

Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2021

Chronicle of international labor jurisprudence 2021

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

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

Recibido: 09.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7214

Resumen: En el año natural 2021 no se han dictado resoluciones del Comité de Libertad Sindical que afecten al estado español. Tampoco se han evacuado pronunciamientos del TEDH en materia laboral o de protección social en los que España haya sido parte. Sí contamos, como suele cada vez ser habitual, con numerosas resoluciones del TJUE de contenido social en los que el estado ha sido parte. De los 20 asuntos que resuelven cuestiones prejudiciales que devuelve la base de datos CURIA se han analizado los siguientes, por ser los especialmente relevantes.

La **STJUE de 21 de enero de 2021 [C-843/19] INSS y BT**, aborda la adecuación al ordenamiento comunitario de la regla patria que impide acceder a la jubilación anticipada a las personas trabajadoras empleadas en el hogar familiar que reciban un complemento por mínimos en su pensión.

La temática sobre la que se pronuncia el **ATJUE de 3 de marzo de 2021 [C-841/19] JL y Fondo de Garantía Salarial** es sobre si los límites que fija la normativa nacional sobre el abono de parte del salario por parte del Fondo de Garantía Salarial en los supuestos de trabajos a tiempo parcial son acordes al acervo comunitario.

La **STJUE de 12 de mayo de 2021 [C-130/20] YJ e INSS**, versa, en un asunto ya tratado anteriormente por el propio tribunal, sobre la exclusión del complemento de jubilación que se devenga por haber tenido hijo en edad activa laboral a aquellas mujeres que acceden a la jubilación de manera anticipada voluntariamente.

El **ATJUE de 2 de junio de 2021 [C-103/19] Sindicato único de Sanidad e Higiene y Sindicato de Sanidad de Madrid y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid**, trata dos temas: la reclasificación operada del personal temporal, y el acceso limitado a las pruebas selectivas de consolidación del personal temporal.

La **STJUE de 3 de junio de 2021 [C-726/19] Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario y JN** aborda un tema ya recurrente en nuestro ordenamiento jurídico, cuál es la extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en una Administración Pública.

El problema jurídico tratado en la **STJUE de 3 de junio de 2021 [C-942/19] Servicio Aragonés de Salud y LB** plantea la posibilidad de solicitar una excedencia un puesto de trabajo fijo para ocupar otro de carácter temporal en otra Administración Pública.

La **STJUE de 24 de junio de 2021 [C-550/19] EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., y Acciona Agua, S.A.** plantea la subrogación empresarial de un trabajador en la prestación de un servicio público.

La **STJUE de 14 de octubre de 2021 [C-244/20] F.C.I. y INSS**, trata, como en otras ocasiones, de la discriminación en el acceso a una pensión de viudedad para el supérstite que no había constituido la formalización de la pareja de acuerdo con las normas del ordenamiento español

El **ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-151/21] *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y BF***, examina el disímil trato que recibe el percibo del complemento de antigüedad en las relaciones laborales, de duración determinada e indefinida

Muy interesante es el **ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-226/21] *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha***, que analiza el diferente trato en relación con las guardias localizadas en los servicios de salud que el ordenamiento dispensa a los trabajadores con vínculo estable en relación con los de relación laboral determinada.

Palabras clave: Jubilación anticipada, empleados de hogar, trabajadores a tiempo parcial, garantías del salario, Fogasa, complemento de jubilación por haber tenido hijo, exclusión para modalidades de jubilación anticipada, consolidación de personal eventual en el empleo público, interinidad por cobertura de vacantes, Administración Pública, excedencia para ocupar otro puesto en la Administración Pública, subrogación empresarial, transmisión de empresas, pensión de viudedad, correcta constitución de una pareja de hecho, complemento de antigüedad, diferencia de trato dependiente de si la duración de la relación laboral es determinada o indefinida, guardias localizadas en servicios de salud, Diferencia de trato en relación a la naturaleza, estable o temporal, del vínculo jurídico.

Summary: In the calendar year 2021, no resolutions of the Committee on Freedom of Association have been issued that affect the Spanish state. Nor have the ECHR pronounced on labor or social protection matters in which Spain has been a party. We do have, as is increasingly the case, numerous CJEU resolutions of social content in which the state has been a party. Of the 20 cases that resolve preliminary questions returned by the CURIA database, the following have been analyzed, as they are especially relevant.

The **STJUE of January 21, 2021 [C-843/19] *INSS and BT***, addresses the adequacy to the community system of the homeland rule that prevents access to early retirement to workers employed in the family home who receive a supplement for minimum on your pension.

The issue on which the **ATJUE of March 3, 2021 [C-841/19] *JL and Salary Guarantee Fund*** pronounces is whether the limits set by national regulations on the payment of part of the salary by the Salary Fund Salary guarantee in cases of part-time jobs are in accordance with the *acquis communautaire*.

The **STJUE of May 12, 2021 [C-130/20] *YJ and INSS***, deals, in a matter previously dealt with by the court itself, on the exclusion of the retirement supplement that accrues for having had a child of active working age to those who voluntarily access early retirement.

The **ATJUE of June 2, 2021 [C-103/19] *Single Union of Health and Hygiene and Union of Health of Madrid and Ministry of Health of the Community of Madrid***, deals with two issues: the reclassification operated by temporary personnel, and the limited access to selective consolidation tests for temporary staff.

The **STJUE of June 3, 2021 [C-726/19] *Madrid Institute for Rural, Agrarian and Food Research and Development and JN*** addresses an already recurring issue in our legal system, which is the termination of an interim contract for coverage of vacancy in a Public Administration.

The legal problem dealt with in the **STJUE of June 3, 2021 [C-942/19] *Aragonese Health Service and LB*** raises the possibility of requesting a leave of absence for a permanent job to occupy another temporary one in another Public Administration.

The **STJUE of June 24, 2021 [C-550/19] *EV and Obras y Servicios Públicos, S.A., and Acciona Agua, S.A.*** raises the business subrogation of a worker in the provision of a public service.

The **STJUE of October 14, 2021 [C-244/20] *F.C.I. and INSS***, deals, as on other occasions, with discrimination in access to a widow's pension for the survivor who had not constituted the formalization of the couple in accordance with the norms of the Spanish legal system

The **ATJUE of December 13, 2021 [C-151/21] *Health Service of Castilla-La Mancha and BF***, examines the dissimilar treatment received by the seniority complement in labor relations, of fixed and indefinite duration.

Very interesting is the **ATJUE of December 13, 2021 [C-226/21] *KQ and the Castilla-La Mancha Health Service***, which analyzes the different treatment in relation to the guards located in the health services that the system provides to workers with a stable relationship in relation to those with a specific employment relationship.

Keywords: Early retirement. Home employees, part-time workers, salary guarantees, Foggy, retirement supplement for having a child, exclusion for early retirement modalities, consolidation of temporary personnel in public employment, interim for covering vacancies, public administration, leave of absence to occupy another position in the Public Administration, business subrogation, transfer of companies, widow's pension, correct constitution of a de facto couple, complement of seniority, difference in treatment depending on whether the duration of the employment relationship is determined or indefinite, guards located in health services, difference in treatment in relation to the nature, stable or temporary, of the legal bond.

Sumario: I. Tribunal de justicia de la Unión Europea. 1. STJUE de 21 de enero de 2021 [C-843/19] *INSS y BT*. 2. ATJUE de 3 de marzo de 2021 [C-841/19] *JL y Fondo de Garantía Salarial*. 3. STJUE de 12 de mayo de 2021 [C-130/20] *YJ e INSS*. 4. ATJUE de 2 de junio de 2021 [C-103/19] *Sindicato único de Sanidad e Higiene y Sindicato de Sanidad de Madrid y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid*. 5. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-726/19] *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario y JN*. 6. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-942/19] *Servicio Aragonés de Salud y LB*. 7. STJUE de 24 de junio de 2021 [C-550/19] *EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., y Acciona Agua, S.A.* 8. STJUE de 14 de octubre de 2021 [C-244/20] *F.C.I. y INSS*. 9. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-151/21] *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y BF*. 10. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-226/21] *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*.

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 se ha extraído de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Cohesión económica, social y territorial; Derechos fundamentales; Educación, formación profesional y juventud; Empleo; Estatuto de los funcionarios y régimen aplicable a los otros agentes; Fondo Social Europeo (FSE); Libertad de establecimiento; Libre circulación de los trabajadores; Libre prestación de servicios; No discriminación; Política social; Protección de datos; Salud pública; y Seguridad social.*

De los 20 asuntos que devuelve la base de datos se han seleccionado los 10 que muestran un interés directamente relacionado con cuestiones sociolaborales.

2. STJUE de 21 de enero de 2021 [C-843/19] *INSS y BT*. Jubilación anticipada voluntaria de personas trabajadoras del hogar familiar.

A) Hechos del litigio principal

3. La resolución de la cuestión prejudicial aborda un tema especialmente relevante y que quizá vaya a tener una corrección legislativa en las próximas fechas: la posibilidad de acceder a la pensión de jubilación anticipada voluntaria para las personas trabajadoras empleadas en el hogar familiar mediante la relación laboral especial. La modificación de este régimen especial de contratación se encuentra en la agenda ministerial, y no sería extraño la modificación de esta relación laboral especial en este curso político.

B) Cuestión jurídica debatida

4. Los hechos acaecidos son relativamente sencillos, y, además, bastante frecuentes e la práctica, en la realidad. La demandante solicita del INSS una pensión de jubilación anticipada con 63 años de

edad. Acredita cotizaciones por más de 14.000 días en el régimen, actualmente integrado en el general, que el ordenamiento español prevé para este tipo de actividades. El INSS le deniega la pensión básicamente porque no cumplía el requisito legal de que el importe de la pensión que causara cuando tuviera la edad ordinaria de jubilación fuese superior al importe de la cuantía mínima que el sistema prevé para (cualquier de) las pensiones de jubilación del sistema de Seguridad Social.

