

# A transformación do emprego público en España a través da xurisprudencia europea: igualdade, dereitos sociais e temporalidade

La transformación del empleo público en España a través de la jurisprudencia europea: igualdad, derechos sociales y temporalidad

Transforming public employment in Spain through the European case-law: equal treatment, social rights and fixed-term contracts

54  
Regap

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Maxistrado e membro da Rede de Expertos en Dereito da Unión Europea do Consello Xeral do Poder Xudicial  
d.ordonez@poderjudicial.es

Recibido: 27/09/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

**Resumo:** A integración europea tivo un efecto considerable nas relacións das administracións cos seus empregados. As liberdades económicas, a cidadanía da Unión e as directivas de protección social acabaron afectando ao réxime dos empregados públicos. O estudo analiza a xurisprudencia europea provocada polos xuíces españois e a súa aplicación polas distintas xurisdicións, social e contencioso-administrativa, que se ocupan dos empregados públicos. A directiva sobre contratos de duración determinada supuxo un cambio revolucionario en numerosos aspectos das relacións dos empregados públicos, desde os trienios, sexenios, cómputo de méritos ata as indemnizacións por cesamento. Tamén o abuso da contratación temporal exige medidas lexislativas e, subsidiariamente, xudiciais que sexan efectivas e disuasorias.  
**Palabras clave:** Directiva, emprego público, funcionario, condicións de traballo, traballo temporal, xurisdición social, xurisdición administrativa.

**Resumen:** La integración europea ha tenido un efecto considerable en las relaciones de las administraciones con sus empleados. Las libertades económicas, la ciudadanía de la Unión y las directivas de protección social han terminado afectando al régimen de los empleados públicos. El estudio analiza la jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y su aplicación por las distintas jurisdicciones, social y contencioso-administrativa, que se ocupan de los empleados públicos. La directiva sobre contratos de duración determinada ha supuesto un cambio revolucionario en numerosos aspectos de las relaciones de los empleados públicos, desde los trienios, sexenios, cómputo de méritos hasta indemnizaciones por cese. También el abuso de la contratación temporal exige medidas legislativas y, subsidiariamente, judiciales que sean efectivas y disuasorias.

**Palabras clave:** Directiva, empleo público, funcionario, condiciones de trabajo, trabajo temporal, jurisdicción social, jurisdicción administrativa.

**Abstract:** European integration has considerably affected the relationship between Government and civil servants. Economic liberties, EU citizenship and directives on social protection have substantially influenced public employment. This paper analyses European case law derived from Spanish labour and administrative judges concerning public employees' relations involving three-yearly length-of-service instruments, training requirements or even com-

pensation for termination of the employment contract, if these are granted to permanent workers. Moreover, in order to prevent abuses of successive fixed-term employment contracts, Directive demands legislative measures, but in absence of implementation, national Courts must determine whether these requirements are met by the provisions of the applicable national legislation and that must apply effective, equivalent and deterrent remedies.

**Keywords:** Directive, public employee, civil servant, employment conditions, fixed-term work, social jurisdiction, administrative jurisdiction.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 O principio europeo de igualdade e a súa aplicación aos empregados públicos españois. 2.1 As diferenzas de regulación entre os empregados públicos non son relevantes para o dereito da Unión. 2.2 A nacionalidade, a libre circulación de cidadáns da Unión e os empregados públicos. 2.3 A discriminación por razón da idade dos empregados públicos. 3 A aplicación dos dereitos sociais europeos aos empregados públicos españois. 4 A protección europea dos empregados públicos temporais en España. 4.1 A equiparación dos dereitos dos empregados públicos fixos e temporais (cláusula 4.1 do acordo). 4.2 As medidas contra o abuso na contratación temporal no emprego público (cláusula 5.1 do acordo). 4.3 Os efectos da Directiva 1999/70 na xurisprudencia laboral e contencioso-administrativa dos tribunais españois. 4.3.1 A aplicación da cláusula 4.1 do acordo: a equiparación de indemnizacións por cesamento a todos os empregados públicos temporais? 4.3.2 A aplicación da cláusula 5.1 do acordo en España: a xeneralización do emprego público indefinido non fixo? 5 Conclusión. 6 Bibliografía.

## 1 Introducción

Hai 60 anos, cando se asinaba o Tratado de Roma, resultaba difícil prever unha evolución tan extraordinaria do dereito da Unión Europea ata o punto de afectar a ámbitos tradicionalmente vinculados ao núcleo da soberanía dos Estados. Un bo exemplo destes cambios é o emprego público, que, en principio e de xeito expreso, quedaba á marxe da integración europea pero que, co paso do tempo, se viu substancialmente afectado polo desenvolvemento europeo<sup>1</sup>.

En realidade, produciuse un efecto desbordante (*spill over*) do dereito da Unión. E así se pode observar á vista do vixente artigo 45.4 TFUE, que se corresponde co artigo 38.4 tal como foi redactado polo Tratado CEE, conforme o cal a libre circulación dos traballadores non afecta ás administracións: «As disposicións deste artigo non serán aplicables aos empregos na Administración pública».

Mesmo cando os efectos da integración europea son moi considerables no emprego público, isto non impide que cada Estado membro conserve o poder de establecer o modelo de emprego público que considere conveniente sempre e cando, claro está, non afecte á aplicación das normas da Unión Europea. Precisamente estas normas da Unión están contidas nos propios tratados constitutivos, como o caso da proscripción da discriminación por razón da nacionalidade entre os cidadáns da Unión ou a prohibición de discriminacións salariais entre traballadores masculinos e femininos, ou no dereito derivado, especialmente en numerosas directivas que, finalmente, se acabaron aplicando aos empregados públicos no que se refire á ordenación do tempo de traballo, ás vacacións, ao traballo de duración determinada ou á non discriminación por razón da idade, a orientación sexual, a discapacidade ou a relixión.

A aplicación do dereito da Unión aos empregados públicos españois tivo notables consecuencias, pero aínda presenta numerosos problemas derivados, en particular, das distintas relacións de emprego e de servizos dos empregados públicos (funcionarios, estatutarios e laborais) e da repartición xurisdiccional, social e contencioso-administrativa para dirimir as controversias.

---

1 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea", *Actualidad administrativa*, n. 3, 2012, pp. 272-287; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España", *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 10, 2013, pp. 26-58.

Esta perspectiva xudicial podería ser de interese para describir o estado actual da transformación do estatuto dos empregados públicos en España como consecuencia da aplicación do dereito da Unión Europea. Para tal efecto, centrareime nalgúns problemas interpretativos básicos que mereceron a atención do Tribunal de Xustiza da Unión Europea e dos tribunais españois.

Para isto propóñome abordar tres ámbitos complementarios. En primeiro lugar, a aplicación do principio de igualdade, tal como se consagra no tratado constitutivo e se desenvolveu mediante a harmonización das lexislacións. En segundo lugar, a conquista, tamén polos empregados públicos, de dereitos sociais consagrados por directivas europeas en materia de tempo de traballo, vacacións, etc. E, por último, o efecto que tivo a aplicación e a interpretación da directiva europea que protexe tamén os empregados públicos no caso de estaren contratados ou seren nomeados temporalmente.

## 2 O principio europeo de igualdade e a súa aplicación aos empregados públicos españois

A loita contra as discriminacións en materia laboral é un signo de identidade da integración europea centrada desde o primeiro momento en eliminar calquera discriminación por razón da nacionalidade en materia de libre circulación de traballadores e comprometida en desterrar a secular discriminación entre homes e mulleres inicialmente no que se refire aos salarios.

No ámbito do emprego público, tal loita especialmente lexítima require algunhas matizacións. En primeiro lugar, os Estados membros teñen o poder de establecer o modelo de empregados públicos que consideren máis axeitado. En segundo lugar, en ámbitos moi restrinxidos do emprego público e na medida en que participen da natureza de poder público, pódense manter as discriminacións por razón de nacionalidade; pero nos demais supostos esta prohibición de discriminación esténdese non só ao acceso ao emprego, senón tamén aos efectos desincentivadores que puidese ter o exercicio da libre circulación de traballadores na Unión. En terceiro lugar, a aplicación das directivas específicas ofrece consideracións de grande interese por exemplo en canto ao réxime de acceso e ás limitacións por razón da idade.

### 2.1 As diferenzas de regulación entre os empregados públicos non son relevantes para o dereito da Unión

Un principio esencial para comprender a aplicación do dereito da Unión Europea ao emprego público nos distintos Estados membros é que estes conservan o poder de establecer o estatuto que consideren conveniente. Esta actitude responde a un principio máis xeral de autonomía institucional e procedemental que constitúe o núcleo mesmo da integración europea.

Isto quere dicir que, por exemplo nun caso como España, o réxime dos empregados públicos que establece distintas categorías, como funcionarios, estatutarios e laborais, tal como resulta do Estatuto básico do empregado público (EBEP), é plenamente conforme ao dereito da Unión<sup>2</sup>. Polo tanto e, por simplificar, para o dereito da Unión é irrelevante que se distinga

2 Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público (BOE n. 261, do 31/10/2015).

entre funcionarios, estatutarios e laborais, por citar as tres categorías máis frecuentes de empregados das administracións españolas.

De feito, o Tribunal de Xustiza no seu *auto Rivas Montes* rexeita a cuestión prexudicial formulada polo Xulgado do Social n. 1 de Córdoba na medida en que o problema que se formula é o trato diferente entre a Sra. Rivas Montes, auxiliar administrativa con vinculación laboral ao Concello de Córdoba, e outros empregados municipais pero con vinculación funcional. Neste caso, o xuíz cordobés subliñaba que a percepción de trienios era moito máis doada no caso dos funcionarios interinos que tratándose de persoal laboral temporal.

Non obstante, o Tribunal de Xustiza advirte: «as posibles diferenzas de trato entre persoal funcionario e persoal laboral [...] non están incluídas no ámbito de aplicación do principio de non discriminación consagrado polo acordo marco [sobre o traballo de duración determinada contido na Directiva 1999/70/CE]»<sup>3</sup>.

