

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

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial
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 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 compensation 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 El principio europeo de igualdad y su aplicación a los empleados públicos españoles. 2.1 Las diferencias de regulación entre los empleados públicos no son relevantes para el derecho de la Unión. 2.2 La nacionalidad, la libre circulación de ciudadanos de la Unión y los empleados públicos. 2.3 La discriminación por razón de la edad de los empleados públicos. 3 La aplicación de los derechos sociales europeos a los empleados públicos españoles. 4 La protección europea de los empleados públicos temporales en España. 4.1 La equiparación de los derechos de los empleados públicos fijos y temporales (cláusula 4.1 del acuerdo). 4.2 Las medidas contra el abuso en la contratación temporal en el empleo público (cláusula 5.1 del acuerdo). 4.3 Los efectos de la Directiva 1999/70 en la jurisprudencia laboral y contencioso-administrativa de los tribunales españoles. 4.3.1 La aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo: ¿la equiparación de indemnizaciones por cese a todos los empleados públicos temporales? 4.3.2 La aplicación de la cláusula 5.1 del acuerdo en España: ¿la generalización del empleo público indefinido no fijo? 5 Conclusión. 6 Bibliografía.

1 Introducción

Hace 60 años, cuando se firmaba el Tratado de Roma, resultaba difícil prever una evolución tan extraordinaria del derecho de la Unión Europea hasta el punto de afectar a ámbitos tradicionalmente vinculados al núcleo de la soberanía de los Estados. Un buen ejemplo de estos cambios es el empleo público, que, en principio y de manera expresa, quedaba al margen de la integración europea pero que, con el paso del tiempo, se ha visto sustancialmente afectado por el desarrollo europeo¹.

En realidad, se ha producido un efecto desbordante (*spill over*) del derecho de la Unión. Y así se puede observar a la vista del vigente artículo 45.4 TFUE, que se corresponde con el artículo 38.4 tal como fue redactado por el Tratado CEE, conforme al cual la libre circulación de los trabajadores no afecta a las administraciones: «Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública».

Aun cuando los efectos de la integración europea son muy considerables en el empleo público, esto no impide que cada Estado miembro conserve el poder de establecer el modelo de empleado público que considere conveniente siempre y cuando, claro está, no afecte a la aplicación de las normas de la Unión Europea. Precisamente estas normas de la Unión están contenidas en los propios tratados constitutivos, como el caso de la proscripción de la discriminación por razón de la nacionalidad entre los ciudadanos de la Unión o la prohibición de discriminaciones salariales entre trabajadores masculinos y femeninos, o en el derecho derivado, especialmente en numerosas directivas que, finalmente, se han terminado aplicando a los empleados públicos en lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo, las vacaciones, el trabajo de duración determinada o la no discriminación por razón de la edad, la orientación sexual, la discapacidad o la religión.

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.

La aplicación del derecho de la Unión a los empleados públicos españoles ha tenido notables consecuencias, pero aún plantea numerosos problemas derivados, en particular, de las distintas relaciones de empleo y de servicios de los empleados públicos (funcionarios, estatutarios y laborales) y del reparto jurisdiccional, social y contencioso-administrativo para dirimir las controversias.

Esta perspectiva judicial podría ser de interés para describir el estado actual de la transformación del estatuto de los empleados públicos en España como consecuencia de la aplicación del derecho de la Unión Europea. A tal efecto, me centraré en algunos problemas interpretativos básicos que han merecido la atención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los tribunales españoles.

Para esto me propongo abordar tres ámbitos complementarios. En primer lugar, la aplicación del principio de igualdad, tal como se consagra en el tratado constitutivo y se ha desarrollado mediante la armonización de las legislaciones. En segundo lugar, la conquista, también por los empleados públicos, de derechos sociales consagrados por directivas europeas en materia de tiempo de trabajo, vacaciones, etc. Y, por último, el efecto que ha tenido la aplicación y la interpretación de la directiva europea que protege también a los empleados públicos en el caso de que estén contratados o sean nombrados temporalmente.

2 El principio europeo de igualdad y su aplicación a los empleados públicos españoles

La lucha contra las discriminaciones en materia laboral es un signo de identidad de la integración europea centrada desde el primer momento en eliminar cualquier discriminación por razón de la nacionalidad en materia de libre circulación de trabajadores y comprometida en desterrar la secular discriminación entre hombres y mujeres inicialmente en lo que se refiere a los salarios.

En el ámbito del empleo público, tal lucha especialmente legítima requiere algunas matizaciones. En primer lugar, los Estados miembros tienen el poder de establecer el modelo de empleados públicos que consideren más apropiado. En segundo lugar, en ámbitos muy restringidos del empleo público y en la medida en que participen de la naturaleza de poder público, se pueden mantener las discriminaciones por razón de nacionalidad; pero en los demás supuestos esta prohibición de discriminación se extiende no solo al acceso al empleo, sino también a los efectos desincentivadores que pudiera tener el ejercicio de la libre circulación de trabajadores en la Unión. En tercer lugar, la aplicación de las directivas específicas ofrece consideraciones de gran interés por ejemplo en cuanto al régimen de acceso y a las limitaciones por razón de la edad.