El Juzgado de lo Social que resuelve la impugnación jurisdiccional de dicha resolución administrativa entiende que dicho parecer técnico constituye una discriminación indirecta hacia las mujeres contrario al ordenamiento comunitario, por dos razones. En primer lugar, porque el sector de las empleadas de hogar está mayoritariamente integrado por mujeres y la aplicación de la regla técnica objetivamente las discrimina. Y, en segundo lugar, porque incluso aunque un trabajador se emplee en dicho régimen especial durante un período de tiempo muy elevado (44 años y medio de cotización) no tendría derecho a una pensión de jubilación de manera anticipada.

El recurso impetrado frente a la resolución del Juzgado de instancia es abordado por el TSJ competente, que suspende el procedimiento y plantea la cuestión prejudicial ahora resuelta con esta resolución.

El problema jurídico técnico en discusión es que el ordenamiento laboral impide el acceso a la jubilación anticipada a aquellas personas trabajadoras que no puedan acceder a una pensión de jubilación cuando cumplan la edad ordinaria **años** que se encuentre por encima de la cuantía de la pensión mínima legal del sistema. Es una regla de garantía que se relaciona con la implementación de los complementos a mínimos que integran las pensiones cuando, por la forma técnica de averiguación, el resultado cuantitativo de la misma se encuentre por debajo de la pensión mínima legal. En condiciones ordinarias el trabajador que se encuentre en esta situación accederá, a la edad de jubilación ordinaria, a la pensión estándar de jubilación que necesaria y obligatoriamente se verá suplementada con un complemento para que alcance el mínimo de la pensión del sistema.

En definitiva, la norma jurídico técnica patria impide el acceso a la jubilación anticipada a aquellas personas que necesitarán un complemento de mínimos cuando accedan a la pensión de jubilación ordinaria por razón de edad.

De lo que se trata, en definitiva, es de apreciar la bondad de la norma que impide el acceso a la jubilación anticipada cuando los cotizantes no hayan adquirido, por sus propias cotizaciones, el derecho a la pensión mínima del sistema sin necesidad de complementos que la suplementen hasta la cuantía mínima legal.

El órgano jurisdiccional proponente de la cuestión prejudicial aprecia dos circunstancias muy relevantes al caso. En primer lugar, que esta imposibilidad de acceso a la jubilación anticipada voluntaria no se produce cuando se accede a la jubilación anticipada por reestructuraciones empresariales, es decir, por circunstancias que no dependen de la voluntad del sujeto. Y, en segundo lugar, que desde un punto de vista estadístico efectivamente el 89 % de los empleados en ese régimen especial de trabajadores del hogar familiar son mujeres, aunque entiende que para apreciar la discriminación indirecta la comparación debería efectuarse con el conjunto de los afiliados al **Régimen** General de la Seguridad Social, es decir, en relación con el ámbito subjetivo sobre el que se proyecta la norma cuestionada, la norma que impide acceder a la jubilación anticipada cuando no se causa derecho a la pensión mínima de jubilación.

Es importante apreciar que la regla que impide el acceso a la jubilación anticipada no es específica del régimen protector de Seguridad Social del hogar familiar (que ya no existe como tal al haberse integrado en el Régimen General), sino que, por el contrario, es una regla técnica prevista con carácter general para cualquier tipo de sujeto afiliado y en alta en el Régimen General. No es una regla, por tanto, destinada exclusivamente a las personas trabajadores que se dedican al hogar familiar, sino que su ámbito subjetivo de proyección abarca a cualquier tipo de trabajador de cualquier sector de actividad profesional.

Sí es importante destacar, desde el punto de vista estadístico, que los datos facilitados por el ministerio encargado de la Seguridad Social revelan que efectivamente es infinitamente superior el porcentaje de mujeres que reciben los complementos a las pensiones de jubilación para alcanzar la cuantía mínima legal de cualquier pensión de jubilación.

C) Normativa en presencia

5. 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.

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.

Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre): arts. 59 y 208.

D) Resolución del Tribunal

6. El tribunal comienza afirmando que ya ha tenido ocasión de declarar que el derecho comunitario no se opone, en principio, a una disposición nacional que supedita el acceso a la pensión de jubilación anticipada a que el importe de la pensión a la que el solicitante tendría derecho alcance la cuantía de la pensión mínima que percibiría al cumplir la edad ordinaria de jubilación. Véase, en este sentido, la STJUE de 5 de diciembre de 2019 (C-398/18 y C-428/18) *Bocero Torrico y Bode*, especialmente sus §§ 25 a 27.

También precisa que la normativa nacional cuestionada no parece contravenir de forma directa la discriminación protegida por el ordenamiento comunitario. De igual modo no aprecia que pueda deducirse una discriminación indirecta por la exclusiva aplicación de la regla controvertida en este litigio. Es cierto, no obstante, que el volumen de mujeres que acceden a la pensión ordinaria de jubilación con complementos para alcanzar el mínimo legal es mucho mayor que el de los hombres, pero de la resolución se deduce que no se le puede achacar esta consecuencia al funcionamiento técnico de la regla controvertida, que no deja de ser una regla de garantía financiera del sistema

Por otro lado, debe constatar si la regla técnica cuestionada responde a un objetivo general de política social. Si así fuese, la regla técnica no tendría tacha alguna de irrazonabilidad. Y, sobre este punto, el argumento que se despliega en el § 36 parece muy contundente: se entiende que la exclusión del acceso de una pensión de jubilación anticipada a las personas que deciden adelantar su jubilación sin asegurarse que van a lucrar la pensión mínima a la edad ordinaria sin complementos lo que pretende es mantener la viabilidad del sistema de Seguridad Social, sin perder el equilibrio que gobierna su sostenibilidad, que se sustenta en un eje sobre el que giran dos vectores, el tiempo de vida activa y el transcurrido en situación de jubilación, pues el acceso incondicionado y sin restricciones a una jubilación anticipada podría tener graves consecuencias para la sostenibilidad financiera del sistema en su conjunto.

El tribunal afirma, por último, que aunque si bien es cierto que las consideraciones de tipo presupuestario no pueden justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos, los objetivos que pretendan el apuntalamiento financiero del sistema pueden considerarse objetivos legítimos de la política social.

En definitiva, y en conclusión, los objetivos de suficiencia financiera del sistema, argüidos tanto por el INSS como por el Gobierno español pueden, en principio, justificar una diferencia de trato en perjuicio de aquellos trabajadores del servicio del hogar familiar que resulten afectados por la regla técnica cuestionada (§ 39), básicamente porque la aplicación de la misma resulta apta para cumplir dichos objetivos (§ 40), siendo aplicada con carácter general de forma objetiva y sistemática para todos los trabajadores incluidos en el régimen general de la Seguridad Social (§ 41).

Por último, el Tribunal aprecia que el hecho de que esta causa de exclusión del acceso a la jubilación anticipada solo sea operativa para cuando la solicitud de jubilación anticipada sea voluntaria, y no lo sea para cuando el acceso a dicha jubilación anticipada lo sea por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora (básicamente crisis empresariales), juega a favor de la apreciación de la regla técnica como mecanismo que garantiza la suficiencia del sistema (§ 42)

E) Apunte final

7. No parece aventurado afirmar que la decisión del Tribunal hubiera sido distinta si la regla enjuiciada hubiera estado contenida en una norma que regulase la protección social de las personas trabajadoras dedicadas al hogar familiar. No hubiera existido problema alguno en apreciar que la norma, en apariencia neutra, perjudica indirectamente a las mujeres. Pero la regla que impide el acceso a la jubilación anticipada es para todas las personas incluidas en el régimen general de la Seguridad Social, no específicamente para las dedicadas al servicio del hogar familiar. Y aunque, como se reconoce, es cierto que las mujeres disfrutaban más de los complementos de las pensiones para llegar al mínimo legal, no puede imputarse a la norma cuestionada un efecto discriminatorio, ni directo ni indirecto.

Iniciamos el comentario de esta resolución indicando que probablemente la acción legislativa patria modificara esta problemática para dar cabida a la jubilación anticipada para las empleadas de hogar. Por dos razones. En primer lugar, porque los empleados de hogar han gozado, hasta hace relativamente poco tiempo, de un régimen especial de Seguridad Social que ha aterrizado en el general integrándose dentro de él mediante una serie de normas transitorias con el propósito de podar el sistema de regímenes especiales, edificando un régimen general de amplia base subjetiva y de prestaciones homogéneas para todo tipo de trabajadores. La integración ha producido, como quizá no pudiera ser de otra manera, algunos problemas de homogeneización, del que el expuesto en esta resolución no es sino solamente uno de ellos, y no el más problemática. Y, en segundo lugar, porque la STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20) *CJ* y *TGSS* ha destartado el sistema protector para este colectivo de trabajadores, al no entender razonable la exclusión de estos trabajadores del sistema protector por desempleo (al que no cotizan). Sobre el tema, y sobre todo, sobre el informe del Abogado General Szpunar al asunto C-389/20 véase el post que redacté en mi blog, que puede leerse en el siguiente link: <https://aariasdominguez.blogspot.com/2021/10/131-algo-se-mueve-en-la-prestacion-por.html>

Téngase en consideración, además, que el Gobierno Español es muy sensible a las cuestiones de género, y es una evidencia, se mire como se mire, que estamos en presencia de un sector laboral altamente feminizado, con condiciones laborales precarias necesitadas de un *aggiornamento* legislativo.

