únicamente es predicable de la relación de servicios profesional articulados en régimen laboral común.

B). Cuestión jurídica debatida

3. El juzgado proponente de la cuestión prejudicial se cuestiona, en definitiva, si sería posible conceder al trabajador recurrente la indemnización reclamada por analogía con el personal laboral al

que sí se le concede una indemnización en supuestos de extinción del contrato de trabajo, dado que el Acuerdo marco comunitario pretende la eliminación de todo tipo de discriminación a los trabajadores con contrato de duración determinada, como lo es, a todos los efectos, el de interinidad funcional que ha desempeñado la trabajadora afectada.

No es baladí en esta cuestión apreciar que el desarrollo de una función coyuntural por un volumen de tiempo tan excesivo, casi ocho años, ha desnaturalizado, de facto, la condición funcional interina, al no utilizarse el embalaje contractual adecuado para el desarrollo de necesidades puntuales, temporales o transitorias, sino prácticamente permanentes, privando al trabajador, en definitiva, de los derechos que la legislación concede a los trabajadores con relaciones laborales estables, bien sea como personal laboral contratado en régimen privado puro, bien como funcionario.

Se parte, en definitiva, de la apreciación de que para la normativa comunitaria la distinción, un tanto artificial, entre empleo privado, en régimen de derecho administrativo, o funcional, carece de trascendencia para la aplicación de las reglas y garantías que pretenden implementar un empleo estable, de calidad, y sin abusos relacionados con la temporalidad del vínculo.

C) Normativa en presencia

4. Desde la óptica comunitaria está en cuestión la interpretación que debe dársele a los arts. 1 y 2 y cláusula 3 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

Desde el punto de vista del derecho patrio están en presencia las siguientes normas: La DA 1ª del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, y también los arts. 8, 10 y 70 del EBEP (Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante el RDL 5/2015, de 30 de octubre).

De manera tangencial, y a efectos de su comparación con el régimen laboral, también se tienen en consideración los arts. 49, 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

D) Resolución del Tribunal

5. El tribunal resuelve las cuestiones prejudiciales intimadas en el sentido de que la normativa de la Unión referenciada no se opone a que una normativa nacional (como la aquí debatida) no prevea el abono de una indemnización a los funcionarios -de carrera o interinos- por la finalización de sus servicios profesionales, aunque ello conlleve una diferencia de trato en relación con los trabajadores en sentido estricto que se someten al régimen de contratación privada.

No duda el tribunal en considerar que el funcionario -de carrera o interino, a estos efectos la diferenciación no tiene relevancia- puede estar incluido en el ámbito subjetivo del concepto de trabajador con vinculación profesional de duración determinada, y, por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación de la directiva. Ni tampoco tiene la menor duda con respecto a que la indemnización por finalización del servicio se encuentra incluida dentro del concepto de condición de trabajo que emplea la misma Directiva. Ni siquiera cuestiona, y esto es una de las cuestiones más relevantes a tener en consideración, que los funcionarios interinos reciban diferente trato, menos favorable, que los funcionarios de carrera, o se vean privados de derechos que se le confieren exclusivamente a la condición funcional en sentido estricto, pues tanto los funcionarios interinos como los de carrera no perciben la indemnización reclamada por la trabajadora.

Ahora bien, es totalmente cierto, y está fuera de toda duda, que el desarrollo de las actividades profesionales que desempeñaba la trabajadora podían ser realizadas o bien desde la condición de funcionaria, o bien desde la situación de personal laboral, eventual o fijo. Esta circunstancia es especialmente interesante para averiguar si puede apreciarse una diferencia de trato entre unos trabajadores y otros, entre los funcionarios y el personal laboral, pues en el caso de que así ocurriera quizá pudiera apreciarse

la diferencia de trato reclamada por la trabajadora en una de las condiciones de trabajo, cual es la indemnización por finalización del servicio.

La clave de bóveda del argumento se reconduce a averiguar si existe alguna razón objetiva por la cual la finalización de la relación de servicio de los funcionarios interinos no deban dar lugar a la indemnización, mientras que los de los trabajadores fijos contratados en régimen laboral sí. El Tribunal aprecia, recordando numerosos ejemplos jurisprudenciales, que la finalización de una relación laboral determinada se produce en un contexto jurídico y fáctico sensiblemente diferente del que acaece para los trabajadores fijos. El contrato fijo se opone, por definición ontológica, al de duración determinada, y ambos pueden tener un tratamiento jurídico distintivo en alguna de las condiciones de trabajo, cuál es, por ejemplo, la indemnización por su finalización, como es el caso aquí debatido.

El Tribunal entiende, en definitiva, que el acuerdo Marco no impide que una normativa nacional no prevea el abono de una indemnización para los trabajadores funcionarios interinos mientras que sí la prevea para el personal laboral fijo cuando se extingue su contrato de trabajo. Son circunstancias distintas, que encuentra en una diferente respuesta jurídica. Incluso en el supuesto, como es el caso, de que las actividades profesionales desarrolladas hubieran podido ser indistintamente ejercidas desde la condición funcionaria o desde la condición laboral. No es la naturaleza de la actividad, sino la elección de la administración por un régimen jurídico otro, el que determina la normativa aplicable.

E) Apunte final

6. Una derivada más de la problemática general que acontece en la contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Aunque, desde hace tiempo, se han hecho notables esfuerzos por parte del Tribunal de Justicia para limitar los abusos que se producen en la contratación laboral temporal por parte de dichas administraciones, la equiparación de derechos no es total con el personal contratado en régimen privado en sentido estricto. En particular, en relación con la finalización de su vinculación interina (temporal, por definición), y la cobertura de la vacante mediante el procedimiento selectivo previsto en la norma.

Otra problemática jurídica distinta, no tratada en este asunto, es si puede considerarse razonable que un trabajador interino, por definición temporal, ocupe una plaza en una Administración **Pública cerca de ocho años. No hay motivos** que justifiquen la no cobertura de la vacante en un periodo tan dilatado de tiempo. Quizá pudiera sostenerse, por qué no, la idoneidad de una indemniza (abierta, de carácter civil en relación con la responsabilidad extracontractual) que satisfagan los perjuicios que ocasiona al trabajador el hecho de haber estado sometido a ese régimen interino durante tanto tiempo. Pero esto es otro debate no abordado en esta resolución. El fructífero campo de las indemnizaciones civiles en asuntos laborales quizá tuviera algo que decir en asuntos como éste.

Y cuestión distinta también es la que se relaciona con la apreciación del tipo de actividad y el vínculo jurídico que se reclama para ello. Desde un punto de vista laboral las características que determinan la unión entre trabajador y empresario son las que atraen para así el cúmulo de la legislación laboral. Sin embargo no se funciona así cuando interviene una administración pública que, de facto, puede elegir el régimen jurídico que aplica para el desarrollo de determinadas encomiendas laborales. Sería deseable que la elección por uno u otro régimen estuviera más limitada, sobre todo en AA.PP. de poco calado y tonelaje administrativo.

2. El ATJUE de 4 de febrero de 2020 [C-811/18] KA y INSS y TGSS. Complemento de maternidad y exclusión de los varones.

A) Hechos del litigio principal.