2.1 Las diferencias de regulación entre los empleados públicos no son relevantes para el derecho de la Unión

Un principio esencial para comprender la aplicación del derecho de la Unión Europea al empleo público en los distintos Estados miembros es que estos conservan el poder de establecer el estatuto que consideren conveniente. Esta actitud responde a un principio más

Regap



NOTAS

general de autonomía institucional y procedimental que constituye el núcleo mismo de la integración europea.

Esto quiere decir que, por ejemplo en un caso como España, el régimen de los empleados públicos que establece distintas categorías, como funcionarios, estatutarios y laborales, tal como resulta del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), es plenamente conforme al derecho de la Unión². Por tanto y, por simplificar, para el derecho de la Unión es irrelevante que se distinga entre funcionarios, estatutarios y laborales, por citar las tres categorías más frecuentes de empleados de las administraciones españolas.

De hecho, el Tribunal de Justicia en su *auto Rivas Montes* inadmite la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n. 1 de Córdoba en la medida en que el problema que se plantea es el trato diferente entre la Sra. Rivas Montes, auxiliar administrativa con vinculación laboral al Ayuntamiento de Córdoba, y otros empleados municipales pero con vinculación funcional. En este caso, el juez cordobés subrayaba que la percepción de trienios era mucho más fácil en el caso de los funcionarios interinos que tratándose de personal laboral temporal.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia advierte: «las posibles diferencias de trato entre personal funcionario y personal laboral [...] no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el acuerdo marco [sobre el trabajo de duración determinada contenido en la Directiva 1999/70/CE]»³.

2.2 La nacionalidad, la libre circulación de ciudadanos de la Unión y los empleados públicos

La prohibición de discriminación no se aplicó inicialmente en el ámbito de las administraciones públicas, porque así parecía deducirse del referido artículo 38.4 del Tratado CEE, que reitera el vigente artículo 45.4 TFUE. Sin embargo, la jurisprudencia se encargó de ir reduciendo los empleos públicos resistentes a esta cláusula antidiscriminatoria⁴.

Por una parte, el requisito de nacionalidad española, excluyendo a otros ciudadanos de la Unión, es contrario a la libre circulación de trabajadores, salvo, como recuerda el Tribunal de Justicia en su *sentencia Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, en el caso de «los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad» (apartado 39)⁵.

2 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 (BOE n. 261, de 31/10/2015).

3 TJUE, auto de 7 de marzo de 2013, *Rafaela Rivas Montes / Instituto Municipal de Deportes de Córdoba*, C-178/12, EU:C:2013:150 (inadmisibilidad y cuestión de cálculo de la antigüedad que discrimina a los laborales respecto de los funcionarios).

4 Véanse, para el caso de los notarios, las sentencias del TJUE (Gran Sala), de 24 de mayo de 2011, *Comisión / Bélgica*, 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 / Alemania*, C-54/08, EU:C:2011:339; y *Comisión / Grecia*, C-61/08, EU:C:2011:340 (requisito de nacionalidad para el ejercicio de notario).

5 TJCE, sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española / Administración del Estado, Asociación de Navieros Españoles (ANAVE)*, C-405/01, EU:C:2003:515 (reserva a los españoles de los empleos de capitán y primer oficial de los

En este caso, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español le había preguntado al Tribunal de Justicia si era conforme con el derecho comunitario europeo la reserva que el Real decreto 2062/1999 hacía en favor de los españoles en cuanto a los empleos de capitán y primer oficial de los buques mercantes españoles. El Tribunal de Justicia reconoce que cualquier nacional de un Estado miembro tiene derecho a acceder a tales empleos, sin discriminación alguna por razón de nacionalidad.

Aun cuando existen algunos supuestos de reserva de empleos públicos a españoles, lo cierto es que la regulación general contenida en el artículo 61 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que solo excepcionalmente se podrá exigir la nacionalidad española para el acceso a la condición de funcionarios. En los demás casos, como ocurre en particular con los laborales, los ciudadanos de la Unión y los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las administraciones públicas en igualdad de condiciones que los españoles.

Por otra parte, existe un efecto de gran importancia para los empleados públicos y que deriva del ejercicio de la libre circulación de la Unión Europea: la regulación de los empleados públicos no puede desincentivar la libre circulación de trabajadores.

El Tribunal de Justicia dejó bien clara esta obligación y en 2006 condenó a España por incumplimiento del derecho de la Unión por no tener en cuenta en el cálculo de los trienios los períodos de servicio anteriores cubiertos por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros⁶. El Tribunal de Justicia dedujo de su jurisprudencia, como invocaba la Comisión Europea, que «España debe garantizar que se tengan efectivamente en cuenta la antigüedad y experiencia profesional adquiridas por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otro Estado miembro y concederles, a este respecto, los mismos derechos y ventajas en materia de clasificación y retribución que los reconocidos a los ciudadanos comunitarios que han adquirido una experiencia similar en la función pública española» (apartado 11).