8. ATJUE de 3 de marzo de 2021 [C-841/19] *JL* y *Fondo de Garantía Salarial*. Trabajadores a tiempo parcial. Insolvencia empresarial. Fogasa. Límite del abono de esos créditos.

A) Hechos del litigio principal

9. Otra cuestión, una más, relacionada con el trabajo a tiempo parcial, verdadero campo de batalla del ordenamiento jurídico español en el Tribunal de Justicia. Porque son muchas, y de muy variada complejidad, las cuestiones que sobre esta forma de trabajar se han elevado, formando un corpus jurisdiccional de gran formato, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como, sobre todo, desde el cualitativo.

B) Cuestión jurídica debatida

10. El trabajador que motiva este pleito es un varón, aspecto relevante para la discriminación directa que pretende por razón de sexo, básicamente porque no la padece, aunque sí sirve de argumento al momento de plantear la cuestión prejudicial.

Los hechos controvertidos sucedieron de la siguiente forma. El trabajador se emplea como camarero para una empresa en una modalidad contractual de duración determinada y a tiempo parcial del 50 % de la jornada a tiempo completo comparable, es decir 20 horas semanales de trabajo efectivo, recibiendo, por tanto, la remuneración proporcional que le corresponde según el convenio colectivo aplicable.

En julio de 2018 el trabajador es despedido. El órgano judicial encargado de juzgar su pretensión de resarcimiento declara el despido improcedente, condenando a la empresa al abono de una

determinada indemnización (de 433,13€), y sobre todo, al abono de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la sentencia, los denominados salarios de tramitación, por un importe significativo (6.170,75 €)

En diciembre de ese año la empresa es declarada insolvente, haciéndose, por tanto, cargo el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) de las deudas salariales e indemnizaciones que todavía no se habían satisfecho.

El problema técnico está en que el Fogasa no se hace cargo de la totalidad de las deudas salariales o indemnizaciones, sino que aplica la legislación laboral que reduce el quantum indemnizatorio de lo debido, abonando únicamente el doble del Salario Mínimo Interprofesional diario.

El trabajador presenta una demanda judicial contra el Fogasa con el objeto de impugnar el importe que el fondo había decidido abonarle.

Según prevé el art. 33 ET en supuestos de insolvencia empresarial el abono del que se hace responsable el fondo debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada que realiza el trabajador a tiempo parcial en relación con la ordinaria de un trabajador del mismo convenio a tiempo completo comparable.

El órgano judicial considera que el funcionamiento técnico de esta regla conduce a una “*doble reducción*” en perjuicio del trabajador, básicamente porque se aplica una regla de reducción proporcional de lo debido en relación con el porcentaje de reducción de jornada del trabajador, agravándose esa regla porque sólo se hace cargo el Fogasa de los salarios debidos hasta el duplo del Salario Mínimo interprofesional.

Entiende, en definitiva, que esta doble reducción constituye una desventaja muy significativa de los trabajadores a tiempo parcial, y por eso suspende el procedimiento y plantea ante el tribunal de justicia la cuestión prejudicial que con este Auto encuentra cumplida respuesta.

C) Normativa en presencia

11. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social.

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 hombre y mujeres en asunto de empleo y ocupación.

Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Estatuto de los Trabajadores: art. 33.

D) Resolución del Tribunal

12. El Tribunal entiende que la regla nacional por la cual el Fogasa se hace cargo únicamente de parte de los salarios e indemnizaciones debidas a los trabajadores no es contraria a la dinámica normativa comunitaria. Tampoco lo es la regla que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial, reduce proporcionalmente dichas indemnizaciones en idéntica proporción a la reducción que experimenta la jornada en relación con un trabajador a tiempo completo comparable.

Más allá de alguna escaramuza sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial, la resolución del asunto se efectúa mediante Auto, al permitir hacerlo así el Reglamento de procedimiento del propio tribunal para cuando la respuesta a la cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, o para cuando el asunto no suscite dudas conflictivas para su resolución

El Tribunal entiende, sin ningún género de dudas, que no se produce la doble reducción argüida, porque el funcionamiento de la regla técnica de abono de los salarios dejados de percibir “*no se efectúa sobre la base del salario reducido del trabajador a tiempo parcial, sino sobre la cuantía del salario*”

mínimo interprofesional diario multiplicada por dos. Así pues no supone una reducción adicional, sino que se determina de la misma manera que el salario del trabajador a tiempo parcial a saber mediante la toma en consideración de la jornada de este último” (§ 40), apreciando que esa reducción queda amparada por la normativa comunitaria (§ 45), principalmente porque el ajuste de la norma patria “puede garantizar la misma cuantía máxima de pago, por el Fogasa, de los créditos impagados de los trabajadores por hora trabaja y, por ello, favorecer la igualdad de trato” (§ 46).

E) Apunte final

13. El mito del trabajo a tiempo parcial, tan extendido en Europa, generalmente en contexto de empleo estable, escasa precariedad laboral y cotas razonables de desempleo, nunca ha tenido un arraigo real en España. Probablemente por dos razones. En primer lugar, porque la perspectiva empresarial que se proyecta sobre el trabajo a tiempo parcial no parte de la premisa de una utilización voluntaria por las personas trabajadoras, sino sobre la realidad del menor coste (salarial y social) para el empresario. Y, sobre todo, en segundo lugar, porque España soporta unas cotas de desempleo masivo incompatibles con cualquier sistema de organización racional de la mano de obra que permita diseccionar el volumen de horas necesidades de atención por los trabajadores.

Que el Fogasa **sólo satisfaga únicamente** parte de los salarios e indemnizaciones dejados de percibir por las personas trabajadoras en supuestos de insolvencia del empresario es una regla tradicional en nuestro ordenamiento jurídico. Se hace teniendo en consideración el tope del duplo de los Salarios Mínimos Interprofesionales diario dejados de percibir, aunque quizá pudieran idearse otras soluciones. Y efectivamente la aplicación del límite experimenta una reducción para los trabajadores a tiempo parcial. Dicha reducción es porcentualmente idéntica a la reducción de jornada que experimenta la persona trabajadora en relación con trabajador a tiempo completo comparable.

Probablemente lo más razonable sería que el sistema abonase la totalidad de salarios e indemnizaciones hasta un determinado límite, con independencia de que se tratase de personas trabajadoras a tiempo completo o parcial, del tipo de contrato de trabajo, o del tiempo de duración de este.

Ese límite funcionaría como umbral de subsistencia, y su fijación numérica constituiría, naturalmente, el arco de bóveda sobre el que se sustentaría el sistema. Verlo desde la perspectiva con la que funciona actualmente es seguir vinculando el montante indemnizatorio del que se hace cargo el Fogasa en caso de insolvencia empresarial con el tipo de contrato y con el volumen de horas de actividad laboral. Una perspectiva muy “contractual”, pero poco atenta a las necesidades que cubre el salario: la atención a las necesidades de la persona trabajadora y su familia.

Quizá lo razonable fuese la implementación de un mecanismo corrector que tuviese en consideración esta perspectiva de protección social comentada, garantizando un mínimo para todas las indemnizaciones que cubriese el Fogasa en supuestos de insolvencia empresarial. De esta manera lo garantizado para el trabajador no dependería del volumen de jornada que haya trabajado, sino de las necesidades de la persona trabajadora.

14. STJUE de 12 de mayo de 2021 [C-130/20] YJ e INSS. Exclusión del complemento de maternidad por haber tenido hijos a trabajadoras jubiladas anticipadamente por propia voluntad

A) Hechos del litigio principal

15. Tras la concesión de la pensión de jubilación anticipada que solicitó la propia trabajadora se recurre por ella misma la resolución administrativa de concesión, básicamente, porque entiende que el INSS debería haberle añadido a la cuantía resultantes el complemento por maternidad que se prevé en el artículo 60 de la LGSS al haber tenido tres hijos mientras trabajaba.

El argumento del INSS para desestimar su pretensión pivota sobre la aplicación del complemento de maternidad y la interpretación que se deduce de su texto para no ser aplicable en aquellos

casos en los que se accede de manera anticipada a la jubilación por una decisión voluntaria expresa del solicitante.

La trabajadora presenta demanda ante el Juzgado de lo Social competente que es quien ha planteado la cuestión prejudicial ahora resuelta.

Entiende el juez proponente que a este caso debe ser aplicada la doctrina que emana de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C 450/18) WA c. INSS cuya doctrina básica, como se analizó en la crónica de jurisprudencia de 2019 que se publicó en CdT, dicta que el complemento de maternidad que regula la LGSS para complementar las prestaciones de las mujeres que han sido madres debe interpretarse en el sentido de no excluir de su percibo a los varones que se encuentre en idéntica situación. Un salto interpretativo un poco arriesgado, como se verá seguidamente.

El juez remitente de la cuestión entiende que no existen razones objetivas para que el razonamiento seguido por el tribunal de justicia en aquel caso no sea aplicable, *mutatis mutandis*, al actual.

B) Cuestión jurídica debatida

16. La proposición de la cuestión es muy clara, y es la que determina los términos del debate: **¿Se puede considerar que existe una discriminación, directa o indirecta, según el ordenamiento comunitario por la aplicación de la regla jurídica contenida en el art. 60.4 LGSS que excluye del complemento de maternidad a las mujeres que se hayan jubilado de manera anticipada de manera voluntaria?**

Ese es el ámbito de proyección de la cuestión y no otros. Ya se observó con anterioridad que la exclusión incondicionada de los varones para el acceso al complemento no era acorde al ordenamiento comunitario. Lo que se discute ahora es otro matiz de la aplicación de la regla jurídica: la exclusión del percibo del complemento a aquellas mujeres que acceden a la jubilación anticipada de manera voluntaria.