## 2.2 A nacionalidade, a libre circulación de cidadáns da Unión e os empregados públicos

A prohibición de discriminación non se aplicou inicialmente no ámbito das administracións públicas, porque así parecía deducirse do referido artigo 38.4 do Tratado CEE, que reitera o vixente artigo 45.4 TFUE. Non obstante, a xurisprudencia encargouse de ir reducindo os empregos públicos resistentes a esta cláusula antidiscriminatoria<sup>4</sup>.

Por unha banda, o requisito de nacionalidade española, excluindo outros cidadáns da Unión, é contrario á libre circulación de traballadores, salvo, como lembra o Tribunal de Xustiza na súa *sentenza Colexio de Oficiais da Mariña Mercante Española*, no caso dos «empregos que implican unha participación, directa ou indirecta, no exercicio do poder público e nas funcións que teñen por obxecto a salvagarda dos intereses xerais do Estado e das demais entidades públicas e que supoñen pois, por parte dos seus titulares, a existencia dunha relación particular de solidariedade co Estado, así como a reciprocidade de dereitos e deberes que son o fundamento do vínculo de nacionalidade» (apartado 39)<sup>5</sup>.

Neste caso, a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo español preguntáralle ao Tribunal de Xustiza se era conforme co dereito comunitario europeo a reserva que o Real decreto 2062/1999 facía en favor dos españois en canto aos empregos de capitán e primeiro oficial dos buques mercantes españois. O Tribunal de Xustiza recoñece que calquera nacional dun Estado membro ten dereito a acceder a tales empregos, sen discriminación ningunha por razón de nacionalidade.

3 TXUE, auto do 7 de marzo de 2013, *Rafaela Rivas Montes / Instituto Municipal de Deportes de Córdoba*, C-178/12, EU:C:2013:150 (inadmisibilidade e cuestión de cálculo da antigüidade que discrimina os laborais respecto dos funcionarios).

4 Véxanse, para o caso dos notarios, as sentenzas do TXUE (Gran Sala), do 24 de maio de 2011, *Comisión / Bélxica*, C-47/08, EU:C:2011:334; *Comisión / Francia*, C-50/08, EU:C:2011:335; *Comisión / Luxemburgo*, C-51/08, EU:C:2011:336; *Comisión / Portugal*, C-52/08, EU:C:2011:337; *Comisión / Austria*, C-53/08, EU:C:2011:338; *Comisión / Alemaña*, C-54/08, EU:C:2011:339; e *Comisión / Grecia*, C-61/08, EU:C:2011:340 (requisito de nacionalidade para o exercicio de notario).

5 TXCE, sentenza do 30 de setembro de 2003. *Colexio de Oficiais da Mariña Mercante Española / Administración do Estado, Asociación de Navieros Españoles (ANAVE)*, C-405/01, EU:C:2003:515 (reserva aos españois dos empregos de capitán e primeiro oficial dos buques mercantes).

Mesmo cando existen algúns supostos de reserva de empregos públicos a españois, o certo é que a regulación xeral contida no artigo 61 do Estatuto básico do empregado público establece que só excepcionalmente se poderá exixir a nacionalidade española para o acceso á condición de funcionarios. Nos demais casos, como acontece en particular cos laborais, os cidadáns da Unión e os estranxeiros con residencia legal en España poderán acceder ás administracións públicas en igualdade de condicións que os españois.

Por outra banda, existe un efecto de grande importancia para os empregados públicos e que deriva do exercicio da libre circulación da Unión Europea: a regulación dos empregados públicos non pode desincentivar a libre circulación de traballadores.

O Tribunal de Xustiza deixou ben clara esta obriga e en 2006 condenou a España por incumprimento do dereito da Unión por non ter en conta no cálculo dos trienios os períodos de servizo anteriores cubertos polos cidadáns comunitarios na función pública doutros Estados membros<sup>6</sup>. O Tribunal de Xustiza deduciu da súa xurisprudencia, como invocaba a Comisión Europea, que «España debe garantir que se teñan efectivamente en conta a antigüidade e a experiencia profesional adquiridas polos cidadáns comunitarios na función pública doutro Estado membro e concederlles, a este respecto, os mesmos dereitos e vantaxes en materia de clasificación e retribución que os recoñecidos aos cidadáns comunitarios que adquiriron unha experiencia similar na función pública española» (apartado 11).

Isto explica que os títulos ou a experiencia adquirida noutros países da Unión ou en institucións públicas ou privadas se asimilen, para os efectos de acceder ou a promocionar no emprego público, dos obtidos ou adquiridos en España. Así o revelou a *sentenza Fernández de Bobadilla* en relación cos títulos, certificados e outros diplomas que presentou unha cidadá española que obtivera no Reino Unido e que, porén, foi excluída do concurso-oposición. Non obstante, a xuízo do Tribunal de Xustiza, as autoridades españolas, neste caso o Museo do Prado, debían realizar unha comparación entre as aptitudes acreditadas polos ditos títulos e os coñecementos e a capacitación exixidos polas disposicións españolas<sup>7</sup>.

### 2.3 A discriminación por razón da idade dos empregados públicos

A Directiva 2000/78/CE é un instrumento que pretende alcanzar a igualdade de trato no emprego e a ocupación, polo que loita contra as discriminacións baseadas na relixión ou nas conviccións, na discapacidade, na idade ou na orientación sexual<sup>8</sup>. Esta directiva aplícase «a todas as persoas, polo que respecta tanto ao sector público como ao privado, incluídos os organismos públicos» e está a ter un importante efecto no emprego público en España.

O Tribunal de Xustiza tivo ocasión de pronunciarse a petición de xuíces españois sobre a discriminación baseada na idade no acceso á condición de funcionarios en España: os axentes

6 TXCE, sentenza do 23 de febreiro de 2006, Comisión / España (incumprimento por non considerar a antigüidade e a experiencia profesional adquiridas na función pública doutros Estados membros), C-205/04, EU:C:2006:137.

7 TXCE, sentenza do 8 de xullo de 1999, Teresa Fernández de Bobadilla contra Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa do Museo Nacional del Prado, C-234/97, EU:C:1999:367 (recoñecemento de títulos de restauradora de bens culturais).

8 Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación (DOUE n. 303, do 2 de decembro de 2000, p. 16).

da Policía Local en Asturias (*sentenza Vital Pérez*<sup>9</sup>) e os axentes da policía autonómica no País Vasco (*sentenza Salaberría Sorondo*<sup>10</sup>).

No caso asturiano, formulábase se a lei autonómica que establecía a idade máxima de 30 anos para acceder ao posto de Policía Local era conforme coa carta e coa Directiva 2000/78/CE. O Tribunal de Xustiza recoñeceu, en primeiro lugar, a existencia dun principio de non discriminación por razón da idade que debe considerarse un principio xeral do dereito da Unión e que se concretou na Directiva 2000/78 no ámbito do emprego e da ocupación.

En segundo lugar, esta directiva aplícase tanto ao sector público como ao privado en relación co acceso ao emprego, á actividade por conta propia e ao exercicio profesional, incluídos os criterios de selección e as condicións de contratación, independentemente da rama de actividade e en todos os niveis da clasificación profesional.

En terceiro lugar, a cuestión substancial era se o límite dos 30 anos era aplicable aos policía locais, tendo en conta que, nunha sentenza anterior de 2010, a *sentenza Wolf*, o Tribunal de Xustiza considerara que este mesmo límite de idade estaba xustificado para acceder ao posto de bombeiro nun concello alemán<sup>11</sup>.

Por unha parte, o Tribunal de Xustiza considerou que, en aplicación da directiva, a posesión de capacidades físicas específicas é unha característica relacionada coa idade. Para tal efecto, o Tribunal de Xustiza analizou as funcións de axente da Policía Local que en determinados supostos poden requirir o emprego da forza física. Non obstante, é preciso saber se a lexislación asturiana, ao fixar tal límite de idade en 30 anos, impuxo un requisito proporcionado, é dicir, se este límite é apropiado para alcanzar o obxectivo perseguido e se non vai máis alá do necesario para alcanzalo.

No entanto, o Tribunal de Xustiza comprobou que existía unha disparidade manifesta entre as normativas das comunidades autónomas relativas aos axentes da Policía Local no que atinxe á fixación dunha idade máxima para acceder a esta profesión: algunhas normas autonómicas fixábana en 30 anos de idade ou máis (35, 36 ou 40 anos) mentres que outras comunidades autónomas optaran por non fixar límite ningún. Tamén o Goberno español confirmou que suprimira o requisito relativo á idade máxima de 30 anos para o acceso á función de axente da Policía Nacional. E, por último, na *sentenza Wolf* considerárase proporcionada a idade máxima de 30 anos; no caso dos bombeiros, exixíase unha capacidade física «excepcionalmente elevada», mentres que as capacidades que deben ter os axentes locais para poderen cumprir algunhas destas funcións non son sempre comparables. En consecuencia, ao fixar o dito límite de idade en 30 anos para acceder a axente da Policía Local, a xuízo do Tribunal de Xustiza, a lei asturiana impuxera un requisito desproporcionado.

Por outra banda, o Tribunal de Xustiza examinou se a diferenza de trato por razón da idade podía xustificarse por un obxectivo lexítimo vinculado, concretamente, ás políticas de emprego, ao mercado de traballo e á formación profesional. Non obstante, a xuízo do Tribunal de

9 TXUE, sentenza do 13 de novembro de 2014, Mario Vital Pérez / Concello de Oviedo, C-416/13, EU:C:2014:2371 (discriminación por limitar a 30 anos o acceso a Policía Local).

10 TXUE (Gran Sala), sentenza do 15 de novembro de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873 (límite de 35 anos para acceder á Academia Vasca de Policía).

11 TXUE (Gran Sala), sentenza do 12 de xaneiro de 2010, Wolf / Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, EU:C:2010:3 (idade máxima de 30 anos para ingresar como funcionario no corpo municipal de bombeiros).