Esto explica que los títulos o la experiencia adquirida en otros países de la Unión o en instituciones públicas o privadas se asimilen, a los efectos de acceder o a promocionar en el empleo público, a los obtenidos o adquiridos en España. Así lo reveló la *sentencia Fernández de Bobadilla* en relación con los títulos, certificados y otros diplomas que presentó una ciudadana española que había obtenido en el Reino Unido y que, sin embargo, fue excluida del concurso-oposición. Pero, a juicio del Tribunal de Justicia, las autoridades españolas, en este caso el Museo del Prado, debían realizar una comparación entre las aptitudes acreditadas por dichos títulos y los conocimientos y capacitación exigidos por las disposiciones españolas⁷.

2.3 La discriminación por razón de la edad de los empleados públicos

La Directiva 2000/78/CE es un instrumento que pretende alcanzar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por lo que lucha contra las discriminaciones basadas en la religión o

buques mercantes).

6 TJCE, sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión / España (incumplimiento por no considerar la antigüedad y experiencia profesional adquiridas en la función pública de otros Estados miembros), C-205/04, EU:C:2006:137.

7 TJCE, sentencia de 8 de julio de 1999, Teresa Fernández de Bobadilla contra Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado, C-234/97, EU:C:1999:367 (reconocimiento de títulos de restauradora de bienes culturales).

en las convicciones, en la discapacidad, en la edad o en la orientación sexual⁸. Esta directiva se aplica «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos» y está teniendo un importante efecto en el empleo público en España.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse a petición de jueces españoles sobre la discriminación basada en la edad en el acceso a la condición de funcionarios en España: los agentes de la Policía Local en Asturias (*sentencia Vital Pérez*⁹) y los agentes de la policía autonómica en el País Vasco (*sentencia Salaberría Sorondo*¹⁰).

En el caso asturiano, se planteaba si la ley autonómica que establecía la edad máxima de 30 años para acceder al puesto de Policía Local era conforme con la carta y con la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal de Justicia reconoció, en primer lugar, la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad que debe considerarse un principio general del derecho de la Unión y que se ha concretado en la Directiva 2000/78 en el ámbito del empleo y la ocupación.

En segundo lugar, esta directiva se aplica tanto al sector público como al privado en relación con el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional.

En tercer lugar, la cuestión sustancial era si el límite de los 30 años era aplicable a los policías locales, teniendo en cuenta que, en una sentencia anterior de 2010, la *sentencia Wolf*, el Tribunal de Justicia había considerado que este mismo límite de edad estaba justificado para acceder al puesto de bombero en un ayuntamiento alemán¹¹.

Por una parte, el Tribunal de Justicia consideró que, en aplicación de la directiva, la posesión de capacidades físicas específicas es una característica relacionada con la edad. A tal efecto, el Tribunal de Justicia analizó las funciones de agente de la Policía Local que en determinados supuestos pueden requerir el empleo de la fuerza física. Sin embargo, es preciso saber si la legislación asturiana, al fijar tal límite de edad en 30 años, ha impuesto un requisito proporcionado, es decir, si este límite es apropiado para alcanzar el objetivo perseguido y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia comprobó que existía una disparidad manifiesta entre las normativas de las comunidades autónomas relativas a los agentes de la Policía Local en lo que atañe a la fijación de una edad máxima para acceder a esta profesión: algunas normas autonómicas la fijaban en 30 años de edad o más (35, 36 o 40 años) mientras que otras comunidades autónomas habían optado por no fijar límite alguno. También el Gobierno español confirmó que había suprimido el requisito relativo a la edad máxima de 30 años para

8 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE n. 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16).

9 TJUE, sentencia de 13 de noviembre de 2014, Mario Vital Pérez / Ayuntamiento de Oviedo, C-416/13, EU:C:2014:2371 (discriminación por limitar a 30 años el acceso a Policía Local).

10 TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873 (límite de 35 años para acceder a la Academia Vasca de Policía).

11 TJUE (Gran Sala), sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf / Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, EU:C:2010:3 (edad máxima de 30 años para ingresar como funcionario en el cuerpo municipal de bomberos).

el acceso a la función de agente de la Policía Nacional. Y, por último, en la *sentencia Wolf* se había considerado proporcionada la edad máxima de 30 años; en el caso de los bomberos, se exigía una capacidad física «excepcionalmente elevada», mientras que las capacidades que deben tener los agentes locales para poder cumplir algunas de estas funciones no son siempre comparables. En consecuencia, al fijar dicho límite de edad en 30 años para acceder a agente de la Policía Local, a juicio del Tribunal de Justicia, la ley asturiana había impuesto un requisito desproporcionado.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia examinó si la diferencia de trato por razón de la edad podía justificarse por un objetivo legítimo vinculado, concretamente, a las políticas de empleo, al mercado de trabajo y a la formación profesional. Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia, la ley asturiana no se refiere a objetivo alguno, pero tampoco del contexto general de esta medida se deduce la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo. Por ejemplo, con el límite de edad no se pretende mantener una estructura de edades equilibrada promoviendo, por ejemplo, nuevos contratos. Pero si bien podría justificarse por los requisitos de formación del puesto o por la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación o al pase a la segunda actividad, no se ha justificado que para conseguir esto se requiera un límite de edad de contratación. Y, por lo que se refiere al objetivo de garantizar un período de actividad razonable previo a la jubilación, fijada a los 65 años, no puede considerarse que el límite de los 30 años sea necesario.