El interés que suele mostrar el TJUE por la protección financiera de los sistemas de Seguridad Social puede dar pistas muy fiables sobre cuál puede ser la línea interpretativa que se sostenga

Pero la resolución del tribunal no transita por ese camino. Recorre otro distinto, aquel que afirma que la discriminación por razón de sexo debe darse, para que sea operativa la Directiva comunitaria, entre personas de distinto sexo, es decir, entre hombres y mujeres (§ 20). Pero no puede ser predicable su aplicación en supuestos de aplicación de una regla técnico-jurídica que afecta a un solo de los sexos, en este caso a las mujeres (§ 21).

La directiva, por tanto, no puede aplicarse a esta situación, ya que el argumento por el cual se deniega el complemento de pensión por maternidad a las mujeres que se jubilan anticipadamente de manera voluntaria no se vincula, en ningún caso, con el sexo de la trabajadora afectada, sino con las condiciones de cotización previa o de acceso a la prestación de jubilación, siendo imposible deducir de las mismas una discriminación indirecta (§ 24).

C) Normativa en presencia

17. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo

El ya derogado art. 60 LGSS titulado “*Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*”, antes de la modificación de su texto por obra de la 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, que es el actualmente vigente, disponía, en su redacción original, que es la que se enjuicia en este asunto, que: “*1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.*”

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.*
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.*
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.*

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

2. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda.

[...]

4. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215.

No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda”.

También hay que tenerse presente el art. 208 LGSS cuando regula la Jubilación anticipada por voluntad del interesado.

D) Resolución del Tribunal

18. El tribunal entiende que la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social no es de aplicación a una normativa nacional, como la debatida, que establece un complemento de pensión por maternidad a favor de las mujeres que han tenido al menos dos hijos, biológicos o adoptado, aunque limite el acceso a dicho complemento a los supuestos de jubilación anticipada voluntaria.

E) Apunte final

19. El punto central para diferenciar cómo funciona el complemento y cuál es su mecanismo de garantía para el sostenimiento del sistema es la diferenciación práctica y operativa que existe entre la jubilación anticipada voluntaria y la jubilación anticipada por determinados motivos preestablecidos en la propia norma, generalmente relacionados con la pérdida de empleo y las dificultades para recuperarlo.

La regla general pretende la activación del complemento cuando (antes solamente la mujer) la persona trabajadora (también hombre) acceda a la jubilación a la edad ordinaria. Es el supuesto general que contiene pocas excepciones. Porque de lo que se trata de impedir, apoyándose en razones de sostenibilidad financiera del sistema, el acceso a dicho complemento a las personas trabajadoras que han accedido a la jubilación anticipada de manera voluntaria. Pero el propio ordenamiento plantea una excepción a este principio, que es que la pérdida del empleo por razones no voluntarias de la persona trabajadora en

fechas muy cercanas a la jubilación permita acceder a la jubilación, en vez de continuar en un mercado laboral especialmente dificultoso para las personas de edad cercana a la jubilación, constituyendo un supuesto de modalidad de jubilación anticipada obligada. En estos casos sí es perfectamente operativo el complemento de maternidad.

Es decir, la exclusión del complemento para las (antes sólo mujeres) personas trabajadora (ahora) que hayan accedido a la jubilación anticipadas de manera voluntaria tiene su razón de ser en la evitación de un perjuicio financiero al sistema de Seguridad Social. El razonamiento es evidente: si una trabajadora decide jubilarse de manera anticipada voluntariamente antes de la edad eje sobre la que pivota todo el sistema, detrayéndose un porcentaje de la base reguladora de la prestación de jubilación precisamente por acceder anticipadamente a la misma, parece razonable que no se suplemente la pensión con un complemento que está ideado, precisamente, para mitigar o reducir la brecha de género en esa prestación cuando se accede a ella. De esta lógica sólo escapa, precisamente aquellas personas trabajadoras que acceden a la jubilación anticipada de manera forzosa.

La solución que implementa el Tribunal es equilibrada, garantizando al percibo del complemento para aquellas personas trabajadores que efectivamente lo necesiten, pero teniendo en consideración la implementación de algunas reglas de garantía que apuntalen el sostenimiento financiero del sistema protector de Seguridad Social en su conjunto.

Desde el punto de vista del Derecho comunitario parece del todo razonable que no se predique la aplicación de una Directiva de discriminación sexual en el ámbito de la Seguridad Social cuando la cuestión debatida sea la aplicación técnica a dos situaciones jurídicas en las que se encuentran personas del mismo sexo.

20. ATJUE de 2 de junio de 2021 [C-103/19] *Sindicato único de Sanidad e Higiene y Sindicato de Sanidad de Madrid y Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Transformación de personal estatuario eventual en personal estatuario interino.*

A) Hechos del litigio principal

21. La cuestión prejudicial objeto de resolución por el Auto aquí reseñado se ha planteado en el contexto de un litigio entre varios sindicatos médicos contra la Consejería de Sanidad de una Comunidad a “*propósito de la modificación del tipo de personal estatuario de determinado personal temporal nombrado por dicho servicio que ocupa plazas vacantes*” (§ 2).

Los diferentes “*quehaceres*” de las Administraciones Públicas con respecto a su personal vistos desde fuera de sus razonamientos apegados a las técnicas leguleyas más vidriosas son, por decirlo en términos neutros, ‘estupeficientes’. No sólo porque cuando una circunstancia laboral, como la aquí descrita, sea difícil de explicar de manera sencilla es que, probablemente algo mal se está haciendo, sino, sobre todo, por el tipo de personal que sufre esos “*quehaceres*” de la Administración, especialmente sensible y digno de una tutela jurídica atenta a sus especificidades.

B). Cuestión jurídica debatida

22. La cuestión controvertida surge tras la impugnación por parte de los sindicatos de una reclamación ante el orden Contencioso-Administrativo en el que cuestionaban la validez jurídica de la Orden 406/2017. Este instrumento organiza un mecanismo de transformación del personal estatuario eventual en personal estatuario interino.

Se intima la nulidad de la Orden y se pretende que no genere efectos, básicamente porque la referida Orden, y esto es lo sorprendente, “*solo se aplica al personal temporal del Servicio Madrileño de Salud con nombramiento como personal estatuario eventual, y no al resto del personal temporal que haya cubierto necesidades permanentes de ese servicio*” (§ 17). Apréciase que el ámbito subjetivo de proyección de la Orden sólo alcanza a un tipo de personal temporal, y esto es lo que permite

sostener una discriminación en el trato que se le dispensa a los trabajadores con contratos de duración determinada.

Desde un punto de vista cuantitativo, en aplicación de la Orden 9126 personas trabajadores que estaban clasificadas como “*personal estatutario eventual*” fueron reclasificadas a “*personal estatutario interino*” en el Servicio Madrileño de Salud. Estas plazas continúan vacantes hasta su definitiva provisión mediante el oportuno concurso-oposición. Queda acreditado que estas personas trabajadoras se emplean, y aquí está otra de las aberraciones de los “quehaceres” Administrativos para cubrir necesidades ordinarias y permanentes del servicio. Más de 9000 personas es una cifra suficientemente voluminosa como para no considerar que, en realidad, está realizando funciones estructurales y permanente para la empleadora, que es, recordémoslo, una Administración Pública dedicada al cuidado y atención de la salud de los ciudadanos.

Otras de las cuestiones importantes es que sólo el personal temporal al que se le aplicó la controvertida Orden, es decir, el personal estatutario eventual que fue reclasificado como personal estatutario interino, puede aspirar a consolidar su situación profesional mediante la superación del correspondiente concurso-oposición. El asombro del lector de esta resolución ya no puede ir a más. O quizá sí, porque la no superación del referido concurso supondrá, sin más, la terminación de la relación laboral de estos trabajadores.

El Juzgado proponente de la cuestión entiende que el procedimiento implementado por la Orden 406/2017 no es compatible con el Acuerdo Marco de protección del trabajo de duración determinada, por tres razones. En primer lugar, porque la Orden excluye de su ámbito de aplicación al personal temporal que no esté vinculado al empleador por un nombramiento como personal estatutario eventual. Entiende, en segundo lugar, que la Orden “*vacía de contenido*” la Directiva 1999/70, al utilizar el empleador relaciones de servicio de duración determinada para la cobertura de necesidades ordinarias y permanentes del empleador. Y, en tercer lugar, porque la empleadora continua mantenimiento el carácter temporal de la relación de servicio, ya que los interinos solo disfrutaban de una relación de servicio permanente y estable tras la superación del correspondiente concurso público.

C) Normativa en presencia

23. Derecho de la Unión Europea.

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: art. 2; puntos 6 y 8 de las Consideraciones generales; cláusula 1; cláusula 5.1.

Derecho español

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: arts. 9, 20.1.a)

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: arts. 10, 61, 70,

Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud

D) Resolución del Tribunal

24. El Tribunal entiende que la normativa comunitaria impone que sea el **órgano jurisdiccional nacional** el que aprecie, teniendo presente las normas nacionales, si las medidas de reclasificación del personal estatutario eventual en personal estatutario interino, y su eventual consolidación tras la culminación de los procesos selectivos, son medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos que se deducen de la sucesiva aplicación de modalidades contractuales de relación determinada.

También aprecia que la normativa comunitaria no se opone a una normativa nacional que reserve sólo para el personal estatutario eventual la facultad de obtener la transformación en personal

estatutario interino, siempre que ello constituya una medida adecuada para prevenir o sancionar los abusos como consecuencia de la sucesiva utilización de contratos laborales de duración determinada.