Xustiza, a lei asturiana non se refire a obxectivo ningún, pero tampouco do contexto xeral desta medida se deduce a lexitimidade, idoneidade e necesidade dos medios empregados para lograr o dito obxectivo. Por exemplo, co límite de idade non se pretende manter unha estrutura de idades equilibrada, promovendo, por exemplo, novos contratos. Pero aínda que se podería xustificar polos requisitos de formación do posto ou pola necesidade dun período de actividade razoable previo á xubilación ou ao pase á segunda actividade, non se xustificou que para conseguir isto se requira un límite de idade de contratación. E, polo que se refire ao obxectivo de garantir un período de actividade razoable previo á xubilación, fixada aos 65 anos, non pode considerarse que o límite dos 30 anos sexa necesario.

En consecuencia, a fixación do límite de 30 anos para presentarse ás probas de acceso a axente da Policía Local é contraria ao principio de non discriminación por razón da idade e non está xustificada.

O Tribunal de Xustiza na súa formación de Gran Sala respondeu, mediante a *sentenza Salaberría Sorondo*, un reenvío prexudicial sobre a conformidade do límite de 35 anos establecido regulamentariamente para o acceso ás prazas da policía autonómica vasca, a *Ertzaintza*, coa Directiva 2000/78/CE.

Neste caso, porén, o Tribunal de Xustiza considerou que as funcións desempeñadas polos corpos de policía das comunidades autónomas eran distintas das encomendadas á Policía Local, porque, por exemplo, a *Ertzaintza* «ten como misión esencial protexer as persoas e os bens, garantir o libre exercicio dos seus dereitos e liberdades e velar pola seguridade cidadá en todo o territorio da Comunidade Autónoma» e, en definitiva, as funcións dos axentes da escala básica da *Ertzaintza* implican tarefas exixentes desde un punto de vista físico.

Polo tanto, e a xuízo do Tribunal de Xustiza, a diferenza de trato en función da idade que resulta da regulación regulamentaria vasca é, por un lado, axeitada ao obxectivo consistente en manter o carácter operativo e o bo funcionamento do servizo de policía e, por outro, non vai máis alá do necesario para alcanzar este obxectivo. Xa que logo, esta regulación autonómica vasca que fixa un límite de idade de 35 anos para acceder á policía autonómica non é contraria á Directiva 2000/78/CE.

A aplicación da Directiva 2000/78/CE, tanto aos empregados públicos como aos do sector privado, segue sendo obxecto de intensa interpretación polo Tribunal de Xustiza, polo que o seu efecto sostido no emprego público español está asegurado no ámbito da discapacidade<sup>12</sup>, das crenzas relixiosas<sup>13</sup>, etc. Esta directiva non impide a plena vixencia do principio de non discriminación por razón do sexo. Neste sentido, na *sentenza Jiménez Melgar*, o Tribunal de Xustiza, xunto aos demais tribunais, segue atento ao respecto polos poderes públicos, neste caso un concello, do principio de igualdade por razón do sexo e, en particular, considerou: «na medida en que a falta de renovación dun contrato de traballo de duración determinada estea motivada polo embarazo da traballadora, constitúe unha discriminación directa por razón de sexo» (apartado 47)<sup>14</sup>.

12 TXUE, sentenza do 1 de decembro de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 (discapacidade e accidente laboral).

13 Véxase, *mutatis mutandis*, TXUE (Gran Sala), sentenza do 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203 (normativa empresarial e traballadora con pano islámico); e TXUE (Gran Sala), sentenza do 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204 (requirimento empresarial a traballadora con pano islámico).

14 TXCE, sentenza do 4 de outubro de 2001, María Luisa Jiménez Melgar / Concello de Los Barrios, C-438/99, EU:C:2001:509 (non renovación dun contrato laboral temporal a tempo parcial de traballadora embarazada).

### 3 A aplicación dos dereitos sociais europeos aos empregados públicos españois

A lexislación europea adoptada co fin de lle impor unha dimensión social ao mercado interior europeo acabou en boa medida beneficiando a totalidade dos empregados públicos españois.

Neste sentido, e independentemente da distinta natureza das relacións dos empregados públicos, produciuse unha aplicación a todos eles, sexan funcionarios, estatutarios ou, desde logo, laborais, en dous ámbitos significativos: a ordenación do tempo de traballo dos empregados públicos españois e o dereito ás vacacións.

A ordenación do tempo de traballo dos empregados públicos viuse afectada pola regulación europea e pola interpretación do Tribunal de Xustiza. Para tal efecto, o Tribunal de Xustiza pronunciouse sobre o réxime aplicable aos gardas civís e ao persoal estatutario de saúde.

Na *sentenza SIMAP*, o Tribunal de Xustiza interpreta as directivas 89/391/CEE e 93/104/CE no que se refire á ordenación do tempo de traballo dos equipos médicos de atención primaria da Comunidade Valenciana<sup>15</sup>.

O Tribunal de Xustiza recorda que estas directivas se aplican a todos os sectores de actividades, públicas ou privadas, con algunhas excepcións para determinadas actividades específicas da función pública, por exemplo, nas Forzas Armadas ou na policía, ou a determinadas actividades específicas nos servizos de protección civil. Polo tanto, chega á conclusión de que tamén se aplican a unha actividade como á dos médicos de equipos de atención primaria. Das directivas deduce o Tribunal de Xustiza normas específicas aplicables ás gardas de presenza física, o traballo nocturno, o traballo a quendas ou o cómputo da xornada semanal.

En virtude do *auto CIG*, aplícaselles a *xurisprudencia SIMAP* tanto ao persoal médico como ao de enfermaría da sanidade pública galega<sup>16</sup>.

Por último, en 2006 o Tribunal de Xustiza considerou que a exclusión do persoal non civil da Administración española da aplicación da Directiva 89/391, que establece os principios xerais en materia de seguridade e de saúde dos traballadores, era contraria ao dereito comunitario europeo<sup>17</sup>. Neste caso, o Tribunal de Xustiza sinalou que só caben excepcións á directiva pola natureza específica de certos labores especiais desempeñados polos traballadores dentro dos ditos sectores e non pola pertenza dos traballadores aos distintos sectores, isto é, as Forzas Armadas, a policía e o servizo de protección civil, de xeito que só en situacións excepcionais deixaría de aplicarse a Directiva 89/391, aínda que esta lles exige ás autoridades nacionais que tamén neses casos velen para que a seguridade e a saúde dos traballadores queden aseguradas «na medida do posible».

15 TXCE, sentenza do 3 de outubro de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) / Consellería de Sanidade e Consumo da Generalitat Valenciana, C-303/98, EU:C:2000:528 (horario e xornada de traballo dos médicos estatutarios valencianos).

16 TXCE, auto do 3 de xullo de 2001, CIG, C-241/99, EU:C:2001:371 (atención continuada dos médicos e enfermeiros estatutarios galegos).

17 TXCE, sentenza do 12 de xaneiro de 2006, Comisión / España (incumprimento da Directiva marco de seguridade e de saúde dos traballadores á policía e Forzas Armadas), C-132/04, EU:C:2006:18.



Así mesmo, en 2010 o Tribunal de Xustiza considerou que España incumpriía a Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo en relación cos membros das Forzas Armadas e da Garda Civil<sup>18</sup>.

Noutros eidos, como é o caso das vacacións, a copiosa xurisprudencia europea ao respecto no ámbito privado tamén se aplica no ámbito público e, en particular, aos empregados públicos españois.

Así o dixo o Tribunal de Xustiza na *sentenza Neidel* respecto dun funcionario, neste caso, bombeiro da cidade de Frankfurt que se xubilara sen ter gozado de vacacións nos tres últimos anos debido a unha enfermidade<sup>19</sup>. Sobre o particular, o Tribunal de Xustiza subliñou: «o dereito a vacacións anuais retribuídas non só ten unha importancia especial, pola súa condición de principio do dereito social da Unión, senón que tamén está expresamente recoñecido no artigo 31, apartado 2, da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea, á que o artigo 6 TUE, apartado 1, lle recoñece o mesmo valor xurídico que aos tratados» (apartado 40), polo que a regulación alemá resulta limitada polo dereito recoñecido polo dereito da Unión.

En suma, a interpretación uniforme das directivas europeas está a provocar unha crecente laborización dos dereitos de todos os empregados públicos españois. Ou, por dicilo de xeito máis neutro, estase a producir unha clara converxencia entre os estatutos dos distintos empregados públicos como consecuencia da aplicación do dereito da Unión Europea.

## 4 A protección europea dos empregados públicos temporais en España

A protección dos empregados públicos temporais, a través da Directiva 1999/70/CE, que aplica o Acordo marco sobre o traballo con contrato de duración determinada, tivo uns efectos extraordinarios nas regulacións nacionais<sup>20</sup>.

Nun estudo máis xeral, intentei recompilar e explicar a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza sobre esta Directiva na Unión Europea que se expresou ata 2017 mediante 38 sentenzas e autos interpretativos que afectan de xeito especial a países como España (16), Italia (11) e Grecia (4)<sup>21</sup>.

Por iso agora me centro nos efectos específicos no dereito español e, en particular, cál foi a recepción polos xuíces españois destes criterios que, sen lugar a dúbidas, están a producir efectos de extraordinario alcance no emprego público español ata o punto de cuestionar en certa medida, como xa o fixese en Italia e en Grecia, un principio como o de igualdade, mérito e capacidade no acceso ao emprego público.

18 TXUE, sentenza do 20 de maio de 2010, Comisión / España (aplicación da Directiva sobre ordenación do tempo de traballo ás Forzas Armadas e á Garda Civil), C-158/09, EU:C:2010:292.

19 TXUE, sentenza do 3 de maio de 2012, Georg Neidel / Stadt Frankfurt am Main, C-337/10, EU:C:2012:263 (compensación en caso de enfermidade de funcionario bombeiro por vacacións non gozadas).

20 Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada (DOUE n. 175, do 10 de xullo de 1999, p. 43).

21 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017, pp. 227-253.