En consecuencia, la fijación del límite de 30 años para presentarse a las pruebas de acceso a agente de la Policía Local es contraria al principio de no discriminación por razón de la edad y no está justificada.

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala respondió, mediante la *sentencia Salaberría Sorondo*, un reenvío prejudicial sobre la conformidad del límite de 35 años establecido reglamentariamente para el acceso a las plazas de la policía autonómica vasca, la *Ertzaintza*, con la Directiva 2000/78/CE.

En este caso, sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que las funciones desempeñadas por los cuerpos de policía de las comunidades autónomas eran distintas de las encomendadas a la Policía Local, porque, por ejemplo, la *Ertzaintza* «tiene como misión esencial proteger a las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de sus derechos y libertades y velar por la seguridad ciudadana en todo el territorio de la Comunidad Autónoma» y, en definitiva, las funciones de los agentes de la escala básica de la *Ertzaintza* implican tareas exigentes desde un punto de vista físico.

Por tanto, y a juicio del Tribunal de Justicia, la diferencia de trato en función de la edad que resulta de la regulación reglamentaria vasca es, por un lado, adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía y, por otro, no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. Por consiguiente, esta regulación autonómica vasca que fija un límite de edad de 35 años para acceder a la policía autonómica no es contraria a la Directiva 2000/78/CE.

La aplicación de la Directiva 2000/78/CE, tanto a los empleados públicos como a los del sector privado, sigue siendo objeto de intensa interpretación por el Tribunal de Justicia, por lo que su efecto sostenido en el empleo público español está asegurado en el ámbito de la



discapacidad¹², de las creencias religiosas¹³, etc. Esta directiva no impide la plena vigencia del principio de no discriminación por razón del sexo. En este sentido, en la *sentencia Jiménez Melgar*, el Tribunal de Justicia, junto a los demás tribunales, sigue atento al respeto por los poderes públicos, en este caso un ayuntamiento, del principio de igualdad por razón del sexo y, en particular, consideró: «en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo» (apartado 47)¹⁴.

3 La aplicación de los derechos sociales europeos a los empleados públicos españoles

La legislación europea adoptada con el fin de imponer una dimensión social al mercado interior europeo ha terminado en gran medida beneficiando a todos los empleados públicos españoles.

En este sentido, e independientemente de la distinta naturaleza de las relaciones de los empleados públicos, se ha producido una aplicación a todos ellos, sean funcionarios, estatutarios o, desde luego, laborales, en dos ámbitos significativos: la ordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos españoles y el derecho a las vacaciones.

La ordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos se ha visto afectada por la regulación europea y por la interpretación del Tribunal de Justicia. A tal efecto, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el régimen aplicable a los guardias civiles y al personal estatutario de salud.

En la *sentencia SIMAP*, el Tribunal de Justicia interpreta las Directivas 89/391/CEE y 93/104/CE en lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo de los equipos médicos de atención primaria de la Comunidad Valenciana¹⁵.

El Tribunal de Justicia recuerda que estas directivas se aplican a todos los sectores de actividades, públicas o privadas, con algunas excepciones para determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las Fuerzas Armadas o en la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. Por tanto, llega a la conclusión de que también se aplican a una actividad como a la de los médicos de equipos de atención primaria. De las directivas deduce el Tribunal de Justicia normas específicas aplicables a las guardias de presencia física, el trabajo nocturno, el trabajo a turnos o el cómputo de la jornada semanal.

12 TJUE, sentencia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 (discapacidad y accidente laboral).

13 Véase, *mutatis mutandis*, TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203 (normativa empresarial y trabajadora con pañuelo islámico); y TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204 (requerimiento empresarial a trabajadora con pañuelo islámico).

14 TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, María Luisa Jiménez Melgar / Ayuntamiento de Los Barrios, C-438/99, EU:C:2001:509 (no renovación de un contrato laboral temporal a tiempo parcial de trabajadora embarazada).

15 TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) / Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C-303/98, EU:C:2000:528 (horario y jornada de trabajo de los médicos estatutarios valencianos).

En virtud del *auto CIG*, se aplica la *jurisprudencia SIMAP* tanto al personal médico como al de enfermería de la sanidad pública gallega¹⁶.

Por último, en 2006 el Tribunal de Justicia consideró que la exclusión del personal no civil de la Administración española de la aplicación de la Directiva 89/391, que establece los principios generales en materia de seguridad y de salud de los trabajadores, era contraria al derecho comunitario europeo¹⁷. En este caso, el Tribunal de Justicia señaló que solo caben excepciones a la directiva por la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores y no por la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores, esto es, las Fuerzas Armadas, la policía y el servicio de protección civil, de modo que solo en situaciones excepcionales dejaría de aplicarse la Directiva 89/391, aunque esta exige a las autoridades nacionales que también en esos casos velen para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas «en la medida de lo posible».

Asimismo, en 2010 el Tribunal de Justicia consideró que España incumplía la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil¹⁸.