7. El asunto aquí tratado es sustancialmente idéntico al que terminó por STJUE de 12 de diciembre de 2019 en el asunto C-450/18. Se trata del percibo del complemento de maternidad por un varón

que se ha visto excluido del mismo y que no ha encontrado tutela ni en vía administrativa ni jurisdiccional interna.

B) Cuestión jurídica debatida

8. La cuestión jurídica debatida versa sobre la exclusión de los varones del percibo del complemento implementado en el art. 60 la LGSS para su percibo exclusivamente por mujeres que han sido madres. El objetivo de la medida legislativa es, naturalmente, suplementar las pensiones de las madres que han dedicado más tiempo a la maternidad, dificultando su desarrollo laboral y profesional. Es una medida claramente de género, por lo que en principio debe quedar avalada por las medidas de acción positiva que consiente tanto legislación comunitaria como la nacional.

C) Normativa en presencia

9. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

D) Resolución del Tribunal

10. El tribunal de justicia comunica en dicho auto al órgano proponente de la cuestión de prejudicialidad si a la luz de la sentencia dictada en idéntico asunto anteriormente desea mantener la petición de decisión prejudicial.

El órgano proponente de la cuestión, que en este caso es el TSJ de Canarias, informa al Tribunal de Justicia que no desea mantener su petición de decisión prejudicial. En estas circunstancias se procede a archivar el asunto, terminándose el procedimiento a todos los efectos.

E). Apunte final

11. Para un análisis detallado de las cuestiones debatidas (y de sus consecuencias jurídicas) nos remitimos al anterior volumen de esta entrega, en donde se analizaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del año 2019, y, de forma detallada, la resolución de 12 de diciembre de 2019.

Recuérdese, como se tuvo la oportunidad de comentar en la entrega anterior de esta sección, que la Directiva de igualdad de trato se opone a una norma como la debatida que establece un complemento económico exclusivamente para las mujeres pensionistas de incapacidad permanente o jubilación que hayan tenido al menos dos hijos y excluye a los hombres que se encuentren en idénticas situación.

Sobre este particular debe tenerse presente el actual texto del art. 60 LGSS tras la modificación que en él se operó por el art. 1 uno del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

Básicamente se pretende que los varones que perciban el complemento lo sea por haberse encontrado en circunstancias idénticas a las que ideó originalmente el precepto para las mujeres. Así, se dispone que para que los hombres “*puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos*”. En primer lugar, ser causante de una “*pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad*”. O bien, en segundo lugar, ser causante de una “*pensión contributiva*”.

de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción” aunque en este supuesto se exigen una serie de condiciones que aseguren períodos previos de cotización antes o subsiguientes al nacimiento del hijo.

Aunque la controversia jurídica nunca está cerrada del todo, y la nueva dicción del artículo 60 LGSS puede tener algunas aristas interpretables, si puede afirmarse con rotundidad que este nuevo tenor literal si obvia el defecto en el que incurría la anterior, siendo respetuoso, desde este punto de vista, con la jurisprudencia emanada por el Tribunal de Justicia.

3. ATJUE de 5 de marzo de 2020 [C-861/19] LJ e INSS. Exclusión de los varones del complemento de maternidad.

12. Como acontece en el asunto último recién analizado en este número, el Tribunal de Justicia comunica al órgano proponente de la cuestión prejudicial, en este caso un Juzgado de lo Social de Barcelona, si a la luz de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) desea seguir manteniendo su petición de decisión prejudicial. El asunto pivotaba, como aquel, sobre el percibo del complemento de maternidad para un varón, y sobre la eficacia de la exclusión de los varones del percibo del referido complemento.

Y, como en aquel caso, el órgano proponente entiende que la resolución anteriormente citada aclara y resuelve la problemática jurídica acontecida, no deseando mantener la cuestión prejudicial y archivándose, en consecuencia, el procedimiento.

4. STJUE de 19 de marzo de 2020 [C-103/18 y C- 429/18] Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras c. Servicio Madrileño de Salud. Contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas y renovación sucesiva de contratos de duración determinada.

A) Hechos del litigio principal

13. El litigio versa sobre la pretensión que mantienen varios demandantes para que el Servicio Madrileño de Salud, perteneciente a la Comunidad de Madrid, les reconozca “*la condición de personal estatutario fijo*”, o, con carácter subsidiario, “*la condición de empleados públicos con un estatuto comparable al de este personal*”, siempre bajo los principios jurídicos de permanencia e inamovilidad en el puesto de trabajo (§ 2).

La resolución resuelve varios asuntos acumulados, impetrados desde órganos jurisdiccionales distintos, aunque versan sobre el mismo asunto, y tienen como empleador a la misma Administración Pública. El uso por parte del Tribunal de la facultad de acumular asuntos dependiendo de las pretensiones de las partes parece desproporcionada en este caso, pues aunque las respuestas pueden ser sustancialmente idénticas -y, efectivamente, así lo son-, el orden en el que se presentan para cada uno de los asuntos -y sus respuestas- se muestra sumamente enrevesado. La respuesta a la cuestión prejudicial número uno de un asunto es la misma respuesta a la cuestión prejudicial cuatro o cinco del otro acumulado. Quizá hubiera sido más oportuno la evacuación de dos resoluciones diferentes, aunque con el mismo fundamento técnico jurídico si se entiende oportuno. Esto, no solo no es inusual, sino que patrocina una individualización en la respuesta jurídica otorgada que acerca la interpretación de las normas y su aplicación práctica a los ciudadanos.

De manera más concreta, en el primero de los asuntos acumulados (C-103/18), se debate la situación que acontece con un trabajador personal estatutario temporal interino nombrado en 1999 y que en 2016 continúa desarrollando sus funciones. En 2011 fue cesado aunque el mismo día fue nombrado personal estatutario temporal interino en un puesto de una nueva categoría en el que básicamente, realizaba idénticas funciones laborales que en el anterior puesto de trabajo. El tribunal subraya que durante todo el tiempo que ha durado su relación de servicios (en los dos puestos, es decir, desde 1999 hasta

2011 y desde 2011 a 2016) el trabajador “*ha ocupado el mismo puesto y ha desempeñado las mismas funciones de forma constante y continuada*” (§ 16), dato más que relevante para poder constatar la irregularidad de la contratación efectuada, y, particularmente, apreciar cómo la prolongación de la actividad en el tiempo modifica el estatus jurídico del trabajador.

En 2016 el trabajador intima de su empleador que se le reconociera “*la condición de personal estatutario fijo o, con carácter subsidiario, de empleado público con un estatuto similar, bajo los principios de permanencia e inamovilidad*” (§ 17). Entendía que era la respuesta adecuada al comportamiento abusivo de la Administración Pública contratante derivado de la utilización de sucesivas relaciones de duración determinada contrarias a la lógica que se deduce del Acuerdo Marco comunitario. No estamos en presencia, en definitiva, de una sola irregularidad que se prolonga en el tiempo, aunque éste sea mucho, sino ante la constatación de la existencia de dos relaciones irregulares que se prolonga en el tiempo. Dato más que significativo a efectos de apreciar la conducta de la Administración Pública contratante.