En primeiro lugar, a Directiva 1999/70/CE ten unha finalidade clara consistente, por unha parte, en equiparar os empregados temporais cos fixos na medida do posible e sempre que non estea xustificada a distinción e, por outra, pretende loitar contra o abuso na utilización dos contratos temporais. Esta distinción é moi importante porque as solucións nun e noutro caso, desde o punto de vista xudicial, son distintas. En efecto, cando se aprecia unha discriminación do traballador temporal, a solución é aplicarlle a normativa do traballador fixo nunha situación comparable. En cambio, cando existe un abuso na contratación, a solución pode que non veña ben establecida polo lexislador e finalmente sexa o xuíz nacional o que deba atopala sempre e cando sexa efectiva e disuasoria en relación coa finalidade da directiva.

En segundo lugar, a Directiva 1999/70/CE aplícase a todos os empregados públicos. Así se deduce con claridade da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. Como recorda a *sentenza Márquez Samohano*: «o concepto de traballador con contrato de duración determinada [...] engloba todos os traballadores, sen establecer diferenzas en función do carácter público ou privado do empregador para o que traballan» (apartado 38)<sup>22</sup>.

Agora ben, cómpre insistir en que esta aplicación a todos os empregados públicos non implica unha equiparación de todos os empregados públicos, senón que a comparación debe facerse entre situacións equivalentes (por exemplo, entre funcionarios, por unha parte, e laborais, por outra). Cabería mesmo admitir unha asimilación entre funcionarios e persoal estatutario, pero non parece que en España todos os empregados públicos teñan en realidade un réxime homoxéneo comparable, como se deduce do EBEP e da repartición do control entre a xurisdición social e a xurisdición contencioso-administrativa.

#### 4.1 A equiparación dos dereitos dos empregados públicos fixos e temporais (cláusula 4.1 do acordo)

En aplicación da directiva e da xurisprudencia europea, estase a conseguir unha igualación dos dereitos dos empregados fixos e os empregados temporais tamén no sector público.

Estes efectos derivan da cláusula 4.1 do acordo, conforme a cal: «Polo que respecta ás condicións de traballo, non poderán tratarse os traballadores cun contrato de duración determinada dun xeito menos favorable que os traballadores fixos comparables polo mero feito de teren un contrato de duración determinada, agás que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas».

Os cambios derivados da aplicación da cláusula 4.1 do acordo foron espectaculares no dereito español na medida en que se viron afectados o recoñecemento de complementos retributivos dos empregados públicos fixos e temporais (trienios, sexenios e carreira profesional), a consideración de méritos obtidos como empregados temporais para os efectos da promoción profesional, a conversión de xornadas a tempo completo en xornadas a tempo parcial, a indemnización por cesamento e, é moi probable, outros ámbitos tan afastados da natureza das relacións temporais como a excedencia.

No dereito español e fronte ao sistema tradicional imperante legalmente ata 2007, todos os empregados públicos temporais conseguiron o recoñecemento dos trienios devindicados. Así

---

22 TXUE, sentenza do 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano / Universidade Pompeu Fabra, C-190/13, EU:C:2014:146 (terminación dun contrato laboral de profesor asociado a tempo parcial).

aconteceu a partir da *sentenza Del Cerro Alonso*<sup>23</sup>, a *sentenza Gavieiro Gavieiro*<sup>24</sup>, o *auto Montoya Medina*<sup>25</sup> e a *sentenza Regojo Dans*<sup>26</sup>.

Na *sentenza Del Cerro Alonso* resolvíase a reclamación, formulada ante o Xulgado do Social de San Sebastián, dunha auxiliar administrativa que deviñera fixa de cadro de persoal e que solicitaba o recoñecemento, para os efectos de trienios, dos doce anos de servizos prestados como persoal estatutario temporal en diversos hospitais do Servizo Vasco de Saúde.

Na *sentenza Gavieiro Gavieiro*, o Tribunal de Xustiza permitiu recoñecer o dereito de dúas funcionarias da educación non universitaria galega a percibir os trienios devindicados como interinas durante máis de nove anos.

A partir do *auto Montoya Medina* do Tribunal de Xustiza, estableceuse a mesma equiparación entre profesores contratados doutores e profesores axudantes doutores, cunha vinculación laboral coa Universidade de Alacante.

En fin, a *sentenza Regojo Dans* ten a particularidade de recoñecer o dereito aos trienios no caso de persoal eventual, é dicir, de designación política ou de confianza pero que neste caso levaba máis de 31 anos en órganos constitucionais realizando funcións administrativas. O propio Tribunal de Xustiza descobre que, cando os funcionarios de carreira son nomeados persoal eventual, perciben os trienios que se lle negan a este persoal. Polo tanto, o Tribunal de Xustiza acaba recoñecéndolle tamén ao persoal eventual os trienios, en aplicación da cláusula 4.1 do acordo.

Non obstante, o Tribunal Supremo, ao resolver o *asunto Regojo Dans*, trata de limitalo unicamente ao persoal eventual que desempeña labores de oficina de colaboración que son propios da categoría de auxiliar administrativo, pero isto «non significa que calquera posto desempeñado por persoal eventual se atope necesariamente nunha situación comparable á dos funcionarios de carreira»<sup>27</sup>.

Practicamente nos mesmos termos, o Tribunal de Xustiza recoñeceu o dereito dos funcionarios docentes non universitarios á percepción dos denominados sexenios. Así, o *auto Lorenzo Martínez* considerou que era contraria á cláusula 4.1 do acordo a normativa española que reservaba, sen ningunha xustificación por razóns obxectivas, o dereito a percibir o complemento retributivo por formación permanente unicamente aos profesores funcionarios de carreira, excluindo os profesores funcionarios interinos, cando, en relación coa percepción

23 TXCE, sentenza do 13 de setembro de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509 (trienios do persoal estatutario de saúde no País Vasco).

24 TXUE, sentenza do 22 de decembro de 2010, Rosa María Gavieiro Gavieiro e Ana María Iglesias Torres / Consellería de Educación e Ordenación Universitaria da Xunta de Galicia, C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819 (recoñecemento de trienios do persoal docente interino non universitario).

25 TXUE, auto do 18 de marzo de 2011, David Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial e Universidade de Alacante, C-273/10, EU:C:2011:167 (trienios de docente universitario interino).

26 TXUE, sentenza do 9 de xullo de 2015, María José Regojo Dans / Consello de Estado, C-177/14, EU:C:2015:450 (trienios do persoal eventual ou de confianza política das administracións españolas).

27 Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentenza do 21 de xaneiro de 2016, recurso n. 526/2012, ES:TS:2016:180, relator: Maurandi Guillén (antigüidade do persoal eventual no *asunto Regojo Dans*).

do dito complemento, ambas as dúas categorías de traballadores se achán en situacións comparables<sup>28</sup>.

Tamén a carreira profesional, complemento retributivo que se estableceu unicamente en favor dos empregados públicos fixos, tivo que ser ampliada aos empregados públicos temporais por aplicación da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. No *auto Álvarez Santirso*, o Tribunal de Xustiza considerou que era contraria á directiva a reserva aos funcionarios de carreira da participación no plan de avaliación da función docente e do incentivo correspondente, excluindo os funcionarios interinos<sup>29</sup>.

A conversión de xornada a tempo completo en xornada a tempo parcial é discriminatoria cando esta medida afecta unicamente a empregados públicos temporais. Así o recoñeceu o Tribunal de Xustiza no *auto Rodrigo Sanz*, en resposta a un reenvío prexudicial relativo á decisión da Universidade Politécnica de Madrid de transformar a xornada a tempo completo en xornada a tempo parcial de determinados profesores interinos. Neste caso a lei de orzamentos da Comunidade de Madrid para 2012 permitira reducir a xornada dalgúns profesores interinos a tempo completo que non fosen doutores, o que supuxo a redución da xornada e o soldo dun profesor interino que levaba máis de 30 anos como docente. Non obstante, o Tribunal de Xustiza considerou que esta discriminación era contraria á cláusula 4.1 do acordo, sen que poida xustificarse por razóns orzamentarias nin de autoorganización. Por se quedase algunha dúbida, o Tribunal de Xustiza subliñou que a cláusula 4.1 do acordo marco era incondicional e suficientemente precisa para ser invocada polos particulares ante un xuíz e fronte ás autoridades públicas.

Tampouco é admisible discriminar, á hora de determinar o valor da experiencia profesional, os empregados públicos fixos en detrimento dos temporais.

Na *sentenza Rosado Santana*, o Tribunal de Xustiza considera que, para os efectos da promoción interna dos funcionarios, é contrario ao artigo 4.1 do acordo que os períodos de servizo cumpridos por un funcionario interino dunha Administración pública que xa adquiriu a condición de funcionario de carreira non sexan tidos en conta para o acceso a unha promoción interna. O propio Tribunal de Xustiza chega a subliñar: «o mero feito de que o funcionario interino teña cumprido os ditos períodos de servizo sobre a base dun contrato ou dunha relación de servizo de duración determinada non constitúe tal razón obxectiva» (apartado 85).

Non obstante, na mesma sentenza o Tribunal de Xustiza advertira da facultade de apreciación das autoridades nacionais para aplicar a directiva que lles permite «establecer requisitos de antigüidade para acceder a determinados postos, restrinxir o acceso á promoción interna aos funcionarios de carreira e exixir-lles que demostren ter unha experiencia profesional correspondente ao grupo inmediatamente inferior ao que é obxecto do proceso selectivo» (apartado 75).

A indemnización por cesamento dos empregados públicos non pode aplicarse discriminatoriamente. Esta é a interpretación que fai o Tribunal de Xustiza na *sentenza De Diego*

---

28 TXUE, auto do 9 de febreiro de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Xunta de Castela e León, C-556/11, EU:C:2012:67 (complemento retributivo por formación ou sexenios de docentes interinos non universitarios).

29 TXUE, auto do 21 de setembro de 2016, Carlos Álvarez Santirso / Consellaría de Educación, Cultura e Deporte do Principado de Asturias, C-631/15, EU:C:2016:725 (carreira profesional dos profesores interinos non universitarios).

*Porras*<sup>30</sup>. Neste caso tratábase dunha interina laboral do Ministerio de Defensa que rematou o contrato como consecuencia da incorporación da traballadora á cal substituíra mentres cumpría funcións sindicais.