E) Apunte final

25. La reclasificación del personal la cataloga el Tribunal como una medida posible para sancionar el abuso de las modalidades de duración determinada (§ 32). Ciertamente el embridamiento de los abusos en la contratación temporal es uno de los objetivos centrales de la política laboral comunitaria. Pero se entiende que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre cómo debe interpretarse los ordenamientos internos, pues esa competencia reside en los tribunales internos, siendo ellos quienes deben decidir si el mecanismo jurídico es idóneo para la consecución de los objetivos pretendidos (§ 34).

El problema quizá haya estado mal planteado. Se ha insistido en si la transformación o reclasificación es contraria a las normas comunitarias, orillando la perspectiva de las condiciones de trabajo y su relación con las necesidades permanente de personal por parte de la empleadora.

Es una resolución, en definitiva, que deja imprejuizado el fondo del asunto, que probablemente tendrá una deriva jurisdiccional nacional más que conflictiva y que, en el fondo, sigue dejando en manos de la Administración la consolidación de más de 9000 contratos temporales en un sector como el sanitario especialmente sensible a las alteraciones normativas y a las discriminaciones administrativas.

26. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-726/19] *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario y JN. Sucesivos contratos de duración determinada en el sector público.*

A) Hechos del litigio principal

27. En junio de 2003 el ente público parte en este proceso (el *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*) contrato laboralmente a la contraparte, el señor JN, mediante un contrato de duración determinada con el objeto de cubrir una plaza que se encontraba vacante en la oferta de empleo público del año anterior.

Tras un fallido concurso de traslados en 2005 en donde su puso en liza la plaza que ocupaba el señor JN interinamente y que nadie solicitó, el contrato fue prorrogado en 2008.

En el año 2009 se convocó de un proceso extraordinario de consolidación de empleo para (entre otros) los trabajadores laborales de la categoría profesional (auxiliar de hostelería) que desarrollaba el señor JN.

En julio de 2016 se adjudicaron las plazas a los candidatos seleccionados en el proceso de consolidación de empleo, recibiendo el señor JN una carta de despido en octubre de 2016 en la que, básicamente, se le indicaba que su contrato de trabajo había sido extinguido porque la plaza que ocupaba, que se había incluido en el proceso de consolidación de empleo, se había asignado a un trabajador fijo

El señor JN impugnó su despido ante la jurisdicción social. El Juzgado de lo Social competente en septiembre de 2018 dictó sentencia en la que estimaba parcialmente la demanda, considerando que la relación laboral que había desempeñado el señor JN había pasado a ser una relación “*indefinida no fija*” al haberse superado el plazo de tres años que prevé el art. 70 del EBEP para la organización de los procesos de cobertura de vacantes, condenándose también al ente público al abono de una indemnización por despido de 20 días de salario por año de servicio trabajado, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El recurso del ente público fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que entiende que “*el contrato de interinidad controvertido en el litigio principal fue recalificado como contrato por tiempo indefinido, habida cuenta de la imprevisibilidad de su fecha de expiración*” (§ 19), entendiendo que el retraso en la organización de los procesos selectivos de la cobertura de la vacante carecen de justificación en una relación laboral como la controvertida de más de trece años de antigüedad.

El Tribunal muestra sus dudas en relación con la conversión del contrato de interinidad controvertido en una relación laboral indefinida no fija, y entiende que la sucesiva suscripción de varios contratos de interinidad, o las prórrogas de éstos, se consideran abusivas, por lo que no procede la concesión de indemnización alguna. Por último, muestra sus dudas sobre la interpretación que hace el Juzgado de lo Social del art. 70 EBEP en relación con la conversión de la relación laboral interina en indefinida no fija, porque el Tribunal Supremo ha interpretado que el plazo de 3 años del precepto no constituye una garantía inamovible ni puede aplicarse automáticamente.

B) Cuestión jurídica debatida

28. Lo que se debate en el asunto gira alrededor de la aplicación de las reglas de garantía que establece la normativa comunitaria en relación con la implementación por parte de los Estados miembros de normativas eficaces para luchar contra el abuso en los mecanismos de contratación temporal. En este caso concurren las mismas circunstancias que en otras relaciones similares: que el empleador detenta unilateralmente la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo eligiendo el momento en el que comienza el proceso selectivo de cobertura de las vacantes, y que, de facto, la relación laboral, prórrogas y suscripción de nuevos vínculos mediante, puede prolongarse en el tiempo por muchos años, sin causa alguna que lo justifique **y prácticamente a voluntad del empleador, que gobierna los mecanismos idóneos para consolidar la relación laboral como de duración determinada.**

C) Normativa en presencia

29. Derecho de la Unión Europea. 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, en sus art. 2, y especialmente su cláusula: 5 en relación con las “*Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*” cuando dispone: “*1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”.

Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, en sus arts. 4.1 en la definición que propone de contrato de interinidad; 4.2 en relación con las exigencias formales del contrato, en particular la necesidad de identificar tanto al trabajador sustituido como a la causa de la sustitución, así como la previsión que contiene en relación con que la duración de la modalidad de cobertura por vacante será el período de tiempo que dure el proceso de cobertura definitiva del puesto de trabajo

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público: art 70: “*1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo*

para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente”.

D) Resolución del Tribunal

30. Antes de proceder al análisis de las cuestiones prejudiciales el Tribunal realiza una consideración general sobre la aplicación de la cláusula quinta del acuerdo Marco en sentido afirmativo al caso debatido.

La conclusión a la que llega es bien sencilla. La normativa comunitaria se opone a aquellas reglas jurídico técnicas nacionales que permitan la renovación de contratos de duración determinada sin especificar plazos precisos de finalización de los procesos selectivos a los que se vinculan los contratos de interinidad por cobertura de vacante. También se opone la normativa comunitaria a la nacional que prohíba la asimilación de estos trabajadores con trabajadores indefinidos no fijos, así como con la concesión de una indemnización por terminación.

El último considerando de la resolución precisa que la Directiva comunitaria en liza se opone a normativas internas que eviten aplicar medidas destinadas a “prevenir o sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada” justificando su inoperatividad en este sentido en consideraciones economicistas destinadas a atajar la crisis económica de 2008.

E) Apunte final

31. La pléyade de supuestos en los que la contratación laboral interina o por duración determinada en las Administraciones Públicas terminan conflictuando se ante el TJUE empieza a ser excesivamente numerosa¹. El uso y abuso de las facultades de contratación de estas Administraciones Públicas para el ejercicio de sus propias competencias (y también de aquellas otras que no son tan propias, especialmente en la Administración Local) es la razón que explica esta irregularidad. Se requiere algo más que una mera acción normativa para atajar estos problemas, básicamente porque la pulsión hacia la contratación semi clientelar está en la base de todas estas irregularidades.

En este caso en concreto, además, no puede decirse que no estuviera en manos de la propia Administración el control del devenir de esa contratación. En primer lugar, porque bien podía haber extinguido el contrato cuando tras la terminación del concurso de traslado no se cubrió la plaza que se ocupaba interinamente. Y, sobre todo, en segundo lugar, porque la formalización de la correspondiente oferta de empleo público debería haber dado por terminado el referido contrato. Lo que parece del todo desajustado con cualquier sistema de selección de personal medianamente coherente es que desde junio de 2003 hasta julio de 2016 no se produjera la organización de un proceso selectivo de cobertura de vacante que llevara a la dotación definitiva de la plaza. La persona trabajadora es consciente de la debilidad en la que se encuentra su mecanismo de contratación, pero la Administración no tutela la legalidad normativa ni implementa mecanismos eficaces para evitar el fraude de ley o sancionar sus consecuencias.

Quizá la norma debiera prever, si así decide acometerse, algún sistema indemnizatorio punitivo contra la propia Administración que obra tan ineficazmente, satisfaciendo también, por qué no, el daño (económicos, moral, etc.) que experimenta el propio trabajador, que aspira legítimamente a consolidar por el paso del tiempo una situación laboral, y que, paralelamente y al mismo tiempo, ve dañadas sus

¹ Un estudio monográfico sobre esta resolución es el de ROJO TORRECILLA, E.: “Sobre la extinción de un contrato de interinidad en el sector público”, en su magnífico blog “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”, en la entrada al mismo que puede leerse en la siguiente página web: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/06/sobre-la-extincion-de-un-contrato-de.html>

posibilidades de desempeñar su actividad profesional en otros ámbitos, privados o públicos. Porque la permanencia irregular en ese puesto de trabajo que no permite su consolidación perjudica a la parte más débil de la contratación laboral, a la persona trabajadora.

32. STJUE de 3 de junio de 2021 [C-942/19] *Servicio Aragonés de Salud y LB. Solicitud de excedencia en empleos temporales*

A) Hechos del litigio principal

LB está contratada como “*personal estatutario fijo*” en el Servicio Aragonés de Salud con la categoría profesional de “*odontoestomatóloga*” desde diciembre de 2010 a diciembre de 2017.

En noviembre de 2016 fue propuesta para ocupar una plaza de profesora interina en la Universidad Complutense de Madrid. Tras la tramitación administrativa correspondiente los servicios de recursos humanos de la Universidad la requirieron para que firmase el correspondiente contrato de duración determinada en diciembre de 2017.

El ejercicio de dicha actividad es incompatible con la plaza que ocupaba en el Servicio de Salud, por lo que solicitó su excedencia por prestación de servicios en el sector público, al amparo de lo previsto en el artículo 66.1.a) de la Ley 55/2003 (*infra* transcrito).

El empleador denegó la solicitud en diciembre de 2017 porque la plaza que iba a ocupar en la Universidad tenía carácter temporal. Aplica para ello el art. 15 del Reglamento de Situaciones Administrativas (que también se transcribe *infra*) que excluye la excedencia por prestación de servicios para el sector público cuando la plaza que se vaya a ocupar fuese de carácter temporal.