La Administración pública empleadora, la Comunidad de Madrid, deniega la solicitud intimada alegando, básicamente, que no se trata de un encadenamiento de contrataciones de duración determinada, sino que estamos en presencia de una sola relación, que tuvo que ser modificada por obra de una reforma legislativa que así lo exigía. Entiende, básicamente, en definitiva, que estamos en presencia de “*una misma relación de servicios de duración determinada*” (§ 18). Precisa, de manera complementaria, que la adquisición de la condición de personal fijo para ese tipo de actividades requiere, irremisiblemente, la superación por parte del trabajador de un proceso selectivo, circunstancia que en este supuesto no ha concurrido.

Contra la denegación de su solicitud intima el trabajador un procedimiento judicial Contencioso Administrativo en el que el Juzgado ha intimado del Tribunal de Justicia la presente cuestión prejudicial.

La problemática jurídica y fáctica que acontece en el segundo supuesto acumulado (C-429/18) es, básicamente, idéntica a la analizada anteriormente. La señora Fernández y otras trabajan para el servicio de la Comunidad de Madrid desde hace entre 12 y 17 años y han sido objeto de entre 82 y 227 nombramientos sucesivos, dependiendo de los casos, ejerciendo funciones de odontólogo. En la oferta de empleo público de los años anteriores nunca se incluyó la necesidad de cubrir estas plazas de manera permanente, como exige la normativa nacional vigente, el EBEP. En 2016 solicitaron que se le reconociera la condición “*de miembros de personal estatutario fijo o, con carácter subsidiario, de empleados públicos con un estatuto similar*” (§ 34), a lo que se negó la Administración Pública contratante. Tras ello interpusieron un recurso Contencioso Administrativo ante el juzgado de este orden número 14 de Madrid, que es el proponente de la segunda cuestión prejudicial comunitaria aquí acumulada, al entender, básicamente, que estamos en presencia de sucesivas relaciones de servicio que proceden de diversos nombramientos para el ejercicio de funciones estructuralmente estables y permanentes en la Administración contratante, es decir funciones que deberían haber estado servidas por personal considerado fijo, permanente, o estable. Como en el otro asunto, tanto el volumen de tiempo como el número de nombramientos, constituyen indicios del comportamiento contractual de la Administración Pública contratante.

B) Cuestiones jurídicas debatida

14. El magistrado proponente de la primera cuestión no tiene claro si la situación del trabajador determina la existencia de una sola relación de servicios de duración determinada, o si, por el contrario, como sostuvo el trabajador, estamos en presencia de dos relaciones temporales consecutivas, encadenadas sin solución de continuidad. El hecho de tener dos nombramientos contiguos inclina al juzgado a entender que, verdaderamente, estamos en presencia de dos relaciones consecutivas de duración determinada, aplicándose por tanto, con todas sus consecuencias, la Directiva comunitaria.

La segunda cuestión trascendente desde un punto de vista jurídico es analizar el papel que juega el consentimiento del trabajador en toda esta problemática. Apreciar si en atención al Acuerdo Marco, el trabajador debe denunciar su situación mientras mantiene viva la relación laboral, o si su aquietamiento

a las circunstancias fácticas que impone su contratación determina la imposibilidad de plantear con posterioridad una revisión jurídica de la situación fáctica parecida, incluyendo, naturalmente, un planteamiento jurisdiccional de la cuestión. **Más concretamente:** si el hecho de no haber recurrido su nombramiento de ninguna manera cuando se encontraba viva la relación laboral obra el efecto de convalidar o sanar la irregularidad cometida e impedir su recurribilidad en los tribunales de justicia.

En tercer lugar, se analiza, en esta primera cuestión, si el hecho de tener varios nombramientos consecutivos desnaturaliza la relaciones de servicio de duración determinada. Porque, aunque bien es cierto que los nombramientos de estas características pueden ser prorrogados, no lo es menos que para que ello se pueda realizar desde la óptica del Acuerdo Marco es necesario que exista una razón objetiva que lo justifique, debiendo ser esta, en todo caso, “*puntual, circunstancial y esporádica*” (§ 25).

En cuarto y último lugar, el juzgado proponente de la cuestión prejudicial, apreciando que en derecho español no existen límites a la consecutividad en el nombramiento como personal estatutario temporal, decide cuestionar si ello es acorde al Acuerdo Marco comunitario.

La segunda cuestión prejudicial evacuada transita, básicamente, por los mismos cauces hermenéuticos y fácticos que la ya analizada. Sin embargo, si examina otras tres problemáticas (aunque no dejan de ser derivadas de la misma cuestión), que se quieren subrayar en este análisis.

En primer lugar, si puede considerarse que estamos en presencia de un abuso contractual por parte de la Administración cuando se emplean varias formas de contratación temporales consecutivas -nombramientos- para el desempeño de funciones estructurales y ordinarias de la Administración que, de suyo, deberían haber estado servidas por empleados estatutarios fijos, u otro tipo de personal estable, según se deduce de la normativa aplicable. Entiende, en este sentido, que el acuerdo Marco se opone frontalmente a este tipo de prácticas, y que lo razonable no es prolongar, renovar o extender artificialmente los nombramientos, sino proveer los mecanismos de cobertura definitiva de las vacantes, de forma que se garantice una estabilidad en el empleo por parte de las personas seleccionadas finalmente tras el proceso selectivo correspondiente.

También cuestiona, y esto es verdaderamente importante, si entra dentro de los objetivos perseguidos por la Directiva la transformación directa de “*la relación estatutaria temporal interina/eventual/sustituta en una relación estatutaria estable*” (§ 39), ya sea considerada como empleo público fijo o indefinido, pero siempre con la estabilidad que patrocinan este tipo de figuras.

También se cuestiona, tangencialmente, en tercer lugar, si este tipo de transformación se pueden considerar como una sanción adecuada ante el incumplimiento contractual que ha tenido la Administración, es decir, si la existencia -acreditada y constatada, sobre este punto no parece haber duda alguna- del abuso en la contratación temporal, legitima la consecuencia de la permanencia en el empleo público para este tipo de trabajadores. Porque la otra consecuencia sería considerar que estamos en presencia de un despido laboral, por lo que la operatividad de las indemnizaciones que procedan en estas circunstancias sería del todo posible. En realidad, lo que está planteando esta cuestión es si, dadas las circunstancias acaecidas, la consecuencia para la Administración contratante de maneja irregular debe ser la conversión (convalidación, transformación, etc.) de los contratos irregulares en una figura contractual estable dentro de la Administración Pública contratante, o si, por el contrario, debemos entender que la no renovación puede considerarse como un despido laboral, y por ello indemnizable económicamente (§ 39).

C) Normativa en presencia

15. 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, particularmente su Considerando 17, sus arts. 1 y 2-1, y sus Cláusulas 1 y 5.