A cuestión máis espiñenta que tivo que resolver o Tribunal de Xustiza referíase á comparación da traballadora interina, sen dereito a indemnización, cunha traballadora fixa que tivese tido dereito a indemnización por cesamento. O Tribunal de Xustiza chegou á conclusión de que non quedaba xustificada a discriminación que se establece no dereito español e, ademais, o propio dereito español prevé a concesión dunha indemnización por finalización do contrato a outras categorías de traballadores con contrato de duración determinada.

A excedencia tamén é un ámbito aboado para a discriminación entre funcionarios de carreira e interinos, tal como expuxo ao Tribunal de Xustiza a avogada xeral Sharpston no *asunto Vega González*, no que lle reconece o dereito a non ser discriminada no exercicio dos dereitos derivados da excedencia, neste caso o pase á situación de servizos especiais mentres o interino exerce un cargo público representativo, aplicados aos funcionarios de carreira<sup>31</sup>. Como sinala a avogada xeral, «a Sra. Vega González non solicitou unha garantía absoluta de reincorporación ao final do seu mandato na Xunta Xeral do Principado de Asturias, senón que solicitou o dereito a reincorporarse se, naquel momento, o posto que ocupaba a) non fose amortizado e b) non estivese ocupado por un funcionario de carreira» (punto 42).

O Tribunal de Xustiza acabou aceptando esta interpretación na *sentenza Vega González*, conforme a cal ao funcionario interino «se lle garantiría o reingreso no seu posto, sempre que, entremetres, non tivese sido amortizado ou ocupado por un funcionario de carreira» (apartado 50)<sup>32</sup>.

## 4.2 As medidas contra o abuso na contratación temporal no emprego público (cláusula 5.1 do acordo)

A cláusula 5.1 do acordo ten outra finalidade e presenta problemas de diferente índole. Con esta previsión, a directiva trata de loitar contra o encadeamento abusivo de contratos temporais, o cal no caso do emprego público afecta seriamente ao principio constitucional de igualdade, mérito e capacidade, dada a xeneralización deste tipo de contratos ou nomeamentos no ámbito laboral, estatutario ou funcional.

O problema máis importante que atopa a aplicación desta cláusula 5.1 do acordo é que non fose incorporada polo lexislador ao dereito nacional. En efecto, e a diferenza da cláusula 4.1, a cláusula 5.1 non ten efecto directo, senón que enuncia unha obriga dos Estados membros de introducir, para previr os abusos pola utilización sucesiva de contratos ou relacións laborais de duración determinada e de acordo coas necesidades dos distintos sectores e categorías dos traballadores, unha ou varias medidas legais. O acordo refírese concretamente a tres: medidas protectoras vinculadas a razóns obxectivas que xustifiquen a renovación de tales

30 TXUE, sentenza do 14 de setembro de 2016, Ana de Diego Porras / Ministerio de Defensa, C-596/14, EU:C:2016:683 (contrato de duración determinada e indemnización por cesamento de interina laboral).

31 TXUE, Conclusións da avogada xeral Eleanor Sharpston, do 7 de setembro de 2017, Margarita Isabel Vega González / Consellaría de Facenda e Sector Público do Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:647 (excedencia especial con reserva de posto de funcionaria interina).

32 TXUE, sentenza do 20 de decembro de 2017, Margarita Vega González / Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:1014 (Directiva 1999/70 e servizos especiais ou excedencia de funcionaria interina).

contratos; fixación dunha duración máxima total dos sucesivos contratos; e limitación do número de renovacións.

A directiva intentou incorporarse ao dereito español a través dunha lei de 2001, referida unicamente aos empregados públicos laborais<sup>33</sup>. Pero formalmente non se intentou, salvo fragmentariamente en materia de trienios e execución de programas de carácter temporal, tal como se recolle no EBEP, ou en relación co persoal estatutario temporal do estatuto marco<sup>34</sup>, a transposición da directiva en relación cos funcionarios nin co persoal estatutario de saúde<sup>35</sup>. En todo caso, a xurisprudencia europea revelou reiteradamente que a transposición en España ou non existe ou é errónea. Polo tanto, de acordo coa xurisprudencia europea, os remedios contra o abuso no emprego público temporal irán desde a indemnización ata a transformación en indefinido non fixo da relación do empregado coa Administración. Así o explicou o Tribunal de Xustiza no *auto León Medialdea*<sup>36</sup> e nas *sentenzas Márquez Samohano, Pérez López*<sup>37</sup> e *Martínez Andrés*<sup>38</sup>.

O *auto León Medialdea* refírese ao abuso da contratación laboral temporal por un Concello granadino que este resolve coa amortización do posto de traballo e a finalización da relación laboral sen indemnización ningunha. Non obstante, e a xuízo do Tribunal de Xustiza, a directiva non impón unha obriga xeral de transformar os contratos de traballo de duración determinada en contratos por tempo indefinido. Agora ben, é contraria á Directiva 1999/70 unha amortización da praza sen aboarlle indemnización. Neste caso a opción para o Tribunal de Xustiza é clara fronte ao uso abusivo da contratación laboral temporal do Concello: a indemnización da traballadora como consecuencia da amortización do seu posto de traballo.

A *sentenza Márquez Samohano* referíase á non renovación dun contrato laboral dun profesor asociado universitario. Neste caso, o Tribunal de Xustiza responde que a renovación sucesiva destes contratos de traballo pode estar xustificada por unha razón obxectiva, se o profesor asociado é un profesional de prestixio que desenvolve o seu labor fóra da universidade; non obstante, a renovación de contratos de asociado para atender a necesidades que en realidade non teñen carácter temporal, senón moi ao contrario permanente e duradeiro, non está xustificada polo dereito da Unión.

Na *sentenza Pérez López*, o Tribunal de Xustiza aborda o abuso do encadeamento abusivo de nomeamentos de persoal estatutario, unha enfermeira do Servizo Madrileño de Saúde á que lle renovaron en numerosas ocasións o seu nomeamento.

33 Lei 12/2001, do 9 de xullo, de medidas urxentes de reforma do mercado de traballo para o incremento do emprego e a mellora da súa calidade (BOE n. 164, do 10 de xullo de 2001).

34 Lei 55/2003, do 16 de decembro, do Estatuto marco do persoal estatutario dos servizos de saúde (BOE n. 301, do 17 de decembro de 2003).

35 ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 10, dispoñible en [http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL\\_aplicacion\\_principio\\_no\\_discriminacion\\_personal\\_temporal.pdf](http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf) (última consulta 16/09/2017).

36 TXUE, auto do 11 de decembro de 2014, Marta León Medialdea / Concello de Huétor Vega, C-86/14, EU:C:2014:2447 (remedios contra os abusos do encadeamento de contratos de duración determinada).

37 TXUE, sentenza do 14 de setembro de 2016, María Elena Pérez López / Servizo Madrileño de Saúde, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos de duración determinada e nomeamentos sucesivos de persoal estatutario temporal).

38 TXUE, sentenza do 14 de setembro de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servizo Vasco de Saúde, e Juan Carlos Castrejana López / Concello de Vitoria, C-184/15 e C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos de duración determinada de persoal estatutario temporal e de funcionario interino).

Recordando a xurisprudencia previa, o Tribunal de Xustiza sinala: «cando se produciu unha utilización abusiva de contratos de traballo de duración determinada sucesivos, é indispensable poder aplicar algunha medida que ofrezga garantías de protección dos traballadores efectivas, co obxecto de sancionar debidamente o dito abuso e eliminar as consecuencias da infracción do dereito da Unión» (apartado 33).

Non obstante, o Tribunal de Xustiza tamén precisa que é posible e está xustificado o recurso ao emprego temporal porque: «nunha Administración que dispón de numeroso persoal, como o sector da sanidade pública, é inevitable que con frecuencia sexan necesarias substitucións temporais a causa, en particular, da indispoñibilidade de membros do persoal en situación de baixa por enfermidade, de permiso de maternidade ou de permiso parenteral ou outras (apartado 45). En cambio, o Tribunal de Xustiza non admite que «nomeamentos de duración determinada poidan renovarse para desempeñar de xeito permanente e estable funcións dos servizos de saúde incluídas na actividade normal do persoal estatutario fixo» (apartado 47).

Unha vez comprobado o uso abusivo do nomeamento de persoal estatutario, o Tribunal de Xustiza busca os remedios equivalentes e efectivos, chegando á conclusión de que «a creación dun posto fixo e a conversión dun contrato de duración determinada nunha relación laboral por tempo indefinido [poden] ser un recurso eficaz contra a utilización abusiva dos contratos temporais» (apartado 53).

Non obstante, o Tribunal de Xustiza volve rexeitar nesta *sentenza Pérez López*, como o fixera no xa comentado *auto Rivas Montes*, a pregunta sobre a comparación entre persoal laboral e persoal funcionario ou estatutario, dado que a comparación entre fixos e temporais procede unicamente dentro de cada categoría de empregado público.

En fin, a *sentenza Martínez Andrés* refírese ao abuso nos nomeamentos temporais do persoal estatutario temporal do Servizo Vasco de Saúde e dun funcionario interino do Concello de Vitoria.

En primeiro lugar, a solución fronte ao abuso, di o Tribunal de Xustiza, debe pasar por medidas proporcionadas, efectivas e disuasorias para garantir a plena eficacia das normas adoptadas en aplicación do acordo (apartado 36).

En segundo lugar, a xuízo do Tribunal de Xustiza, é posible que a utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada corra sortes diferentes nun Estado membro segundo estes contratos fosen asinados cun empregador do sector privado ou do sector público (apartado 40).

En terceiro lugar, o Tribunal de Xustiza sinala que sempre ten que haber unha medida efectiva e disuasoria, de xeito que, se «non existe ningunha medida equivalente e eficaz de protección respecto do persoal que presta servizos nas administracións públicas en réxime de dereito administrativo, a asimilación do dito persoal con relacións de servizo de duración determinada aos traballadores indefinidos non fixos, conforme a xurisprudencia nacional existente, podería ser unha medida apta para sancionar a utilización abusiva dos contratos de traballo de duración determinada e eliminar as consecuencias da infracción do disposto no acordo marco» (apartado 53).