En otros ámbitos, como es el caso de las vacaciones, la copiosa jurisprudencia europea al respecto en el ámbito privado también se aplica en el ámbito público y, en particular, a los empleados públicos españoles.

Así lo dijo el Tribunal de Justicia en la *sentencia Neidel* respecto de un funcionario, en este caso, bombero de la ciudad de Fráncfort del Meno que se había jubilado sin haber disfrutado de vacaciones en los tres últimos años debido a una enfermedad¹⁹. Sobre el particular, el Tribunal de Justicia subrayó: «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial, por su condición de principio del derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los tratados» (apartado 40), por lo que la regulación alemana resulta limitada por el derecho reconocido por el derecho de la Unión.

En suma, la interpretación uniforme de las directivas europeas está provocando una creciente laboralización de los derechos de todos los empleados públicos españoles. O, por decirlo de manera más neutra, se está produciendo una clara convergencia entre los estatutos de los distintos empleados públicos como consecuencia de la aplicación del derecho de la Unión Europea.

16 TJCE, auto de 3 de julio de 2001, CIG, C-241/99, EU:C:2001:371 (atención continuada de los médicos y enfermeros estatutarios gallegos).

17 TJCE, sentencia de 12 de enero de 2006, Comisión / España (incumplimiento de la Directiva marco de seguridad y de salud de los trabajadores a la policía y Fuerzas Armadas), C-132/04, EU:C:2006:18.

18 TJUE, sentencia de 20 de mayo de 2010, Comisión / España (aplicación de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil), C-158/09, EU:C:2010:292.

19 TJUE, sentencia de 3 de mayo de 2012, Georg Neidel / Stadt Frankfurt am Main, C-337/10, EU:C:2012:263 (compensación en caso de enfermedad de funcionario bombero por vacaciones no disfrutadas).

4 La protección europea de los empleados públicos temporales en España

La protección de los empleados públicos temporales, a través de la Directiva 1999/70/CE, que aplica el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, ha tenido unos efectos extraordinarios en las regulaciones nacionales²⁰.

En un estudio más general, he intentado recopilar y explicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta Directiva en la Unión Europea que se ha expresado hasta 2017 mediante 38 sentencias y autos interpretativos que afectan de manera especial a países como España (16), Italia (11) y Grecia (4)²¹.

Por eso ahora me centro en los efectos específicos en el derecho español y, en particular, cuál ha sido la recepción por los jueces españoles de estos criterios que, sin lugar a dudas, están produciendo efectos de extraordinario alcance en el empleo público español hasta el punto de cuestionar en cierta medida, como ya lo hiciera en Italia y en Grecia, un principio como el de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

En primer lugar, la Directiva 1999/70/CE tiene una finalidad clara consistente, por una parte, en equiparar a los empleados temporales con los fijos en la medida de lo posible y siempre que no esté justificada la distinción y, por otra, pretende luchar contra el abuso en la utilización de los contratos temporales. Esta distinción es muy importante porque las soluciones en uno y otro caso, desde el punto de vista judicial, son distintas. En efecto, cuando se aprecia una discriminación del trabajador temporal, la solución es aplicarle la normativa del trabajador fijo en una situación comparable. En cambio, cuando existe un abuso en la contratación, la solución puede que no venga bien establecida por el legislador y finalmente sea el juez nacional el que deba encontrarla siempre y cuando sea efectiva y disuasoria en relación con la finalidad de la directiva.

En segundo lugar, la Directiva 1999/70/CE se aplica a todos los empleados públicos. Así se deduce con claridad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como recuerda la *sentencia Márquez Samohano*: «el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” [...] engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan» (apartado 38)²².

Ahora bien, es preciso insistir en que esta aplicación a todos los empleados públicos no implica una equiparación de todos los empleados públicos, sino que la comparación debe hacerse entre situaciones equivalentes (por ejemplo, entre funcionarios, por una parte, y laborales, por otra). Cabría, incluso, admitir una asimilación entre funcionarios y personal estatutario, pero no parece que en España todos los empleados públicos tengan en realidad un régimen homogéneo comparable, como se deduce del EBEP y del reparto del control entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa.

20 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 (DOUE n. 175, de 10 de julio 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.

22 TJUE, sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano / Universidad Pompeu Fabra, C-190/13, EU:C:2014:146 (terminación de un contrato laboral de profesor asociado a tiempo parcial).

4.1 La equiparación de los derechos de los empleados públicos fijos y temporales (cláusula 4.1 del acuerdo)

En aplicación de la directiva y de la jurisprudencia europea, se está consiguiendo una igualdad de los derechos de los empleados fijos y los empleados temporales también en el sector público.

Estos efectos derivan de la cláusula 4.1 del acuerdo, conforme a la cual: «Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

Los cambios derivados de la aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo han sido espectaculares en el derecho español en la medida en que se han visto afectados el reconocimiento de complementos retributivos de los empleados públicos fijos y temporales (trienios, sexenios y carrera profesional), la consideración de méritos obtenidos como empleados temporales a los efectos de la promoción profesional, la conversión de jornadas a tiempo completo en jornadas a tiempo parcial, la indemnización por cese y, es muy probable, otros ámbitos tan alejados de la naturaleza de las relaciones temporales como la excedencia.