Las normas españolas cuestionadas son los artículos 10 y 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; y los arts. 8 y 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

D) Resolución del Tribunal

16. La complejidad de las cuestiones tratadas en ambas cuestiones acumuladas aconseja resolver las cuatro cuestiones principales de forma conjunta, aunque dando respuesta por separado a los problemas que identifica.

En la primera cuestión se entiende que los estados miembros no pueden excluir del concepto “*sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*” las situaciones en las que un empleado público es nombrado en una relación de servicios de duración determinada hasta que la vacante sea cubierta o provista mediante el mecanismo legalmente habilitado para ello. A nuestro juicio, como se expondrá seguidamente, es la conclusión más importante que se extrae de esta resolución. Porque lo verdaderamente trascendente, no es el tipo de nombramiento -funcionario o laboral- con el que el trabajador ha sido contratado (en realidad, desde un punto de vista fáctico, “*cooptado*”), sino la función operativa y funcional que desarrolla. Desde este punto de vista si el trabajador contratado en régimen laboral desarrolla las mismas tareas o funciones que el trabajador seleccionado mediante normas funcionariales debe ser tratado igual que este. Es la naturaleza de la actividad en la que determina el régimen jurídico aplicable y no el capricho, más o menos consolidado, más o menos arbitrario, de la Administración Pública contratante.

En segundo lugar, el Acuerdo Marco se opone, como ya se ha sentenciado en otras ocasiones, a que la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada se considere justificada por razones objetivas basadas en la necesidad, urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal.

En tercer lugar, se recuerda que es competencia del órgano jurisdiccional interno apreciar si la organización de los procesos selectivos de cobertura de las vacantes se ha llevado a cabo de forma razonable y operativa atendiendo a proveer definitivamente las plazas que se ocupan de manera interina. También corresponde, según el ordenamiento interno, apreciar si lo que procede es la transformación de los contratos en “*indefinido no fijos*”, o bien implementar la concesión a estos empleados interinos de la indemnización que procedería en supuestos de despido del personal laboral por circunstancias objetivas, siempre y cuando, ambas medidas, contribuyeran a prevenir, o en su caso corregir, los excesos derivados de la utilización abusiva, fraudulenta y torticera, de las figuras contractuales de carácter temporal por las Administraciones Públicas.

También se reitera, en cuarto y último lugar, que no tiene ninguna trascendencia a los efectos de la denuncia del trabajador y la exención de la correspondiente responsabilidad del empleador, el hecho de que haya consentido, o se haya conformado, con la situación que ha padecido en su contratación temporal.

E) Apunte final

17. Otra más, y van tropecientas, sobre contratación irregular por parte de las administraciones públicas. En concreto sobre utilización abusiva de las modalidades de contratación temporal.

Más allá del juicio crítico que nos merezca esta resolución, y de las consecuencias que de ella se deducen, lo realmente llamativo es que se aprecia con claridad que la norma que venía a suplir todos los defectos de contratación en las Administraciones Públicas, el EBEP, ha fracasado de manera estrepitosa en su propósito ordenancista. No solo no ha servido para aminorar las prácticas perversas y viciosas que la norma venía a corregir, sino que, incluso, a algunas de ellas les ha dado carta de naturaleza, pues bastantes de sus reglas jurídicas son permanentemente puestos en tela de juicio por los tribunales ordinarios internos y ante el propio Tribunal de Justicia. Es evidente que los problemas en las Administraciones Públicas han ido creciendo al mismo ritmo que se ha agigantado (desordenada y exponencialmente) su volumen de competencias y atribuciones. Probablemente parte de la solución pase por reducir el tamaño de las Administraciones Públicas, o al menos, del personal a su servicio, aunque ese es un asunto que no atañe a los intérpretes de la norma. Aunque probablemente el Estado moderno necesite una pensada sobre los medios personales que le sirven, una solución de compromiso que evitaría (al menos parte de

los) problemas en el futuro sería la promoción rápida y eficaz de los mecanismos de cobertura de las necesidades de personal. No es razonable, como aquí acontece, que se tarden años en llevar a cabo los mecanismos de selección de personal y de cobertura de vacantes.

El contenido técnico de la resolución es impecable, por otra parte. Como no podía ser de otro modo. Da cumplida respuesta a todas las cuestiones acumulándolas en varios argumentos. Más allá de la especificidad concreta de cada uno de ellos lo verdaderamente trascendente de la resolución es que no se puede excluir del concepto de “*sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*” aquellos nombramientos que se hayan producido, aunque sea por varios años, en el marco de una contratación en una Administración Pública (§ 132.1)).

Esta consecuencia va a tener una operatividad incuestionable para cuando se juzguen las prácticas, fraudulentas o meramente torticeras, en las que está envuelta la Administración Pública. Ello supone, desde una perspectiva amplia, que no hay una diferencia práctica evidente entre una contratación en régimen laboral o una en régimen de derecho administrativo para una Administración Pública. Se equiparan así los derechos y obligaciones, y, de una manera u otra, se culmina, desde la perspectiva del derecho comunitario, el propósito que pretendía el EBEP, es decir, la equiparación de derechos y obligaciones para todos los empleados públicos con independencia del régimen jurídico que les fuera aplicable por el origen de su coaptación, contratación laboral o nombramiento funcionarial.

Esta perspectiva debe considerarse, se mire como se mire, como un avance importante, serio y con consecuencias. Lo verdaderamente trascendente, en definitiva, no es tanto el mecanismo técnico jurídico por el que hayan sido coaptados -contratación laboral, o nombramiento funcionarial- los trabajadores, sino las actividades profesionales que se desarrollan. Sobre todo en un tipo de actividades que pueden ser desempeñadas desde un punto de vista práctico y operativo, por personal laboral o por personal funcionarial.

Pretender establecer una diferencia de trato únicamente apoyada en el origen de la contratación no es acorde al propósito que anida en el Acuerdo Marco comunitario. Y si se quiere establecer una diferencia de trato en relación con unos trabajadores -funcionarios- y otros -laborales- dicha diferencia debe sostenerse, edificarse y justificarse, en razones objetivas, razonables y apoyadas en hechos y datos incontrovertibles, bien por la función que desarrollan, bien por los requisitos previos que se requieren para el ejercicio de dicha actividad. Pero pretender establecer, como se hace en el ordenamiento interno con excesiva frecuencia, diferencias de trato basadas única y exclusivamente en el origen de la contratación cuando desarrollan prácticas profesionales idénticas no es razonable, no lo es al menos desde el punto de vista del Derecho de la Unión.

5. La STJUE de 4 de junio de 2020 [C-588/18] *Fetico y otros c. DIA y otros. Dies a quo y cómputo de los permisos laborales retribuidos.*

A) Hechos del litigio principal

18. La cuestión prejudicial surge en un procedimiento de conflicto colectivo que versa, básicamente, sobre el momento de inicio del cómputo de los permisos laborales retribuidos, concretándose si este debe comenzar el día en que el trabajador deba trabajar, y, en segundo lugar, si debe disfrutarse exclusivamente en días en que el trabajador deba trabajar. Se trata, por tanto, de determinar el principio del día de cómputo de los permisos laborales retribuidos, y, también, la extensión de dicho permiso, particularmente si pueden incluirse en el, o en ellos, los periodos de no trabajo.