Regap



NOTAS

### 4.3 Os efectos europeos da Directiva 1999/70 na xurisprudencia laboral e contencioso-administrativa dos tribunais españois

A xurisprudencia española empezou a deducir todas as consecuencias tanto no caso de equiparación entre empregados públicos fixos e temporais como nos supostos de abuso da contratación temporal de empregados públicos. Non obstante, en ocasións relacionadas precisamente coa aplicación da Directiva 1999/70, a xurisprudencia europea atopou algunhas resistencias para a súa aplicación polos xuíces españois. Non obstante, estas resistencias foron combatidas e superadas mediante a adopción de leis<sup>39</sup> ou coa axuda do mesmo Tribunal Constitucional español<sup>40</sup>.

Agora ben, as respostas da xurisdición laboral e da xurisdición contencioso-administrativa non son uniformes e teñen preocupacións moi distintas.

No ámbito da xurisdición social abriuse un importante debate sobre o alcance da igualación da indemnización aplicada, como parece deducirse da xurisprudencia europea, a todo tipo de contratos temporais<sup>41</sup>. Non obstante, no caso de abuso de contratacións temporais, a xurisdición laboral non parece ter maiores problemas ao recorrer á figura do indefinido non fixo, creado xurisprudencialmente e consagrado legalmente no artigo 8 EBEP.

En cambio, na xurisdición contencioso-administrativa a cuestión da indemnización por cesamento non parece ter maiores problemas na medida en que non hai previsión ningunha de indemnización por cesamento de funcionario de carreira ou estatutario fixo. Non obstante, constitúe un verdadeiro desafío para os xuíces do contencioso-administrativo introducir no réxime español da función pública e, en menor medida, no ámbito do persoal estatutario a figura do funcionario (ou persoal estatutario) indefinido non fixo<sup>42</sup>.

#### 4.3.1 A aplicación da cláusula 4.1 do acordo: a equiparación de indemnizacións por cesamento a todos os empregados públicos temporais?

O alcance da cláusula 4.1 do acordo segue formulando interrogantes entre os xuíces españois que volveron preguntar ao Tribunal de Xustiza en varios supostos, especialmente no que se refire ao alcance da equiparación entre fixos e laborais para os efectos de recoñecer a indemnización por cesamento ou despedimento.

En efecto, o alcance da indemnización por cesamento do persoal temporal supón a gran preocupación dos tribunais españois que tratan de buscar unha clarificación da *sentenza De Diego Porras*, tanto no emprego privado como no emprego público.

---

39 Lei andaluza 2/2016, do 11 de maio, pola que se modifica a Lei 6/1985, do 28 de novembro, de ordenación da función pública da Junta de Andalucía (BOE n. 129, do 28 de maio de 2016).

40 TC (Pleno), sentenza n. 232/2015, do 5 de novembro de 2015, ES:TC:2015:232, relator: Enríquez Sancho (amparo por non aplicación da *xurisprudencia Lorenzo Martínez* en materia de sexenios de funcionarios docentes). Previamente e nunha situación similar, a actitude fora totalmente pasiva: TC (Pleno), sentenza n. 212/2014, do 18 de decembro de 2014, relator: González-Trevijano Sánchez (aplicación da *xurisprudencia Rosado Santana* do Tribunal de Xustiza e cuestión prexudicial).

41 GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea*, n. 41, 2016.

42 CANTERO MARTÍNEZ, J., "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017, pp. 8-29.



No ámbito da xurisdición social, a equiparación entre os temporais e os fixos laborais segue suscitando problemas interpretativos, como demostra o *asunto De Diego Porras*.

A demanda fora desestimada polo Xulgado do Social, pero en suplicación o Tribunal Superior madrileño formulou a cuestión prexudicial e, apoiándose na Directiva 1999/70 e á vista da interpretación do Tribunal de Xustiza, concluíu que non se podía discriminar a traballadora «en canto á indemnización pola extinción da relación laboral, como consecuencia do tipo de contrato suscrito e, por conseguinte, ten dereito a igual indemnización que a que lle correspondería a un traballador fixo comparable de extinguirse o seu contrato por outra causa obxectiva, sendo neste caso evidente a igualdade nos termos de comparación respecto da traballadora á que veu substituíndo»<sup>43</sup>. En consecuencia, o tribunal madrileño declarou extinguido o contrato entre Ana de Diego Porras e o Ministerio de Defensa, pero condenou o Ministerio a aboar unha indemnización de 6.141,85 euros correspondentes a 20 días por mes en relación cos máis de sete anos vinculada interinamente á Administración. Non obstante, en casación ante o Tribunal Supremo, a Sala do Social acaba de formular en vía prexudicial, en virtude do auto do 25 de outubro de 2017, unha nova cuestión<sup>44</sup>.

A reacción dos expertos e da xurisdición social tratou de limitar unha xeneralización da indemnización polo cesamento dos traballadores temporais.

Por unha parte, en 2017, dentro do Grupo de Expertos do Ministerio de Traballo, subliñouse «a confusión conceptual en que incorre a sentenza de referencia ao equiparar as que denomina “razóns obxectivas” de finalización dos contratos de duración determinada (configuradas na cláusula 3 do Acordo marco anexo á Directiva 1999/70/CE como causas de extinción que se producen por razóns alleas á vontade das partes) coa extinción por vontade do empresario baseada na causa obxectiva prevista no artigo 52. c) ET; unha distinción esta que coñecen todos os ordenamentos dos Estados membros, que é compatible co Acordo marco e que tamén se acolle, acertadamente, noutras decisións do tribunal europeo (recentemente, na sentenza do 13 de maio de 2015, *caso Rabal Cañas*)»<sup>45</sup>. O propio Tribunal de Xustiza da Unión Europea chegou a recoñecer, inusitadamente, ante a prensa española en Luxemburgo que poderían non ter entendido a cuestión prexudicial, podendo emendarse a dita incompreensión mediante futuros reenvíos<sup>46</sup>.

Por outra parte, antes que a Sala do Social do Tribunal Supremo, outros tribunais do social reaccionaran formulando novas cuestións prexudiciais.

Así, fíxoo xa en 2016 a Sala do Social do Tribunal Superior de Galicia, cando preguntou no *asunto Grupo Norte Facility* se era comparable a extinción do contrato de traballo no Estatuto dos traballadores ben por “circunstancias obxectivas” (art. 49.1.c) ben por “causas

43 TSX Madrid (Sala Social, Sección 3.ª), sentenza do 5 de outubro de 2016, recurso n. 246/2014, ES:TSXM:2016:8982, relator: García Alarcón (*asunto Ana de Diego Porras*, indemnización por remate de contrato de interinaxe laboral no sector público).

44 TS (Sala Social), auto do 25 de outubro de 2017, recurso 3970/2016, relator: Arastey Sahún (cuestión prexudicial sobre o alcance da xurisdición de *De Diego Porras*); ante o Tribunal de Xustiza rexistrouse como asunto C-619/17.

45 Conclusións provisionais do Grupo de Expertos sobre a STXUE 14.9.2016, caso De Diego Porras, do 19 de febreiro de 2017, nomeado polo Ministerio de Traballo e Seguridade Social.

46 A esta situación contribuíu que o propio presidente do Tribunal de Xustiza da Unión Europea recoñecese o 17 de febreiro de 2017 en Madrid que sería moi probable unha reconsideración da xurisprudencia De Diego Porras; véxase, *El presidente del TJUE señala que la cuestión sobre la indemnización de los interinos “no ha terminado”*, Europa Press, Madrid, 17/02/2017, dispoñible en <http://www.europapress.es/economia/legal-00345/noticia-presidente-tjue-senala-cuestion-indemnizacion-interinos-no-terminado-20170217144257.html> (último acceso 24/09/2017).

obxectivas” (art. 52)<sup>47</sup>. Con iso, o tribunal galego pretende saber se se aplica a cláusula 4.1 do acordo a unha indemnización pola extinción laboral dun contrato de relevo que é por natureza de duración determinada, cuestión prexudicial que reitera en 2017 no *asunto Rodríguez Otero* respecto do emprego público<sup>48</sup>.

O Xulgado do Social n. 33 de Madrid tamén accedeu ao Tribunal de Xustiza, no *asunto Montero Mateos*, para saber se é conforme coa directiva a non indemnización pola extinción dun contrato temporal de interinidade para cobertura de vacante por vencemento do termo que deu lugar á súa subscrición entre un organismo público e a traballadora, mentres que no caso dun traballador fixo comparable que foi despedido por unha causa obxectiva se prevé unha indemnización de 20 días por ano<sup>49</sup>.

De feito, a avogada Genera J. Kokott xa se pronunciou sobre dous destes asuntos e sinalou con toda claridade a necesidade de reformular a cuestión: «Este asunto dálle ao Tribunal de Xustiza a oportunidade de afondar especialmente neste aspecto –ao que, ao meu xuízo, non se prestou suficiente atención na sentenza De Diego Porras– e de reconsiderar a súa xurisprudencia a este respecto»<sup>50</sup>.

Tamén o Xulgado do Social de Terrasa lle remitiu no *asunto Vernaza Ayovi* varias cuestións ao Tribunal de Xustiza sobre a diferente resposta legal do dereito español ante un despedimento disciplinario considerado improcedente: tratándose dun traballador fixo ao servizo das administracións públicas, debe readmitirse, pero se é indefinido ou temporal, realizando as mesmas funcións que un fixo, outorga a posibilidade de non readmitilo a cambio dunha indemnización. A pregunta refírese tanto ao artigo 4.1 do acordo como ao artigo 20 da Carta de dereitos fundamentais da Unión Europea<sup>51</sup>.

En fin, a Sala do Social do Tribunal Supremo, no *asunto De Diego Porras II*, pídelle ao Tribunal de Xustiza que aclare «se, á luz da directiva, sería exixible que, en todo caso, a extinción dun contrato temporal por cumprimento da súa finalidade debe levar consigo o dereito a unha indemnización e, en tal caso, se a dita indemnización debe establecerse de forma análoga á que o mesmo ordenamento establece para as demais causas de extinción dos contratos de traballo».