En el derecho español y frente al sistema tradicional imperante legalmente hasta 2007, todos los empleados públicos temporales han conseguido el reconocimiento de los trienios devengados. Así ha ocurrido a raíz de la *sentencia Del Cerro Alonso*²³, la *sentencia Gavieiro Gavieiro*²⁴, el *auto Montoya Medina*²⁵ y la *sentencia Regojo Dans*²⁶.

En la *sentencia Del Cerro Alonso* se resolvía la reclamación, formulada ante el Juzgado de lo Social de San Sebastián, de una auxiliar administrativa que había devenido fija de plantilla y que solicitaba el reconocimiento, a los efectos de trienios, de los doce años de servicios prestados como personal estatutario temporal en diversos hospitales del Servicio Vasco de Salud.

En la *sentencia Gavieiro Gavieiro*, el Tribunal de Justicia permitió reconocer el derecho de dos funcionarias de la educación no universitaria gallega a percibir los trienios devengados como interinas durante más de nueve años.

A raíz del *auto Montoya Medina* del Tribunal de Justicia, se estableció la misma equiparación entre profesores contratados doctores y profesores ayudantes doctores, con una vinculación laboral con la Universidad de Alicante.

En fin, la *sentencia Regojo Dans* tiene la particularidad de reconocer el derecho a los trienios en el caso de personal eventual, es decir, de designación política o de confianza pero que

23 TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509 (trienios del personal estatutario de salud en el País Vasco).

24 TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, Rosa María Gavieiro Gavieiro y Ana María Iglesias Torres / Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819 (reconocimiento de trienios del personal docente interino no universitario).

25 TJUE, auto, de 18 de marzo de 2011, David Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial y Universidad de Alicante, C-273/10, EU:C:2011:167 (trienios de docente universitario interino).

26 TJUE, sentencia de 9 de julio de 2015, María José Regojo Dans / Consejo de Estado, C-177/14, EU:C:2015:450 (trienios del personal eventual o de confianza política de las administraciones españolas).

en este caso llevaba más de 31 años en órganos constitucionales realizando funciones administrativas. El propio Tribunal de Justicia descubre que, cuando los funcionarios de carrera son nombrados personal eventual, perciben los trienios que se niegan a este personal. Por tanto, el Tribunal de Justicia termina reconociendo también al personal eventual los trienios en aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo.

No obstante, el Tribunal Supremo, al resolver el *asunto Regojo Dans*, trata de limitarlo únicamente al personal eventual que desempeña labores de oficina de colaboración que son propias de la categoría de auxiliar administrativo, pero esto «no significa que cualquier puesto desempeñado por personal eventual se halle necesariamente en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera»²⁷.

Prácticamente en los mismos términos, el Tribunal de Justicia ha reconocido el derecho de los funcionarios docentes no universitarios a la percepción de los denominados sexenios. Así, el *auto Lorenzo Martínez* consideró que era contraria a la cláusula 4.1 del acuerdo la normativa española que reservaba, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables²⁸.

También la carrera profesional, complemento retributivo que se estableció únicamente en favor de los empleados públicos fijos, ha tenido que ser ampliada a los empleados públicos temporales por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En el *auto Álvarez Santirso*, el Tribunal de Justicia consideró que era contraria a la directiva la reserva a los funcionarios de carrera de la participación en el plan de evaluación de la función docente y del incentivo correspondiente, excluyendo a los funcionarios interinos²⁹.

La conversión de jornada a tiempo completo en jornada a tiempo parcial es discriminatoria cuando esta medida afecta únicamente a empleados públicos temporales. Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia en el *auto Rodrigo Sanz*, en respuesta a un reenvío prejudicial relativo a la decisión de la Universidad Politécnica de Madrid de transformar la jornada a tiempo completo en jornada a tiempo parcial de determinados profesores interinos. En este caso la ley de presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012 había permitido reducir la jornada de algunos profesores interinos a tiempo completo que no fuesen doctores, lo que supuso la reducción de la jornada y el sueldo de un profesor interino que llevaba más de 30 años como docente. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que esta discriminación era contraria a la cláusula 4.1 del acuerdo, sin que pueda justificarse por razones presupuestarias ni de autoorganización. Por si quedase alguna duda, el Tribunal de Justicia subrayó que la cláusula 4.1 del acuerdo marco era incondicional y suficientemente precisa para ser invocada por los particulares ante un juez y frente a las autoridades públicas.

27 Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentencia de 21 de enero de 2016, recurso n. 526/2012, ES:TS:2016:180, ponente: Maurandi Guillén (antigüedad del personal eventual en el *asunto Regojo Dans*).

28 TJUE, auto de 9 de febrero de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León, C-556/11, EU:C:2012:67 (complemento retributivo por formación o sexenios de docentes interinos no universitarios).

29 TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Carlos Álvarez Santirso / Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias, C-631/15, EU:C:2016:725 (carrera profesional de los profesores interinos no universitarios).

Tampoco es admisible discriminar, a la hora de determinar el valor de la experiencia profesional, a los empleados públicos fijos en detrimento de los temporales.