La controversia surge principalmente porque el Convenio Colectivo aplicable utiliza la expresión “*días*” para referirse a los permisos laborales retribuidos, sin referencia expresa a “*días naturales*” o “*días laborales*”, como sí se hace en los permisos por matrimonio el mismo Convenio, cuyo cómputo consecutivo incluso incluyendo **días no laborables para el trabajador** es incuestionable.

B) Cuestión jurídica debatida

19. El tribunal proponente de la cuestión entiende que el problema jurídico planteado se relaciona con los periodos de descanso y de vacaciones anuales que garantiza la normativa comunitaria, entendiendo que se vacía de contenido su mandato normativo cuando a estos períodos se superponen los permisos laborales retribuidos, que, de esta manera, pierden razón de ser y naturaleza operativa. La superposición de unos y otros obra el efecto de privar de contenido a los que se superponen con el periodo de vacaciones.

Aprecia que la normativa de la unión es sensible cuando se superponen las vacaciones anuales retribuidas con periodos de maternidad, o de baja laboral por incapacidad temporal, en el sentido de permitir y consentir que se difiera el disfrute de dicho derecho laboral básico a las vacaciones a un periodo distinto y posterior al de baja por maternidad o por incapacidad temporal. Lo que está cuestionando, en definitiva, es el mismo principio que consiente diferir las vacaciones anuales en estas situaciones puede ser aplicado a los permisos laborales retribuidos en relación con los periodos de no trabajo.

Básicamente fórmula dos cuestiones prejudiciales. La primera cuestiona si la normativa comunitaria permite simultanear el descanso semanal con el disfrute de permisos retribuidos. La segunda si la misma normativa consiente que se superpongan las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos que atienden a finalidades distintas del descanso, el ocio o el esparcimiento (§ 24).

C) Normativa en presencia

20. Arts. 5 y 7 Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo,

Art. 7 Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo, de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental.

La normativa nacional aceptada es: arts. 37.3 y 38 ET, y art. 46 del Convenio Colectivo del grupo de empresas Dia S.A. y Twins Alimentación S.A. (BOE de 2 de septiembre de 2016).

D) Resolución del Tribunal

21. El tribunal comienza su argumentación recordando que la Directiva es una disposición de mínimos, destinada a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores mediante una armonización general de dichas condiciones en todo el ámbito de la Unión. Ello no supone, antes al contrario, que no puedan los ordenamientos internos establecer mejores medidas de protección de dichos bienes jurídicos. En definitiva, que los estados miembros pueden implementar, dentro de su ámbito de competencia, condiciones más favorables para la protección de los trabajadores (§ 29).

Lo verdaderamente trascendente, lo que dota de sustantividad propia a la resolución que se comenta, es lo que especifica en el § 31 cuando precisa que los permisos laborales retribuidos cuestionados no forman parte, no se integran, en el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2003/88, sino que se configuran y conforman desde la potestad normativa del Estado miembro al implementar mejoras en las condiciones de vida y trabajo que se relacionan con la ordenación del tiempo de trabajo.

Recuerda que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas es diferente del principio jurídico que protege la baja laboral por incapacidad temporal hasta la recuperación de la salud (§ 33). Las finalidades de ambos tipos de derechos permiten concluir que la superposición de ambos, vacaciones con el período de incapacidad temporal, consiente la posibilidad de poder disfrutar efectivamente las vacaciones en fecha distinta a la inicialmente prevista (§ 34). Pero, y este es núcleo medular de la cuestión, los permisos retribuidos que se discuten en el litigio principal no son idénticos a estos tratados.

Se deduce que son permisos con derecho a remuneración, entendiéndose que su disfrute está sujeto a la implementación de dos requisitos: el acaecimiento del acontecimiento que contempla la normativa para su disfrute, y el hecho de que acontezca precisamente durante un periodo de trabajo (§

35). Y es esta última circunstancia, el que el hecho protegido por el permiso laboral retribuido acaezca precisamente durante un periodo en el que el trabajador debe efectuar su actividad laboral, lo que permite deducir que están irremisiblemente ligados al tiempo de trabajo, de tal manera que los trabajadores no pueden reclamarlos en periodos distintos a los de trabajo, como son los de descanso semanal o los de vacaciones anuales retribuidas, deduciéndose, en definitiva, que estos permisos retribuidos no son asimilables a la baja por enfermedad (§ 36).

El segundo de los problemas es el relativo a si dichos permisos retribuidos pueden disfrutarse en periodo distinto cuando se superponen a los de vacaciones anuales retribuidas, o a un periodo de descanso semanal obligatorio (§ 37). El Tribunal entiende que no parece razonable sostener que de la Directiva se deduzca la obligación del Estado miembro a consentir dicho traslado. **Básicamente por-que ello supondría desoír el mandato ya efectuado por el propio** Tribunal en el sentido de que estos permisos laborales retribuidos y su régimen jurídico se sitúan fuera del **ámbito objetivo de atención de** la Directiva comunitaria que protege los periodos de vacaciones anuales retribuidas y **periodos de** descansos obligatorios (§ 38).

La resolución del Tribunal es clara. Entiende que la directiva debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una normativa nacional que no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos en días en los que estos trabajadores deban trabajar cuando las circunstancias para las que están previstos estos permisos retribuidos se produzcan durante los periodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas.

E) Apunte final

22. La cuestión en vía interna ya está, en principio, concluida y totalmente resuelta. La reciente SAN-SOC 47/2020, de 6 de julio precisa, empleando la resolución del Tribunal de Justicia objeto de comentario, que el inicio del cómputo de los permisos retribuidos establecidos en el Convenio Colectivo del Grupo empresarial afectado, cuando el hecho causante del citado permiso sucede en día no laborable para el trabajador, deberá principiar en el primer día laborable siguiente.

Criterio más que razonable que, además, cuenta con antecedentes jurisprudenciales claros en el mismo sentido. Así, por ejemplo, la STS de 3 de julio de 1989 cuando precisa que *“un permiso no es tiempo de descanso, sino que va anudado al hecho causante”*, y la más reciente STS-SOC 257/2020, de 17 de marzo de 2020 cuando precisa que es importante tener en consideración que estas situaciones *“no son identificables a los tiempos de descanso o a las vacaciones que constituyen tiempo de libre disposición para el trabajador durante los cuales puede desarrollar actividades absolutamente ajenas al trabajo y que tienen su razón de ser en el derecho al descanso que resulta ser consustancial a la propia actividad laboral”*, porque, y este es el argumento teleológico que da sentido a la diferencia de instituciones, que los permisos no tengan *“por finalidad la de conceder al trabajador un descanso, sino la de liberarles de acudir al trabajo sin pérdida de retribución, ante la necesidad de atender una determinada situación conforme a los distintos objetivos para los que se contemplan y que van desde la conciliación de la vida familiar y laboral que la norma legal o convencional entiende necesaria ante determinadas circunstancias de la vida, hasta facilitar el cumplimiento de determinados deberes públicos o desarrollar actividades representativas”*.