Polo tanto, parece que os tribunais do social en España se puxeron de acordo en que o Tribunal de Xustiza clarifique o alcance da *xurisprudencia De Diego Porras*. Deste xeito, parece que se poderá impor un pouco de orde no que se refire á aplicación da cláusula 4.1 do acordo e o réxime aplicable de equiparación de indemnizacións, aínda que non pode deixar de subliñarse que o Tribunal de Xustiza ditou xa case 40 sentenzas referidas á Directiva 1999/70 e á súa interpretación.

---

47 TXUE, reenvío prexudicial Grupo Norte Facility S. A. / Ángel Manuel Moreira Gómez, C-574/16.

48 TXUE, reenvío prexudicial Simón Rodríguez Otero / Televisión de Galicia, S. A., C-212/17.

49 TXUE, reenvío prexudicial Montero Mateos / Axencia Madrileña de Atención Social da Consellaría de Políticas Sociais e Familia da Comunidade Autónoma de Madrid, C-677/16.

50 Conclusións da Avogada Genera J. Kokott, do 20 de decembro de 2017, C-574/16, Grupo Norte Facility, EU:C:2017:1022; e C-677/16, Montero Mateos, EU:C:2017:1021, apartados 53 e 48, respectivamente.

51 TXUE, reenvío prexudicial, Gardenia Vernaza Ayovi / Consorci Sanitari de Terrasa, C-96/17.

En cambio, na xurisdición contencioso-administrativa, a falta de comparación dunha pretendida indemnización por cesamento de funcionarios de carreira ou estatutario fixo parece descartar a necesidade de indemnizar o cesamento de funcionarios interinos ou estatutarios temporais<sup>52</sup>. Non obstante, algúns xulgados comezaron a aplicar a mesma doutrina que no ámbito social sen teren en conta, ao meu xuízo, o requisito da comparabilidade<sup>53</sup>. En todo caso, a presión dos funcionarios e do persoal estatutario pretenderá e probablemente consiga aplicar as mesmas vantaxes sociais previstas no ámbito estritamente das relacións laborais<sup>54</sup>.

De xeito complementario, os xuíces españois seguen abrindo novos camiños na aplicación da Directiva 1999/70 no que se refire ao ámbito educativo en todos os niveis.

A Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha pregúntalle ao Tribunal de Xustiza sobre o réxime temporal dos funcionarios docentes non universitarios durante as vacacións escolares, en xuño e agosto, e que son contratados novamente en setembro, no *asunto Viejobueno Ibáñez*<sup>55</sup>.

No ámbito do complemento de carreira profesional de funcionario universitario, o Xulgado do Contencioso-administrativo de Zaragoza pregúntalle ao Tribunal de Xustiza, no *asunto Centeno Meléndez*, se o artigo 4.1 do convenio é aplicable ao complemento retributivo de carreira horizontal<sup>56</sup>.

#### 4.3.2 A aplicación da cláusula 5.1 do acordo en España: a xeneralización do emprego público indefinido non fixo?

En caso de abuso na contratación temporal, fórmulanse problemas moi distintos na xurisdición social e na contencioso-administrativa, na medida en que unha xa conta cunha figura, como é a do traballador indefinido non fixo, que resulta difícil de aplicar ao persoal estatutario e, de xeito especial, aos funcionarios.

En efecto, a solución da xurisdición social cando hai abuso parece clara: a conversión do empregado público en traballador indefinido non fixo. Non obstante, os xuíces do social tiveron algúns problemas para aplicar correctamente a *xurisprudencia Márquez Samohano* á hora de determinar a existencia ou non do abuso na contratación laboral dun profesor asociado.

52 Véxase, por exemplo, a sentenza do Xulgado do Contencioso-administrativo n. 13 de Barcelona, do 8 de xuño de 2017, recurso n. 419/2016, ES:XCA:2017:1028, relator: Alcover Povo (cesamento de persoal estatutario interino). Nesta sentenza razónase convincentemente: «a diferenza de trato en que o actor fundamenta a súa petición non se establecería entre traballadores con contrato de duración determinada e traballadores con contrato indefinido, senón entre persoal estatutario e persoal laboral, o que determina que non sexan aplicables a este caso nin a directiva citada, nin a doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea citada polo actor».

53 Xulgado do Contencioso-administrativo n. 2 da Coruña, sentenza do 30 de xuño de 2017, recurso n. 78/2017, ES:XCA:2017:488, relator: García Llovet (indemnización de 20 días por ano como funcionario interino).

54 Así o propugna, por exemplo, MOLINA NAVARRETE, C., “La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, *Diario La Ley*, n. 9053, de 3 de outubro de 2017; en cambio, pronúnciase en contra GIMÉNEZ ONTANÓN, V., “Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese”, *Diario La Ley*, n. 9069, do 26 de outubro de 2017.

55 TXUE, C-245/17, Pedro Viejobueno Ibáñez e Emilia de la Vara González / Consellaría de Educación de Castela-A Mancha. Algúns xuíces non consideran necesario, á vista da xurisprudencia europea, formular unha cuestión prexudicial; véxase, por exemplo, a sentenza 166/2017 do 30 de maio de 2017 do Xulgado do Contencioso-administrativo n. 11 de Madrid, recurso n. 87/2017, maxistrado: Torres Martínez; publicada en *Diario La Ley*, n. 9031, 28 de xullo de 2017, Editorial Wolters Kluwer, Madrid.

56 TXUE, reenvío prexudicial Piar Centeno Meléndez / Universidade de Zaragoza, C-315/17.

Así, a Sala do Social do Tribunal Supremo tivo que revogar senllas sentenzas de suplicación do Tribunal Superior catalán para conferir plenos efectos á sentenza do Xulgado do Social de Barcelona, que apreciara un abuso na contratación de dous profesores asociados, un da Universidade Pompeu Fabra<sup>57</sup> e o outro da Universidade de Barcelona<sup>58</sup>.

No caso da sentenza relativa ao profesor Antonio Márquez Samohano, da Pompeu Fabra, o Tribunal Supremo aplica detalladamente a xurisprudencia deducida polo Tribunal de Xustiza e, a diferenza do que se fai en suplicación e nos termos sentados polo Xulgado do Social n. 3 de Barcelona, que formulara a cuestión prexudicial, constata: «Ao non se acreditar a causa da temporalidade e constar que a actividade desenvolvida polo actor cubría necesidades permanentes da Universidade, polo que o contrato é fraudulento, este ten carácter indefinido, de conformidade co artigo 15.3 do ET. Neste suposto, ao ser a empregadora unha Administración pública, a relación laboral será indefinida non fixa».

Na sentenza relativa ao profesor da Universidade de Barcelona, o Tribunal Supremo aplica a cláusula 5.1 do acordo e chega á conclusión de que «a sucesiva concatenación de contratos temporais baixo o formal amparo de modalidades contractuais específicas do ámbito universitario que non cumprían materialmente os requisitos e as finalidades previstas legalmente implicou unha actuación fraudulenta que determinou, por ministerio da lei, a consideración de que existía un contrato de carácter indefinido non fixo, cuxa unilateral extinción baixo a alegación de finalización dunha duración temporal inexistente debeu cualificarse como despedimento improcedente».

Na xurisdición contencioso-administrativa tamén é complexa a determinación do abuso polos nomeamentos temporais de funcionarios e persoal estatutario, pero resulta aínda máis difícil determinar a solución efectiva e disuasoria que deben dar os xuíces ao non haber previsións lexislativas apropiadas.

A non constatación do abuso é unha saída airosa dos tribunais contencioso-administrativos, que, así, non se enfrontan ao espiñento tema da solución efectiva e disuasoria.

Así, por exemplo, a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Madrid desestima un recurso de persoal estatutario e elabora unha interesante interpretación do réxime protector do artigo 9 do Estatuto marco do persoal sanitario, «cuxa redacción concreta non é desconforme coa directiva e, en consecuencia, se se realizan máis de dous nomeamentos para a prestación dos mesmos servizos por un período acumulado de 12 ou máis meses nun período de dous anos, e se a Administración non procede de oficio ao estudo das causas que o motivaron, para valorar, se é o caso, se procede a creación dunha praza estrutural no persoal do centro, poderán os interesados (que o serán non só o contratado eventual, senón tamén os integrantes da bolsa de interinos, que puidesen ocupar esta se fose creada, ou as organizacións sindicais en representación dos seus afiliados) exixir o dito estudo, ben entendido que, no caso de que a Administración procedese á creación da praza, correspondería a súa ocupación en réxime de interinidade pola persoa a determinar segundo a normativa de aplicación, ata que fose adxudicada polas canles ordinarias, mentres que,

57 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentenza do 22 de xuño de 2015, recurso n. 3047/2015, ES:TS:2017:2703, relator: Segoviano Astaburuaga (abuso na contratación do profesor asociado Antonio Márquez Samohano, da Universidade Pompeu Fabra).

58 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentenza do 1 de xuño de 2017, recurso n. 2890/2015, ES:TS:2017:2419, relator: Blasco Pellicer (abuso na contratación de profesor asociado da Universidade de Barcelona); véxase o comentario de CANO GALÁN, Y., "Contratación temporal en el ámbito universitario ¿pueden existir los profesores asociados?", *Diario La Ley*, n. 9027, 24 de xullo de 2017.

no caso de considerar que non procedía a creación de praza estrutural, quedaría vedada a posibilidade de subscribir novos contratos estatutarios eventuais para atender a mesma necesidade ou servizo»<sup>59</sup>.

Do mesmo modo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia subliñou prudentemente: «A citada [sentenza que resolve os asuntos acumulados “Martínez Andrés” e “Castrejana López”, asunto C-184/15 (persoal eventual) e C-197/15 (interino)] deixa en mans do xulgador nacional a apreciación da concorrencia ou non da fraude na contratación, de xeito que só cando se albisca a dita fraude, por utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada e concatenación irregular das contratacións, cabe aplicar o criterio que na devandita sentenza se enuncia»<sup>60</sup>. Non obstante, o tribunal galego, despois dunha análise detallada do caso, non aprecia a utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada e concatenación irregular das contratacións, polo que non se produce o suposto de feito ao que deba aplicarse a xurisprudencia europea.