En la *sentencia Rosado Santana*, el Tribunal de Justicia considera que, a los efectos de la promoción interna de los funcionarios, es contrario al artículo 4.1 del acuerdo que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración pública que ya ha adquirido la condición de funcionario de carrera no sean tenidos en cuenta para el acceso a una promoción interna. El propio Tribunal de Justicia llega a subrayar: «el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva» (apartado 85).

No obstante, en la misma sentencia el Tribunal de Justicia había advertido de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales para aplicar la directiva que les permite «establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo» (apartado 75).

La indemnización por cese de los empleados públicos no puede aplicarse discriminatoriamente. Esta es la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en la *sentencia De Diego Porras*³⁰. En este caso se trataba de una interina laboral del Ministerio de Defensa que terminó el contrato como consecuencia de la incorporación de la trabajadora a la que había sustituido mientras cumplía funciones sindicales.

La cuestión más espinosa que tuvo que resolver el Tribunal de Justicia se refería a la comparación de la trabajadora interina, sin derecho a indemnización, con una trabajadora fija que hubiese tenido derecho a indemnización por cese. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que no quedaba justificada la discriminación que se establece en el derecho español y, además, el propio derecho español prevé la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

La excedencia también es un ámbito abonado para la discriminación entre funcionarios de carrera e interinos, tal como ha expuesto al Tribunal de Justicia la abogada general Sharpston en el *asunto Vega González*, en el que le reconoce el derecho a no ser discriminada en el ejercicio de los derechos derivados de la excedencia, en este caso el pase a la situación de servicios especiales mientras el interino ejerce un cargo público representativo, aplicados a los funcionarios de carrera³¹. Como señala la abogada general, «la Sra. Vega González no solicitó una garantía absoluta de reincorporación al final de su mandato en la Junta General del Principado de Asturias, sino que solicitó el derecho a reincorporarse si, en aquel momento, el puesto que ocupaba a) no hubiera sido amortizado y b) no estuviera ocupado por un funcionario de carrera» (punto 42).

30 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras / Ministerio de Defensa, C-596/14, EU:C:2016:683 (contrato de duración determinada e indemnización por cese de interina laboral).

31 TJUE, Conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston, de 7 de septiembre de 2017, Margarita Isabel Vega González / Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:647 (excedencia especial con reserva de puesto de funcionaria interina).

El Tribunal de Justicia ha terminado aceptando esta interpretación en la *sentencia Vega González*, conforme a la cual al funcionario interino «se le garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera» (apartado 50)³².

4.2 Las medidas contra el abuso en la contratación temporal en el empleo público (cláusula 5.1 del acuerdo)

La cláusula 5.1 del acuerdo tiene otra finalidad y plantea problemas de diferente índole. Con esta previsión, la directiva trata de luchar contra el encadenamiento abusivo de contratos temporales, lo cual en el caso del empleo público afecta seriamente al principio constitucional de igualdad, mérito y capacidad, dada la generalización de este tipo de contratos o nombramientos en el ámbito laboral, estatutario o funcionarial.

El problema más importante que encuentra la aplicación de esta cláusula 5.1 del acuerdo es que no haya sido incorporada por el legislador al derecho nacional. En efecto, y a diferencia de la cláusula 4.1, la cláusula 5.1 no tiene efecto directo, sino que enuncia una obligación de los Estados miembros de introducir, para prevenir los abusos por la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y de acuerdo con las necesidades de los distintos sectores y categorías de los trabajadores, una o varias medidas legales. El acuerdo se refiere concretamente a tres: medidas protectoras vinculadas a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos; fijación de una duración máxima total de los sucesivos contratos; y limitación del número de renovaciones.

La directiva intentó incorporarse al derecho español a través de una ley de 2001, referida únicamente a los empleados públicos laborales³³. Pero formalmente no se ha intentado, salvo fragmentariamente en materia de trienios y ejecución de programas de carácter temporal, tal como se recoge en el EBEP, o en relación con el personal estatutario temporal del estatuto marco³⁴, la transposición de la directiva en relación con los funcionarios ni con el personal estatutario de salud³⁵. En todo caso, la jurisprudencia europea ha revelado reiteradamente que la transposición en España o no existe o es errónea. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia europea, los remedios contra el abuso en el empleo público temporal irán desde la indemnización hasta la transformación en indefinido no fijo de la relación del empleado

32 TJUE, sentencia de 20 de diciembre de 2017, Margarita Vega González / Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:1014 (Directiva 1999/70 y servicios especiales o excedencia de funcionaria interina).

33 Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE n. 164, de 10 de julio de 2001).

34 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE n. 301, de 17 de diciembre de 2003).

35 ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 10, disponible en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf (última consulta 16/09/2017).

con la Administración. Así lo ha explicado el Tribunal de Justicia en el *auto León Medialdea*³⁶ y en las *sentencias Márquez Samohano, Pérez López*³⁷ y *Martínez Andrés*³⁸.