En una resolución anterior la STS-SOC de 13 de febrero de 2018 (rec. 266/2016) había precisado que por el día inicial de disfrute de los permisos *“debe entenderse que como el convenio y la propia Ley hablan de ‘ausentarse del trabajo con derecho a retribución’ el día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día feriado, sino el primer día laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso”*, añadiendo seguidamente que *“el permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese ‘ausentarse del trabajo’”*, por lo que pueden concluirse, en definitiva, que *“lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario”*.

No hay duda, en definitiva, que el día inicial del cómputo de los permisos laborales retribuidos en los supuestos en los que el hecho causante de los permisos suceda en día no laborable deben comenzar a partir del primer día siguiente laborable a dicho hecho causante.

Cuestión más vidriosa y problemática es la segunda, la de si existe la posibilidad de trasladar los periodos de tiempo en el que se está proyectando un derecho laboral retribuido que coincidan con un periodo de vacaciones a periodo posterior y distinto al de vacaciones anuales a descanso semanal. Sobre este aspecto la resolución del Tribunal de Justicia es clara, no estamos en presencia de una exigencia que se deduzca de la Directiva comunitaria. Probablemente la respuesta correcta esta cuestión tenga que relacionarse con la naturaleza jurídica del descanso en concreto cuestionado, sobre todo para garantizar que el bien jurídico que protege está suficientemente tutelado con el permiso, o con las vacaciones, con las que se superpone. Cuestión, no obstante, no abordada por esta resolución, y que podrá ser objeto de debate para Laboralistas patrio.

6. STJUE de 16 de septiembre de 2020 [C-462/19] *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia c. Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques y otros. Inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por órganos administrativos.*

A) Hechos del litigio principal

23. El asunto sometido a resolución del Tribunal de Justicia proviene de una cuestión prejudicial intimada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a raíz de la celebración de un Convenio Colectivo que impone una subrogación en la contratación de trabajadores para la prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías, **básicamente** por entender, según aprecia la comisión, que dicho convenio puede ser contrario a las normas que protegen la libre competencia entre empresas.

B) Cuestión jurídica debatida

24. Lo que llama la atención es que no estamos en presencia de una cuestión sometida a la jurisdicción, es decir un conflicto técnico de aplicación del derecho que va a ser resuelto por un Juez o Tribunal jurisdiccional que tiene atribuida la competencia de decir el derecho y ejecutarlo lo juzgado. Estamos ante un órgano de carácter administrativo, aunque ciertamente retenga algunas competencias decisorias sobre algunas materias, el que plantea la cuestión. De ahí la especialidad del asunto, de ahí también la concesión de la resolución.

El Tribunal comienza recordando que en la muy trascendente S TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13) relativa a España se discutía cuál era el régimen de gestión de la mano de obra que prestaba su actividad laboral en el sector portuario. Resolución, que en vía interna ha sido estudiada hasta la saciedad, y que ha dado lugar a no menos de dos regímenes jurídicos distintos tras ella, parcialmente contradictorios entre sí, y que no han satisfecho a ninguno de los actores Laborales implicados. Es este, el de los trabajadores portuarios, una problemática que, por definición, nunca va a estar del todo bien resuelta. Porque es absolutamente incompatible intentar conciliar los intereses en juego de los actores de la trama. O se aboga por un sistema proteccionista, que de una manera o de otra cercene la competencia en el sector empresarial y consienta el monopolio en la contratación de trabajadores, o se abre la mano de manera definitiva abogando por un sistema liberal que permita una competencia directa, abierta y total entre empresas que, de facto, elimina los monopolios en la contratación de trabajadores. No puede haber un monopolio que funcione en régimen de libertad. Es ontológica mente impensable.

Básicamente en ella se especificaba que la imposición que el ordenamiento jurídico español imponía a las empresas de otros Estados (miembros de la Unión) que desean desarrollar actividad de gestión portuaria relativa a la manipulación de mercancías en los puertos españoles de integrarse en la Sociedad

Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) teniendo que participar necesariamente de su capital y sometiéndose a la obligación de contratar a un mínimo de trabajadores de dicha sociedades, no era acorde al ordenamiento comunitario, básicamente por atentar contra el art. 49 del TFUE.

Este pronunciamiento obligó al legislador laboral a modificar la perspectiva clásica que ha mantenido con respecto a la relación laboral especial de estibadores portuarios. Modificó para ello el régimen monopolístico que existía en cuanto a la oferta de mano de obra y dictó una norma, el Real Decreto Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, en el que, básicamente, exime a las empresas de manipulación de mercancías de tener necesariamente que formar parte de la SAGEP y del capital de la misma para ejercer la actividad laboral referenciada. La norma implementa, al menos formalmente, un principio básico de libertad de contratación de trabajadores portuarios.

Y decimos formalmente porque se preveía la implementación de un periodo transitorio de adaptación de este Real Decreto Ley durante tres años en el que se seguiría manteniendo, de facto, el monopolio en la contratación de trabajadores de aquellas empresas que sí pertenecieran a la SAGEP y sí formarían parte de su capital social.

Es en este contexto jurídico, realmente enrevesado, en el que las asociaciones aquí presentes firman, en 2017, el Convenio Colectivo que es origen de la problemática debatida en esta resolución.

Este Convenio Colectivo, con el propósito de garantizar la totalidad del empleo de los estibadores portuarios contratados, modifica la normativa convencional en ese momento vigente implementando una Disposición Adicional Séptima de nuevo cuño que preveía: “*que las empresas de manipulación de mercancías que dejen de formar parte de una SAGEP se subroguen el personal de la estiba portuaria integrado en esa SAGEP con las mismas condiciones laborales, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad*” (§ 27).

La dirección de la competencia entiende, aplicando la Ley referenciada y su Reglamento de funcionamiento del órgano administrativo, que este Convenio constituye una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101 TUE, pues “*las obligaciones adicionales impuestas por este convenio iban más allá del ámbito propio de la negociación colectiva y restringían, por ello, el ejercicio del derecho de separación de las Sagep y, en consecuencia, las condiciones de libre competencia*” (§ 29).

Tras ello, y para complicar aún más el ya de por sí estruendosamente complejo marco jurídico, se promulga el Real Decreto Ley 8/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la ley de empresas de trabajo temporal, adaptándola a las especificidades de la actividad de estiba portuaria.

Dicha norma lo que pretende, en esencia, es implementar un periodo transitorio en el que se posibilite a las empresas del sector para que implementen acuerdos o suscriban Convenios Colectivos, con el propósito de que sea eficaz y legal la subrogación obligatoria del personal de las SAGEP en el caso de que las empresas de manipulación de mercancías decidieran dejar de formar parte de ellas, o bien se produjera su desaparición (§ 30). Con esta norma, básicamente, se ampliaba el plazo en el que era posible dicha subrogación. Estamos en presencia, por tanto, de dos eventos jurídicos consecutivos que facultarían la referida subrogación trabajadores: el Convenio Colectivo, y el Real Decreto Ley. Nunca la norma estuvo tan pegada a los intereses monopolísticos de los trabajadores.