En cambio, unha vez comprobado o abuso, a solución xa resulta máis controvertida, aínda que fose a apuntada polo Tribunal de Xustiza na sentenza relativa aos *asuntos Martínez Andrés e Castrejana López*, que consistiu, en realidade, en aplicar no ámbito contencioso-administrativo unha figura tan peculiar como a de funcionario indefinido non fixo.

Por unha parte, no *asunto Martínez Andrés*, o Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, ao comprobar unha utilización fraudulenta de nomeamentos administrativos para a prestación de servizos de natureza temporal, declara a relación dunha estatutaria como indefinida non fixa respecto do Servizo Vasco de Saúde<sup>61</sup>. O Xulgado do Contencioso-administrativo de Bilbao desestimara o recurso. Non obstante, e en apelación, a sala vasca adopta, sen maiores contemplacións, a seguinte solución: «a apelante continuará vinculada á demandada como persoal indefinido non fixo ata que a praza se cubra regulamentariamente ou se amortice ou sexa analizada pola demandada a procedencia ou non de converter a praza temporal en estrutural e decidida a súa amortización definitiva ou creación e cobertura regulamentaria. No suposto de resultar necesario o seu cesamento, xustificando este, percibirá a interesada a indemnización sinalada polo TXUE de se manteren as circunstancias legais actuais».

Por outra banda, o mesmo tribunal vasco resolve o litixio que enfrontaba o arquitecto municipal Juan Carlos Castrejana López co Concello de Vitoria do seguinte xeito: «a solución ao caso consiste en aplicar a mesma xurisprudencia consolidada na orde xurisdiccional social respecto da utilización abusiva de contratacións temporais de empregados públicos, isto é, anular a extinción e considerar a relación como indefinida non fixa, polo tanto, prolongada esta no tempo ata a cobertura regulamentaria da praza»<sup>62</sup>.

Pero é que, ademais, o tribunal vasco engade cara ao futuro a súa solución polo eventual cesamento do funcionario interino: «o apelante continuará vinculado á demandada como

59 TSX Madrid (Sala Contencioso-administrativa, Sección 7.ª), sentenza do 7 de outubro de 2016, recurso n. 82/2016, ES:TSXM:2016:10741, relator: I. del Riego Valledor (persoal estatutario temporal).

60 TSX Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentenza do 19 de xullo de 2017, recurso n. 162/2017, ES:TSXGAL:2017:5388, relator: Seoane Pesqueira (cesamento de interina da Administración de Xustiza sen indemnización).

61 TSX País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentenza do 12 de decembro de 2016, recurso n. 625/2013, ES:TSXPV:2016:3488, relator: González Saiz (solución do asunto Martínez Andrés de cesamento de persoal estatutario eventual).

62 TSX País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentenza do 12 de decembro de 2016, recurso n. 735/2013, ES:TSXPV:2016:3979, relator: González Saiz (solución do asunto Castrejana López de cesamento de persoal funcionario municipal).

persoal indefinido non fixo ata que a praza se cubra regulamentariamente ou sexa amortizada ou analizada pola demandada a procedencia ou non de converter a praza temporal en estrutural e decidida a súa amortización definitiva ou creación e cobertura regulamentaria. No suposto de resultar necesario o seu cesamento, xustificando este, percibirá o interesado a indemnización sinalada polo TXUE de se manteren as circunstancias legais actuais. E todo iso en razón a que do auto antes citado se infire que o actor foi contratado sen atender aos límites obxectivos que configuran o contrato de duración determinada».

Pola súa banda, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, despois de apreciar a existencia de abuso nos nomeamentos como funcionario interino, fronte ao cesamento de funcionario, procede ao recoñecemento da continuación da interinidade<sup>63</sup>. Para tal efecto, o tribunal galego argumenta: «A consecuencia indeclinable da apreciación da fraude no encadeamento de nomeamentos sucesivos ha de ser o reintegro do recorrente á praza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero non pode mudarse o nomeamento polo de praza vacante da letra a) do artigo 10.1 do [EBEP], porque non existe tal praza vacante».

Será a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo a que en casación determine a solución máis apropiada para corrixir os supostos de abuso aos nomeamentos de funcionarios interinos e estatutarios temporais. En efecto, en 2017 o Tribunal Supremo admitiu a trámite os dous recursos relativos aos *asuntos Martínez Andrés e Castrejana López*, xa que presentan interese casacional, e delimita a cuestión que debe resolver nestes termos: se se debe converter a relación de servizos (como persoal estatutario ou como funcionario interino) nunha de carácter indefinido non fixa ou, ben, se cabe afirmar que no noso ordenamento xurídico existen outras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar os abusos cometidos na dita relación. E se o afectado pola utilización abusiva deses nomeamentos ten ou non dereito a indemnización, por que concepto e en que momento<sup>64</sup>.

Ata agora a resposta da Sala do Contencioso-administrativo foi bastante remisa a unha pretendida figura do funcionario indefinido non fixo que negou de xeito terminante no caso dos xuíces substitutos<sup>65</sup>. Polo tanto, ao Tribunal Supremo quédalle elixir entre crear unha nova figura de funcionario indefinido non fixo, e o seu equivalente para o persoal estatutario, aplicar a indemnización ou, en fin, recoñecer as dúas.

## 5 Conclusión

O dereito europeo nunca obrigará a seguir un modelo específico de emprego público. Non obstante, a súa influencia indirecta está a ser cada vez maior, como se aprecia na experiencia española. Isto débese a que, malia a autonomía institucional e procedemental, o réxime dos empregados públicos está limitado e non pode afectar ou desincentivar as liberdades

63 TSX Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentenza do 14 de xuño de 2017, recurso n. 72/2017, ES:TSXGAL:2017:4210, relator: Seoane Pesqueira (cesamento de funcionario interino do Concello de Santiago nomeado temporalmente de xeito abusivo).

64 TS (Sala C-A, Sección 1.ª), autos do 30 de maio de 2017 e do 13 de xuño de 2017, recursos n. 785/2017 e n. 1305/2017, ES:TS:2017:5070A e ES:TS:2017:5796A, relator: Menéndez Pérez (admisión de recurso de casación sobre utilización abusiva dunha relación de servizos con sucesivos nomeamentos temporais nos *asuntos Martínez Andrés e Castrejana López*). Véxase no mesmo sentido o auto do 12 de xuño de 2017, recurso 732/2017, ES:TS:2017:6109A, relator: Cudero Blas (cesamento de persoal estatutario eventual do Servizo de Saúde de Castela e León).

65 TS (Sala C-A, Sección 6.ª), sentenza do 13 de marzo de 2017, recurso n. 896/2014, ES:TS:2017:949, relator: Maurandi Guillén (desestima a pretensión dunha xuíz substituta para que se declarase a relación estatutaria/laboral como indefinida desde o seu nomeamento para o ano xudicial 2006/2007).

económicas do mercado europeo e non pode introducir discriminacións por razón do sexo, da idade, da discapacidade, etc. Así mesmo, o dereito da Unión Europea contribuíu a mellorar as condicións sociais dos empregados públicos en aspectos particularmente sensibles, como son as vacacións, o tempo de traballo, o traballo temporal, o recoñecemento de experiencias profesionais, etc.

En España a xurisprudencia europea está a producir unha converxencia e unha homoxeneización do estatuto dos empregados públicos (estatutario, laboral e funcionario)<sup>66</sup>. Esta converxencia sería maior se non houbo dúas xurisdicións ocupadas en resolver os litixios dos empregados públicos: a xurisdición social e a xurisdición contencioso-administrativa.

Precisamente a aplicación da Directiva 1999/70 relativa ao emprego temporal pon de manifesto as contradicións do ordenamento español. Por unha parte, e no caso da xurisdición social, o problema do abuso da contratación temporal resólvese a través da figura do traballador indefinido non fixo e só se formulan algunhas discrepancias sobre o alcance da equiparación na indemnización dalgún dos tipos de empregados temporais. Por outra parte, e na xurisdición contencioso-administrativa, podería pensarse que non hai que recoñecer unha indemnización por cesamento do nomeamento de funcionario interino ou estatutario temporal, ao non se prever para ningunha das categorías equivalentes de duración indeterminada. En cambio, a solución ao abuso dos nomeamentos temporais na función pública e no persoal estatutario recea da figurada do indefinido non fixo porque, dese xeito, se estaría a afectar seriamente o principio de igualdade, mérito e capacidade.

En definitiva, foi a xurisprudencia europea a que está a propiciar unha converxencia no estatuto do empregado público en España. Agora ben, nesta tarefa debe recoñecerse que a responsabilidade do deseño é do lexislador, sendo a intervención xudicial só subsidiaria. Por iso, debe reprocharse a incuria do lexislador español, que está a propiciar un activismo xudicial que non pode ser uniformado por xurisdicións tan distintas como a social e a contencioso-administrativa, cando están en xogo principios esenciais do noso ordenamento.

## 6 Bibliografía

ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015.

CANO GALÁN, Y., "Contratación temporal en el ámbito universitario ¿pueden existir los profesores asociados?", *Diario La Ley*, n. 9027, 24 de xullo de 2017.

CANTERO MARTÍNEZ, J., "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017.

CHAVES GARCÍA, J. R., e QUESADA SOLER, B., "La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración", *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 17, 2017.

<sup>66</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., e QUESADA SOLER, B., "La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración", *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 17, 2017, pp. 2061-2071.

GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea*, n. 41, 2016.

GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., "Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese", *Diario La Ley*, n. 9069, do 26 de outubro de 2017.

MOLINA NAVARRETE, C., "La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?", *Diario La Ley*, n. 9053, do 3 de outubro de 2017.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea", *Actualidad administrativa*, n. 3, 2012.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España", *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 10, 2013.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017.