Tras ver denegada su primera solicitud intimó una segunda excedencia, en este caso voluntaria por interés particular, que sí le fue concedida. Obsérvese que tiene que emplear una excedencia que goza, en principio, de menos garantías laborales en su desarrollo que la específicamente destinada al fin propuest

Contra la denegación del recurso que interpuso contra la resolución negativa a concederla una excedencia por prestación de servicios en el sector público la trabajadora interpuso una demanda judicial ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo territorialmente competente, intimando la anulación de la resolución denegatoria de la excedencia solicitada. Básicamente entendía que la resolución administrativa lesiona los principios de igualdad y no discriminación.

El Juzgado estimó su demanda, entendiendo que la denegación de la excedencia por prestación de servicios en el sector público “*por el hecho de que la plaza en la Administración de destino tenga carácter temporal supone una vulneración del principio de no discriminación entre los trabajadores fijos y los de duración determinada*” (§ 19).

El Tribunal Superior de Justicia que resuelve el recurso de la empleadora tiene dudas sobre si el Acuerdo Marco puede incluir una excedencia desde un puesto fijo en una Administración Pública a otro de carácter temporal en otra Administración Pública diferente.

Remite, en definitiva, la correspondiente cuestión prejudicial, preguntando “*si el derecho a la excedencia por prestación de servicios en el sector público es una ‘condición de trabajo’ del puesto temporal al que el empleado pretende acceder*” (§ 24), y si las razones esgrimidas por la Administración para denegar la excedencia para ocupar otra plaza de carácter temporal en otra Administración Pública pueden justificarse por la naturaleza temporal de la plaza de destino que pretende ser cubierta

B) Cuestión jurídica debatida

34. El problema jurídico se presenta cuando LB pretende solicitar una excedencia de su puesto de trabajo (en el Servicio Aragonés de Salud) “*para pasar a ocupar una plaza con contrato de duración determinada*” (§ 2). La circunstancia de que la plaza de destino que pretende cubrir con la excedencia administrativa singular sea de naturaleza temporal es una (de las varias) razones que esgrime la Administración para denegar la solicitud, teniendo la trabajadora que acudir a la excedencia voluntaria para

conseguir su objetivo, más gravosa en términos laborales que la privilegiada que se prevé para ocupar otra plaza en otra Administración Pública.

En definitiva, estamos en presencia de un pleito en el que está presente la no discriminación en el ejercicio de los derechos laborales por parte de un trabajador, pues se entiende que es precisamente por el carácter temporal de la plaza que pretende cubrirse la razón por la que se deniega la excedencia solicitada.

C) Normativa en presencia

35. 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 en relación con las cláusulas 3 que precisa las definiciones de contratos de duración determinada y contrato de duración indefinida comparable, y la 4 en relación con el principio de no discriminación

En el derecho interno español debemos tener presente la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud en sus artículos 62 para definir las situaciones administrativas, el 66.1.a) para organizar la “Excedencia para prestar servicios en el sector público” que dispone expresamente: “Procederá declarar al personal estatutario en excedencia por prestación de servicios en el sector público: a) Cuando presten servicios en otra categoría de personal estatutario, como funcionario o como personal laboral, en cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubiera obtenido la oportuna autorización de compatibilidad.”, y el 67 cuando aborda la “Excedencia voluntaria” cuyo texto literal es el que sigue: “1. La situación de excedencia voluntaria se declarará de oficio o a solicitud del interesado, según las reglas siguientes: a) Podrá concederse la excedencia voluntaria al personal estatutario cuando lo solicite por interés particular.

Para obtener el pase a esta situación será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores.

La concesión de la excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio, debiendo motivarse, en su caso, su denegación.

No podrá concederse la excedencia voluntaria por interés particular a quien esté sometido a un expediente disciplinario. [...]

2. En los supuestos previstos en los párrafos a) y c) del apartado anterior, el tiempo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria será de dos años.

3. El personal estatutario en situación de excedencia voluntaria no devengará retribuciones, ni le será computable el tiempo que permanezca en tal situación a efectos de carrera profesional o trienios. [...]”.

También se presenta aplicable el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, en su art. 15, titulado “Reglamento de Situaciones Administrativas”, cuando dispone: “Procederá declarar, de oficio o a instancia de parte, en la situación regulada en este artículo a los funcionarios de carrera que se encuentren en servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubieran obtenido la oportuna compatibilidad, y a los que pasen a prestar servicios como personal laboral fijo en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en las situaciones de servicio activo o servicios especiales. El desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilitará para pasar a esta situación administrativa”.

D) Resolución del Tribunal

36. El TJUE carece de competencia para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. Esta es su conclusión. La interpretación del Tribunal camina por una senda bastante ortodoxa, por el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva que aprueba el acuerdo Marco.

Entiende, básicamente, que la normativa se aplica a los trabajadores que realizan prestaciones laborales de duración determina. Eso supone, sin más, que el propósito antidiscriminatorio que anima su

espíritu sólo es predicable de los trabajadores que ejercen o detentan una relación laboral determinada (§ 35). No siendo el caso de la recurrente, que es personal estatutario fijo y, por tanto, el Tribunal de Justicia aprecia que el Acuerdo Marco no es aplicable a la situación jurídica discutida (§ 37).

E) Apunte final

37. La excedencia voluntaria es una situación que procede del derecho administrativo y funciona relativamente bien en el ámbito funcionarial. Su utilización en un contrato de trabajo ordinario para una empresa privada siempre ha generado problemas, especialmente la excedencia voluntaria. Antes de la ley de 1999 de conciliación de la vida familiar y laboral que incorporó un cúmulo de permisos por circunstancias familiares en el acervo de derechos laborales de los trabajadores, se utilizaba incluso como método para suspender el contrato de trabajo en circunstancias relacionadas con el nacimiento o cuidado de la prole. Algo similar a lo que ha acontecido en este asunto, pues se emplea una excedencia para un fin no previsto en ella

En el ámbito laboral solo funciona operativamente de forma correcta en empresas privadas con gran volumen de trabajadores y convenios colectivos muy potentes. Es un derecho prácticamente desconocido en la pequeña y mediana empresa. Con razón se ha llegado a afirmar que para éstas la excedencia voluntaria constituye un método de extinción del contrato de trabajo con perspectivas de reingreso.

En el caso aquí analizado no puede apreciarse una discriminación por la naturaleza temporal de las actividades laborales que se desempeñan, porque el trabajador es de los considerados fijos, no temporales, no incluyéndose dentro del marco de aplicación del Acuerdo Marco.

38. STJUE de 24 de junio de 2021 [C-550/19] *EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., y Acciona Agua, S.A. Subrogación en los contratos de trabajo en virtud de las estipulaciones de un convenio colectivo*

A) Hechos del litigio principal

39. El demandante fue contratado en enero de 1996 bajo la modalidad de obra y servicio determinado a jornada completa en el sector de la construcción por la empresa “*Obras y Servicios Públicos*”, bajo la denominación de ‘fijo de obra’. Desde la finalización de este en enero de 1997 los contratantes formalizaron otros cinco contratos del mismo tipo que se sucedieron sin interrupción hasta enero de 2014, fecha en la que se celebró el último de estos contratos, que todavía no ha finalizado

En octubre de 2017 la empleadora fue sustituida por otra empresa: “*Acciona Agua*”, al quedarse con la adjudicación del contrato público de actuaciones urgentes y reparación en la red de abastecimiento de agua pública, haciéndose cargo “*de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que Obras y Servicios Públicos destinaba a la ejecución de ese contrato público*” (§ 14).

Un mes antes de que se procediera a la sustitución empresarial el ahora demandante presentó una demanda, contra las dos empresas, ante la jurisdicción social para que se le reconociera la antigüedad en su empleo desde enero de 1996 y para que se declarase que la relación laboral era de carácter indefinido

El órgano judicial remitentes de la cuestión prejudicial aquí resuelta entiende que a esta problemática le es de aplicación la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, principalmente porque la empresa entrante se encuentra obligada “*a tener en cuenta no solo los respectivos últimos contratos suscritos entre los trabajadores de los que pasa a hacerse cargo y la empresa saliente, sino también todos los períodos de empleo cubiertos por el personal subrogado, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con la empresa saliente*” (§ 18).

B) Cuestión jurídica debatida

40. Como bien resume el Tribunal, tras el estudio de la competencia para el enjuiciamiento del asunto, la problemática del asunto principal consiste en apreciar si ha existido un abuso en la utilización de los contratos de duración determinada denominados ‘*fijos de obra*’.

El Tribunal va construyendo una serie de premisas interpretativas con el objeto de ir cercando técnicamente la resolución que adopta. Por su orden, resumimos las más importantes. En relación con las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de las modalidades de contratación laboral determinada repara: * que los estados miembros son los encargados de implementar las medidas destinadas a prevenir el abuso; * que son los estados miembros los que eligen qué medidas deben adoptarse en cada momento; * que las medidas que se adopten deben ser proporcionadas y eficaces al fin pretendido; * y que deben tener un efecto disuasorio de la práctica que pretende prohibirse o limitarse; * que dentro de estas medidas generales deben incluirse fórmulas de conversión de contratos de duración determinada en contratos indefinidos; * que una vez producida la utilización abusiva las medidas que se implementen deben servir para revertir la situación; * que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación de las normas de derecho interno; * que sí corresponde al órgano judicial interno apreciar si las medidas adoptadas para prevenir la situación, a la luz de los principios de las normas comunitarias, es proporcional y adecuada; * y que el Tribunal de Justicia sí puede precisar algunas cuestiones destinadas a orientar la interpretación.

De forma más concreta precisa el Tribunal que el pleito trata sobre si la normativa nacional controvertida, es decir, el convenio colectivo que permite concertar sucesivos contratos de duración determinada ‘*fijos de obra*’ en el sector de la construcción, puede constituir una de las medidas contempladas en la normativa comunitaria destinada a evitar abusos en la contratación temporal.