La CNMC no tiene claro si estas dos normas atentan contra el art. 101 TFUE, en la medida en que lesionan la libertad de competencia de las empresas de facto, una obligación que dificulta, de hecho, el libre ejercicio de sus capacitaciones empresariales, lo que, a su entender, justifica acudir al Tribunal de Justicia en virtud del art. 267 TFUE.

Este es el asunto principal, esta es la problemática jurídica, si la CNMC tiene legitimación activa para acudir al Tribunal de Justicia ejercitando una cuestión prejudicial comunitaria.

C) Normativa en presencia

25. Art. 101 TFUE y Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia.

Desde el punto de vista del derecho interno tienen que tenerse presente: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

También tiene una cierta relevancia en análisis competencial que se efectúa de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

D) Resolución del Tribunal

26. Planteada en estos términos la cuestión controvertida, el Tribunal de Justicia lo que tiene que decidir es si el órgano administrativo que plantea la cuestión tiene, desde el punto de vista derecho comunitario, verdaderamente naturaleza de órgano jurisdiccional. El contexto jurídico en el que se produce la problemática, así como su trascendencia efectos de protección laboral de los trabajadores no tiene ninguna relevancia. Desde este punto de vista, son cuestiones vehiculares o instrumentales a la principal.

Para ello, según especifica claramente, debe apreciar la concurrencia de una serie de elementos y características que conforman y configuran la naturaleza jurisdiccional del órgano, tales como: el origen legal del mismo, su permanencia en el tiempo, el carácter obligatoria de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano administrativo de normas jurídicas, así como su independencia funcional, orgánica y operativa (§ 36). Elementos, todos ellos, que apreciados en su conjunto dibujan un órgano, se llame jurisdiccional o no nominativamente, con potestades y competencias claramente decisorias (*ius dicere*), que puede llevarlas a ejecución sin la intervención de ningún otro órgano del Estado, o al menos, con una subordinada intervención al órgano decisorio.

También aprecia, que los órganos jurisdiccionales de los países solo pueden dirigirse al Tribunal de Justicia mediante este procedimiento de cuestión prejudicial cuando ante ellos penda un litigio conflictual entre partes que necesite su resolución en el marco de un procedimiento contradictorio y legal, que en realidad no es el caso aquí debatido.

También recuerda, y este particular es realmente significativo, que para que un órgano adquiera la consideración de jurisdiccional tiene que situarse *supra partes*, como un tercero desinteresado del conflicto que resuelve, sin injerencias gubernamentales, de las partes o de interesados en la resolución del asunto, y sin estar subordinado a ninguna de las dos partes ni a ningún otro ente o poder institucional de ninguna manera, ni directa ni indirecta.

La resolución es clara en este sentido, pues entiende que la CNMC guarda una relación orgánica y funcional con los órganos implicados en la burocracia administrativa del Estado, no pudiendo considerarse, de esta forma, que tenga la cualidad de tercero con respecto a la autoridad que adopta la resolución que puede ser objeto del recurso, no pudiendo ser calificado, de ninguna manera, como un órgano jurisdiccional nacional.

También aprecia que el tipo de resolución que evacua la CNMC es claramente de tipo administrativo, lo que excluye su consideración de jurisdiccional. La naturaleza del procedimiento sancionador intimado para la exención de la responsabilidad que proceda, y, en su caso, para la anulación del Convenio Colectivo, es de tipo administrativo, burocrático, no de naturaleza y carácter jurisdiccional.

El Tribunal disecciona la Ley y el Reglamento de funcionamiento de la CNMC para subrayar su carácter dependiente de un órgano del Estado, la naturaleza no decisoria de sus resoluciones, y el carácter burocrático administrativo de sus expedientes, concluyendo que “*el procedimiento sancionador ante la CNMC se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional y no forma parte del ejercicio de las funciones jurisdiccionales*” (§ 48).

La conclusión a todo esto es clara y diáfana: la cuestión planteada es inadmisibile.

E) Apunte final

27. La CNMC parte en su planteamiento, a mi modo de ver erróneamente, de la premisa de que algunas de sus competencias son de naturaleza jurisdiccional. No es la primera vez que este tipo de órganos administrativos asumen cuestiones decisorias, pero generalmente formando parte de una instancia

previa a la de orden jurisdiccional. Es evidente, se mire como se mire, que este tipo de “*Tribunales*” (tengan la denominación que tengan, incluso alguna que evoca competencias jurisdiccionales) no forman parte del Poder Judicial, no están servidos por jueces o magistrados independientes e inamovibles, y no rigen sus procedimientos mediante reglas normativas que pretendan dirimir conflictos jurídicos de intereses entre partes mediante un juicio “*jurisdiccional*” propiamente así nombrado. Es claro y evidente que se debaten cuestiones importantes desde el punto de vista económico, laboral, y social, pero que ellos sea así, y que incluso se proponga la resolución de algunos problemas, y que incluso su decisión en primera instancia sea obligatoria para las partes, no significa que su naturaleza sea jurisdiccional. Si bien se mira, cualquier decisión administrativa en su más alta esfera, decide cuestiones afectantes a personas, intereses, o economías, pero no por ello se reclama la naturaleza jurisdiccional de la decisión, ni del órgano que la propone.

Además, la característica fundamental de la resolución de controversias ante los Tribunales de justicia es que se está ejerciendo un “*juicio jurisdiccional*”, es decir, se está resolviendo la controversia mediante unos mecanismos propios y característicos para poder adoptar una decisión definitiva sobre el asunto con carácter imperativo tanto para las partes en conflicto, para los terceros interesados en el asunto, incluyendo el poder público AA.PP. que lo sirven en beneficio de todos.

7. STJUE de 11 de noviembre de 2020 [C-300/19] *UQ y Marclean Technologies c. Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial*. Despido colectivo y periodo de referencia que debe tenerse en consideración para el cómputo de los admisibles.

A) Hechos del litigio principal

28. El último día de mayo de 2018 el trabajador UQ fue despedido por la empresa de forma correcta en la forma. Se reconoció por ésta la improcedencia del despido y se abonó la indemnización que procedía. En junio de ese mismo año el trabajador presenta demanda por despido en la que solicita la nulidad del acaecido. Queda constatado que entre el 31 de mayo, fecha del despido del trabajador, y el 14 de agosto de 2018, cesaron en la empresa 7 trabajadores: cuatro por circunstancias no imputable a la persona del trabajador, dos por cese voluntario, y uno por finalización del contrato.

El 15 de agosto de ese mismo año la empresa contratante finaliza sus actividades de forma total y definitiva, procediendo a cesar a los 29 trabajadores que, en ese momento, tenía empleados, es decir todos los de la empresa. Una circunstancia muy interesante y que es conveniente subrayar es que al día siguiente del cese estos 29 trabajadores comenzaron a ejercer sus laborales profesionales para otra empresa distinta, empresa que (en principio, pues nada hace suponer lo contrario) no formaba parte del anterior, ni tenía ninguna relación con ella. No formaba parte de un grupo, no tenía relaciones de subordinación con aquella, ni se ha producido, en puridad, un fenómeno de subrogación empresarial.

El cese de los trabajadores (los 29 últimos contratos de trabajo de la empresa), se produce, al parecer, de forma voluntaria. Al menos así consta en la documentación que la empresa que termina su actividad aporta al juzgado correspondiente. No se discute esta circunstancia, ni está puesta en cuestión. El asunto jurídico técnico debatido no pivota sobre esta problemática.

El trabajador recurrente, UQ, aprecia, y esto si es lo nuclear que trata esta resolución, que la coincidencia entre los ceses voluntarios puede estar encubriendo, en realidad, un despido colectivo orquestado por la empresa, gota a gota, para eludir, precisamente, las reglas jurídicas relativas al despido colectivo, particularmente aquellas que tienen relación con la implementación de periodos de consultas con los representantes de los trabajadores. Se reclama, en definitiva, la aplicación de las normas y garantías que el ordenamiento jurídico comunitario implementa para la ordenación de este tipo de ceses laborales masivos.

La empresa despedidora niega la mayor, y aporta en la documentación jurisdiccional del despido las causas reales del mismo, básicamente un descenso de la actividad en la empresa y también determinados incumplimientos contractuales. Es decir arguye motivos disciplinarios que tienen directa relación con el trabajador afectado, y no con el puesto de trabajo considerado. Desde este punto de vista

si el despido fuera considerado disciplinario, escaparía de su computación dentro del volumen de despidos colectivos.

Al juzgado de lo social competente, el encargado de analizar el despido intimado por UQ, le surgen dudas con respecto al número de trabajadores despedidos, al menos 30 y hasta 35 en su caso, no teniendo claro si estamos en presencia de un despido colectivo.

B) Cuestión jurídica debatida

29. Básicamente se trata de analizar cómo se computan el volumen de despidos a efectos del establecimiento de la reglas de garantía de la norma comunitaria. En una palabra, se trata de apreciar el *dies a quo* del cómputo de los despidos para que tengan la consideración de colectivo.

No hay duda para el juzgador que durante los 90 días siguientes a partir de la fecha del despido del trabajador se produjeron en la empresa 35 extinciones de contratos computables a efectos del cálculo del número de despidos en el sentido de la normativa comunitaria.

Sin embargo el juzgador precisa, que según la interpretación que a esta cuestión le da la jurisprudencia nacional, el periodo de 90 días que implementa normativa comunitaria debe apreciarse exclusivamente hacia atrás, tomando como referencia la fecha del despido impugnado, es decir la del trabajador UQ ahora recurrente. Es decir, que el periodo de 90 días se contará desde el de la fecha del despido impugnado hacia atrás. También precisa, que según la normativa patria, es posible, apreciar el cómputo del plazo de los 90 días hacia adelante, pero, y esto es fundamental en la apreciación de estas circunstancias, siempre y cuando se constate que la empresa ha actuado fraudulentamente, castigando, básicamente, el goteo de despidos que empresarialmente puedan producirse con el propósito de evitar la reglas de garantía (consultas y participación con los trabajador) que las normas formulan al respecto.

No tiene dudas al juzgador sobre la aplicación de la norma comunitaria, ni están en discusión la apreciación fáctica de la realidad acaecida. No es dudoso, tampoco, la inclusión de los 29 despidos en el cómputo de los periodos de 90 días. Lo que no tiene claro el juzgador, y esto es básicamente lo que pregunta en la cuestión prejudicial, es si la normativa comunitaria puede entenderse aplicable para que se compute el plazo de 90 días después de la fecha en que tuvo lugar el despido ahora jurisdiccionalizado. Es decir, si el plazo de 90 días puede computarse también hacia adelante, y no exclusivamente -y limitadamente- hacia atrás, como ha sido característico.

Según aprecia el tribunal de justicia el juzgado entiende que la finalidad de consulta y participación estaría más garantizada, tendría más rigor técnico jurídico, si se tomas en consideración el periodo de referencia tanto antes como después de la fecha del despido del trabajador afectado (§ 20). No es baladí esta cuestión pues está en juego la aplicación efectiva de los principios comunitarios que anidan en la norma.

C) Normativa en presencia

30. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

Art. 51 ET.

D) Resolución del Tribunal

31. Lo que se trata de dilucidar en la cuestión prejudicial es si la normativa de despidos colectivos comunitaria debe interpretarse en el sentido de apreciar el periodo de referencia tomando como eje el despido individual exclusivamente hacia atrás en todo caso, y hacia delante únicamente cuando habido una actitud fraudulenta por parte del empresario, o si, por el contrario, el periodo de referencia

funciona en todo caso desde el despido individual cuestionado hacia delante no solo en supuestos de fraude de ley o abuso de derecho por parte del empresario.

El tribunal entiende, con buen criterio, que los métodos de computación de los despidos colectivos expuestos por el juzgador remitente de la cuestión prejudicial no son conformes a la directiva 98/59. Básicamente porque con ello limita la operatividad funcional de la misma y cercenan sus principios inspiradores.

Limitar, como se pretende, el periodo de referencia, o bien de manera exclusiva al tiempo anterior al despido impugnado individual, o al posterior a dicho despido pero únicamente en fraude de ley, abuso de derecho, o fraudulencia empresarial, “*podría restringir los derechos de los trabajadores afectados, dado que ambos métodos impedirían computar los despidos producidos dentro de un periodo de 30 o 90 días, pero fuera de este periodo anterior o posterior, aun cuando la totalidad de los despidos hubiera superado el número requerido...*”, por la normativa comunitaria (§ 32).

Sin embargo, el tribunal al analizar el tercer método de computación que plantea el juzgador, básicamente aquel que no tienen consideración el propósito fraudulento del empresario, sino únicamente el tiempo en el que se han producido los despidos, considera que es el más razonable de todos. Así, la norma comunitaria debe interpretarse en el sentido que da cobertura a la computación desde el día del despido individual cuestionado tanto hacia atrás en el tiempo, como hacia delante, incluso en supuestos en que no habido fraude o intención tortillera o fraudulenta del empresario (§ 34).

Este es el método de cómputo que más garantiza los derechos de los trabajadores, el que inspira la normativa comunitaria, y el que debe adoptarse en este caso

E) Apunte final

32. El criterio adoptado es bastante razonable. Entender que el periodo de garantía puede extenderse tanto hacia atrás en el tiempo como hacia adelante, teniendo en consideración la fecha del despido cuestionado, es lo más garantista para la consideración del despido como colectivo.

Es cierto que puede producirse desde un punto de vista de técnica procesal un cierto desarreglo en ese cómputo. Es raro analizar un despido que ya sucedió desde la óptica de lo que acontece tras él, pero parece una perspectiva que atiende muy bien a la realidad económico empresarial que orchestra el despido colectivo como una forma de optimización de beneficios. Operar solo con una regla de cómputo hacia atrás teniendo como fecha eje la del despido cuestionado permite que el empresario pueda ir jugando, contando los plazos de prescripción de 20 días del despido individual para la impugnación del despido, con operar un goteo inclemente de despidos individuales que desangren la regla de garantía colectiva que supone la implementación de periodos de consulta, el tránsito de información, etc.