C) Normativa en presencia

41. Derecho de la unión.

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, cláusulas 4 relativa al “*Principio de no discriminación*” y 5 que trata sobre las “*Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*”.

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en sus artículos 1.1 “*a) La presente Directiva se aplicará a [las transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará [transmisión] a efectos de la presente Directiva [la] de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio*”, y 3.1 “*Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha [de la transmisión] serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal [transmisión]*”.

Derecho Español.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Disposición Adicional Tercera: “*Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación*”.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disposición Adicional Tercera: “*Lo dispuesto en el artículo*

15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la [Ley 32/2006]”

Art. 15 (en la redacción anterior al RDL 32/2021 que le da la redacción actualmente vigente):
“1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”.

Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017 de la Dirección General de Empleo (BOE de 26 de septiembre de 2017), art. 24 titulado “Contrato fijo de obra” apartados 2 y 3 “Este contrato se concierne con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra. Su formalización se hará siempre por escrito.

Por ello y con independencia de su duración, no será de aplicación lo establecido en el párrafo primero del artículo 15.1 a) del E.T., continuando manteniendo los trabajadores la condición de “fijos de obra”, tanto en estos casos como en los supuestos de sucesión empresarial del 44 del E.T. o de subrogación regulado en el artículo 27 del presente Convenio General.

3. Sin embargo, manteniéndose el carácter de único contrato, el personal fijo de obra, sin perder dicha condición de fijo de obra, podrá prestar servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un periodo máximo de 3 años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento según el modelo que figura en el Anexo II y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos. En este supuesto y con independencia de la duración total de la prestación, tampoco será de aplicación lo establecido tanto en el apartado 1.a) párrafo primero del artículo 15 del E.T. como en el apartado 5, continuando manteniendo los trabajadores, como se ha indicado, la condición de “fijos de obra”.

5. Por lo tanto la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el periodo y durante el plazo establecido en el artículo 15.5 del E.T., no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto.

La indicada adquisición de condición tampoco operará en el supuesto de producirse bien la sucesión empresarial establecida en el artículo 44 del E.T. o la subrogación recogida en el artículo 27 del presente Convenio”.

Art. 27 titulado “Subrogación de personal en contrataciones de mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado” dispone: “En todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o cesión de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trata, los trabajadores de la empresa saliente adscritos a dicha contrata pasarán a adscribirse a la nueva

empresa o entidad que vaya a realizar la actividad objeto de la contrata, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en la empresa sustituida.

Dado el carácter de mejora de la legislación vigente que supone la subrogación prevista en este artículo, se establece expresamente que tales derechos y obligaciones quedarán limitados exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por el trabajador con la empresa saliente de la contrata, sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios, a menos que ya tuviera reconocido el trabajador tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa entrante en el plazo y forma regulados en este artículo”.

D) Resolución del Tribunal

42. La normativa comunitaria patrocina, según aprecia el Tribunal, que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, de conformidad con las normas de derecho interno, si la limitación a tres años consecutivos para el empleo de los trabajadores de duración determinada ocupados con contratos ‘fijos de obra’ por una misma empresa constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso sancionar, los abusos en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada.

La normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa como la nacional que pretende la conservación de los derechos de los trabajadores en supuestos de subrogación empresarial, aunque ésta se limite a los derechos generados por el último contrato suscrito por ese trabajador con la empresa saliente.

E) Apunte final

43. El mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores en supuestos de sucesión de empresas es una de las líneas fuerza de la normativa de la Unión², la que más se conecta, dicho sea de paso, con las libertades comunitarias de carácter económico, libertad de circulación de capitales y trabajadores, principalmente. La particularidad de la resolución es la limitación que implementa en la subrogación al último contrato signado, pudiendo chocar con la interpretación tradicional que se mantiene del art. 44 ET, que es el dedicado a la subrogación en la norma estatutaria laboral.

44. STJUE de 14 de octubre de 2021 [C-244/20] F.C.I. y INSS. Discriminación en la percepción de la pensión de viudedad de pareja de hecho.

A) Hechos del litigio principal

45. F.C.I. es una mujer de nacional española que convivió con su pareja de hecho por más de veinte años hasta el fallecimiento de este en agosto de 2017. Ambos tuvieron dos hijos. En julio de 2017 solicitaron su inscripción como pareja de hecho en el Registro de “*parejas estables*” de Cataluña.

F.C.I. solicitó del INSS la concesión de una pensión de viudedad. Por resolución de octubre de 2017 se le denegó. En febrero de 2018 se confirmó el criterio del INSS tras la resolución que confirmaba la denegación administrativa de la prestación. Los argumentos que se manejan para denegar la prestación de viudedad solicitada es que “*la pareja de hecho no se había constituido formalmente con dos años de*

² Un análisis de esta resolución puede verse en el magnífico blog IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ titulado “Una mirada crítica a las relaciones laborales” en la siguiente entrada: <https://ignasibeltran.com/2021/06/28/el-contrato-fijo-de-obra-y-cultura-de-la-temporalidad-y-efectos-de-la-subrogacion-en-contratos-temporales-stjue-24-6-21-c-550-19/>

antelación al fallecimiento de JMPG” (§ 10), que es una exigencia que plantea la norma española interna para proteger la salud financiera del sistema económico de Seguridad Social y evitar el fraude consistente en contraer matrimonio a edad avanzada con el único propósito de lucrar una prestación de viudedad.

En diciembre de 2018 el Juzgado de lo Social sentenció la demanda de F.C.I. contra las resoluciones del INSS apreciando que no se cumplía el requisito “*relativo a la constitución formal de la pareja de hecho*” (§ 11). No se concede la pensión por esta sola razón.

El ahora demandante interpuso el correspondiente recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ahora remitente de la cuestión prejudicial.

El Tribunal proponente recuerda que la modificación de la LGSS en esta materia se hizo con el propósito de permitir a los integrantes de parejas de hecho acceder al derecho a la pensión de viudedad, pero siempre que se encontrase el supérstite de la pareja de hecho en una situación de necesidad por haber experimentado en vida dependencia económica del finado. Entre estos requisitos se encuentra el hecho de poder acreditar la constitución de la pareja de hecho mediante “*un certificado de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante un documento público en el que constase la constitución de dicha pareja*”, exigiéndose también que la constitución lo fuese con una antelación mínima de dos años en relación con la fecha del fallecimiento del causante (§ 14).

Aprecia, además, que en aquellas comunidades autónomas con Derecho civil propio, como ocurre en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la consideración de pareja de hecho y los mecanismos de acreditación podrían llevarse a cabo mediante lo establecido en su legislación específica

Según relata la resolución no es exigible, en aplicación de las normativas propias catalanas, que la pareja de hecho se formalice en escritura pública, siendo suficiente, la existencia de un hijo nacido de la relación, o su acreditación por cualquier medio de prueba admitido en Derecho durante más de dos años ininterrumpidos.

Entiende el TSJ que el JS no tuvo en cuenta esta particularidad, “*sometiendo la concesión de dicha pensión a un requisito de formalización de tal relación no aplicable hasta ese momento a la Comunidad Autónoma de Cataluña*” (§ 18).

B) Cuestión jurídica debatida

46. Se trata de comprobar si la normativa comunitaria es contraria a la nacional que somete la concesión de una prestación de viudedad a determinados requisitos que dificultad o restringen el acceso a la pensión.

El Gobierno español entiende, por su parte, que el Tribunal de Justicia no tiene competencia para solventar las cuestiones planteadas.

C) Normativa en presencia

47. Derecho de la Unión.

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, arts. 3 y 4 para concretar los ámbito subjetivo y objetivo de proyección de la Directiva.

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, art. 7 cuando determina la aplicación objetiva de la norma.

Derecho Español.

Ley General de la Seguridad Social, art. 221.2 (en la versión vigente en el momento del conflicto, ahora ya reformada) que dispone: “*2. A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acre-*

diten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

D) Resolución del Tribunal

48. El Tribunal entiende que no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. Aprecia que las prestaciones a favor de familiares sí pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, pero recordando que esos instrumentos “*no regulan la pensión controvertida.../...ni imponen ninguna obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal*” (§ 66)

E) Apunte final

49. El actual texto vigente del art. 221.2 Ley General de la Seguridad Social, en la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, mantiene la misma redacción transcrita. En este punto no ha cambiado de redacción.

La reciente STS-CON 372/2022, de 24 de marzo analiza los requisitos para acreditar la existencia de una pareja de hecho. En su fundamento jurídico octavo precisa que “*...consideramos que debe ser aplicada la doctrina general fijada en la sentencia de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación 6304/2017), según la cual la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad.../...mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante*”.

Se refuerza, en fin, los sistemas tradicionales de acreditación de la constitución de una pareja de hecho, y no parece que existan posibilidades de escape a la formalización de la pareja de hecho para lucrar la prestación de viudedad.

50. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-151/21] *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y BF. Forma de cálculo de los complementos salariales por antigüedad*

A) Hechos del litigio principal

51. Desde 2004 BF trabaja como personal auxiliar de enfermería para un servicio público de salud de una Comunidad Autónoma. En 2005, tras un proceso de promoción interna de carácter temporal desempeño funciones propias de la categoría superior de “*enfermero*”, percibiendo las retribuciones correspondientes a esta nueva categoría mientras desarrollaba esas funciones. Sin embargo, sigue estando encuadrado en la categoría profesional de la que provenía, y, por ello, no percibía los trienios de antigüedad de la categoría profesional de enfermero, la que estaba desarrollando. Es decir, desempeña una categoría profesional, pero percibe los trienios de antigüedad de la categoría a la que formalmente se encuentra adscrito.

En 2009 superó el proceso selectivo para acceder, con carácter definitivo, a la categoría profesional de enfermero. En febrero de 2018 presentó una reclamación ante su empleadora solicitando el abono de los trienios correspondientes a la categoría profesional de enfermero. Ante el silencio de su

empleadora interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo para obtener el abono de dichos trienios.

Su pretensión tuvo éxito por sentencia de octubre de 2018 en la que el magistrado entendió que no puede haber discriminación entre el personal fijo y el personal temporal en lo que se refiere al cobro de un complemento económico salarial como lo es la antigüedad que se devenga por el mero paso del tiempo. Entiende la resolución que sería discriminatorio *“que, en el caso de un miembro del personal temporal que en el futuro acceda a una determinada categoría como personal fijo, los tienes de antigüedad relativos al periodo de actividad como personal temporal sean los correspondientes a la categoría profesional de las funciones efectivamente desempeñadas y que no suceda lo mismo en el caso de un miembro del personal fijo que, en el Marco de una promoción interna temporal, desempeña funciones de una categoría profesional superior; a la que posteriormente accede con carácter fijo”* (§ 18)

La sentencia fue recurrida por la empleadora ante el TSJ, que en el entendimiento de esta problemática plantea la cuestión prejudicial objeto de resolución.

B) Cuestión jurídica debatida

52. Se trata de comprobar si existe discriminación en el tratamiento diferente que se le da a las dos situaciones descritas en cuanto a la percepción de los complementos retributivos relacionados con la antigüedad.

C) Normativa en presencia

53. Derecho de la Unión Europea.

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: cláusula 4 en lo relativo al *“principio de no discriminación”*.

Derecho español

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 35 que dispone: *“1. Por necesidades del servicio y en los supuestos y bajo los requisitos que al efecto se establezcan en cada servicio de salud, se podrá ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Estos procedimientos serán objeto de negociación en las mesas correspondientes.*

2. Durante el tiempo en que realice funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantendrá en servicio activo en su categoría de origen, y percibirá las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que serán los correspondientes a su nombramiento original.

3. El ejercicio de funciones en promoción interna temporal no supondrá la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o en relación con la obtención de nuevo nombramiento, sin perjuicio de su posible consideración como mérito en los sistemas de promoción interna previstos en el artículo anterior.”

D) Resolución del Tribunal

54. La normativa de la Unión no se opone a una normativa nacional que establece que para los trabajadores con contrato de duración indefinida que ejercen temporalmente funciones de superior categoría la remuneración de los complementos por antigüedad sea los correspondientes a la categoría superior, mientras que para los trabajadores temporales que se encuentren en la misma situación se les remunere el complemento de antigüedad según la categoría profesional en la que ha desempeñado sus funciones.

E) Apunte final

55. La clave del asunto es que la directiva comunitaria no es aplicable a los trabajadores fijos, por lo que no le es aplicable a la situación aquí debatida (§ 30), recordando que “*el Tribunal de Justicia ha declarado que no todo litigio relativo a posibles diferencias de trato en materia de condiciones de trabajo respecto de otros trabajadores con contrato de duración determinada queda regido por el principio de no discriminación*” (§ 31)

Si no fuera por esta circunstancia todo parece que se encaminaba a considerar que la diferencia de trato era abiertamente discriminatoria.

56. ATJUE de 13 de diciembre de 2021 [C-226/21] *KQ* y *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*. No discriminación y exención de guardias por razón de edad.

A) Hechos del litigio principal

57. KQ tiene 58 años, es médico de profesión y trabaja para un servicio público de salud desde hace años. No tiene un vínculo laboral estable. Ha tenido 24 nombramientos temporales: de interinidad, eventual o de sustitución, en varios centros de salud durante estos años, permaneciendo en el último centro de trabajo con el último nombramiento por más de diez años de manera consecutiva. Cuando cumplió 56 años de edad formalizó una solicitud a su empleadora para que, en virtud de una norma autonómica propia, pudiese disfrutar de la exención de guardias a la que podían optar los mayores de 55 años.

En octubre del 19 de la empleadora le denegó su petición, al entender que la Ley autonómica solo permite conceder esa exención al personal fijo, siendo él un trabajador temporal. El trabajador recurrió esta decisión ante la jurisdicción social alegando, en primer lugar, el carácter discriminatorio del criterio empleado, y, en segundo, que la norma autonómica es incompatible con el derecho de la Unión en lo que importa a la igualdad de trato en lo referente a condiciones de trabajo entre personal con vínculo jurídico estable y trabajadores con contratos de duración determinada.

El Tribunal proponente de la cuestión prejudicial aquí analizada entiende que la diferencia de trato entre el personal fijo y el de carácter temporal en relación a la exención de las guardias por cumplimiento de edad se basa únicamente en la naturaleza temporal del vínculo, precisando que el trabajo en cuestión se realiza del mismo modo, con los mismos tiempos de trabajo, mismas obligaciones e idéntica remuneración. No hay diferencia en la actividad entre ambos tipos de trabajadores, cumpliendo todos ellos las mismas obligaciones y gozando de los mismos derechos.

Insinúa, aunque no lo especifica claramente, que no se trata de dos guardias de naturaleza y remuneración diferente, sino de una idéntica guardia que para todos los trabajadores es exigible, permitiéndose, únicamente a los trabajadores de carácter fijo, su no cumplimiento por motivos de edad

B) Cuestión jurídica debatida

58. La cuestión jurídica debatida consiste en determinar si existe una diferencia de trato entre trabajadores con vínculo indefinido y trabajadores con una relación laboral determinada. En este caso en relación con la obligatoriedad de realizar servicios de guardia, y particularmente en relación con la exención de su cumplimiento, por motivos de edad, solamente aplicable a aquellos trabajadores con vínculo jurídico estable.

El Tribunal de Justicia analiza si las guardias pueden ser consideradas “*condición de trabajo*” (§ 40), realizando un repaso por su propia jurisprudencia en relación a esta cuestión, y precisando que efectivamente se consideran condición de trabajo: los trienios de antigüedad, los sexenios de formación permanente, la indemnización por la inclusión de una cláusula ilícita de terminación de su contrato, la participación en un plan de evaluación profesional con incentivo económico asociado, la participación en un sistema de carrera profesional, las reglas relativas a la determinación del preaviso para la resolu-

ción de los contratos, las indemnizaciones concedidas al trabajador, el régimen de reincorporación, o la reducción de jornada laboral, entre otros.

No tiene la menor duda, desde otro punto de vista, en considerar que la exención de las guardias por motivo de edad es una condición de trabajo (§ 43), como tampoco en afirmar que es perfectamente aplicable el principio de no discriminación a esta situación (§ 45), porque, efectivamente, existe una desigualdad en el tratamiento de las situaciones (§ 47), son situaciones comparables (§ 48), no se aprecian razones objetivas o razonables que justifiquen la diferencia de trato (§ 50 y 51)

C) Normativa en presencia

59. 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: cláusula 4 en lo relativo al “*principio de no discriminación*”.

Derecho español

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 48, titulado “*Jornada complementaria*” cuando dispone: “1. *Cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro.*

La realización de la jornada complementaria sólo será de aplicación al personal de las categorías o unidades que con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias u otro sistema análogo, así como para el personal de aquellas otras categorías o unidades que se determinen previa negociación en las mesas correspondientes.

2. *La duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo.*

No serán tomados en consideración para la indicada duración máxima los periodos de localización, salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento.

3. *La jornada complementaria no tendrá en ningún caso la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias. En consecuencia, no estará afectada por las limitaciones que respecto a la realización de horas extraordinarias establecen o puedan establecer otras normas y disposiciones, y su compensación o retribución específica se determinará independientemente en las normas, pactos o acuerdos que, en cada caso, resulten de aplicación”.*

Ley 1/2012, de Castilla-La Mancha, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, art. 15.1 titulado “*Exención de guardias para mayores de 55 años*” que dispone “1. *Tendrán derecho a la exención de guardias por motivos de edad, con participación voluntaria en módulos de actividad adicional, quienes cumplan los siguientes requisitos:*

a) *Personal facultativo fijo de atención especializada o atención primaria y personal de enfermería fijo de atención primaria.*

b) *Mayores de 55 años de edad.*

c) *Que cuenten con un periodo mínimo de actividad previa de al menos diez años, realizando, de manera efectiva, guardias en jornada complementaria. A estos efectos, si un profesional ha realizado guardias de manera discontinua a lo largo de su vida laboral, se acumularán los distintos periodos para alcanzar el mínimo, siempre y cuando haya realizado guardias durante al menos tres de los últimos diez años”.*

D) Resolución del Tribunal

60. La normativa comunitaria referenciada se opone a la nacional que permite la exención de guardias a los trabajadores con contrato de duración indefinida pero no a los trabajadores con contrato de duración determinada.

E) Apunte final

61. Otra solución más, y ya son muchas, sobre condiciones de trabajo y percepciones salariales en los servicios de salud, diferenciando su tratamiento dependiendo del vínculo técnico jurídico (estable o temporal) que vincula al trabajador con la empleadora, en definitiva, entre trabajadores con vínculo fijo y estable y trabajadores con contrato de duración determinada, precario por definición

Realmente en el caso aquí analizado la diferencia de trato podría catalogarse incluso de grosera, pues no había ninguna razón, objetiva y razonable, para implementar una diferencia de trato como la analizada. Especialmente en un servicio como es el de guardias, o el de permanencia en el servicio, especialmente característico de esta modalidad singular de ejercicio de actividad laboral, a medio camino entre la condición funcionarial por el vínculo de adquisición y la relación laboral por la técnica de ordenación de sus condiciones de trabajo.