El *auto León Medialdea* se refiere al abuso de la contratación laboral temporal por un Ayuntamiento granadino que este resuelve con la amortización del puesto de trabajo y la finalización de la relación laboral sin indemnización alguna. Sin embargo, y a juicio del Tribunal de Justicia, la directiva no impone una obligación general de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Ahora bien, es contraria a la Directiva 1999/70 una amortización de la plaza sin abonarle indemnización. En este caso la opción para el Tribunal de Justicia es clara frente al uso abusivo de la contratación laboral temporal del Ayuntamiento: la indemnización de la trabajadora como consecuencia de la amortización de su puesto de trabajo.

La *sentencia Márquez Samohano* se refería a la no renovación de un contrato laboral de un profesor asociado universitario. En este caso, el Tribunal de Justicia responde que la renovación sucesiva de estos contratos de trabajo puede estar justificada por una razón objetiva, si el profesor asociado es un profesional de prestigio que desarrolla su labor fuera de la universidad; sin embargo, la renovación de contratos de asociado para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, no está justificada por el derecho de la Unión.

En la *sentencia Pérez López*, el Tribunal de Justicia aborda el abuso del encadenamiento abusivo de nombramientos de personal estatutario, una enfermera del Servicio Madrileño de Salud a la que le renovaron en numerosas ocasiones su nombramiento.

Recordando la jurisprudencia previa, el Tribunal de Justicia señala: «cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión» (apartado 33).

No obstante, el Tribunal de Justicia también precisa que es posible y está justificado el recurso al empleo temporal porque: «en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras» (apartado 45). En cambio, el Tribunal de Justicia no admite que «nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo» (apartado 47).

36 TJUE, auto de 11 de diciembre de 2014, Marta León Medialdea / Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/14, EU:C:2014:2447 (remedios contra los abusos del encadenamiento de contratos de duración determinada).

37 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, María Elena Pérez López / Servicio Madrileño de Salud, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos de duración determinada y nombramientos sucesivos de personal estatutario temporal).

38 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos de duración determinada de personal estatutario temporal y de funcionario interino).

Una vez comprobado el uso abusivo del nombramiento de personal estatutario, el Tribunal de Justicia busca los remedios equivalentes y efectivos, llegando a la conclusión de que «la creación de un puesto fijo y la conversión de un contrato de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido [pueden] ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales» (apartado 53).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia vuelve a inadmitir en esta *sentencia Pérez López*, como lo había hecho en el ya comentado *auto Rivas Montes*, la pregunta sobre la comparación entre personal laboral y personal funcionario o estatutario, dado que la comparación entre fijos y temporales procede únicamente dentro de cada categoría de empleado público.

En fin, la *sentencia Martínez Andrés* se refiere al abuso en los nombramientos temporales del personal estatutario temporal del Servicio Vasco de Salud y de un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria.

En primer lugar, la solución frente al abuso, dice el Tribunal de Justicia, debe pasar por medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del acuerdo (apartado 36).

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, es posible que la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (apartado 40).

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia señala que siempre tiene que haber una medida efectiva y disuasoria, de modo que, si «no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las administraciones públicas en régimen de derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el acuerdo marco» (apartado 53).

4.3 Los efectos europeos de la Directiva 1999/70 en la jurisprudencia laboral y contencioso-administrativa de los tribunales españoles

La jurisprudencia española ha empezado a deducir todas las consecuencias tanto en el caso de equiparación entre empleados públicos fijos y temporales como en los supuestos de abuso de la contratación temporal de empleados públicos. No obstante, en ocasiones relacionadas precisamente con la aplicación de la Directiva 1999/70, la jurisprudencia europea ha encontrado algunas resistencias para su aplicación por los jueces españoles. Sin embargo, estas resistencias han sido combatidas y superadas mediante la adopción de leyes³⁹ o con la ayuda del mismo Tribunal Constitucional español⁴⁰.

39 Ley andaluza 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (BOE n. 129, de 28 de mayo de 2016).

40 TC (Pleno), sentencia n. 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, ES:TC:2015:232, ponente: Enríquez Sancho (amparo por no aplicación de la *jurisprudencia Lorenzo Martínez* en materia de sexenios de funcionarios docentes). Previamente y en una situación similar, la actitud había

Ahora bien, las respuestas de la jurisdicción laboral y de la jurisdicción contencioso-administrativa no son uniformes y tienen preocupaciones muy distintas.

En el ámbito de la jurisdicción social se ha abierto un importante debate sobre el alcance de la igualación de la indemnización aplicada, como parece deducirse de la jurisprudencia europea, a todo tipo de contratos temporales⁴¹. Sin embargo, en el caso de abuso de contrataciones temporales, la jurisdicción laboral no parece tener mayores problemas al recurrir a la figura del indefinido no fijo, creado jurisprudencialmente y consagrado legalmente en el artículo 8 EBEP.

En cambio, en la jurisdicción contencioso-administrativa la cuestión de la indemnización por cese no parece tener mayores problemas en la medida en que no hay previsión alguna de indemnización por cese de funcionario de carrera o estatutario fijo. Sin embargo, constituye un verdadero desafío para los jueces de lo contencioso-administrativo introducir en el régimen español de la función pública y, en menor medida, en el ámbito del personal estatutario la figura del funcionario (o personal estatutario) indefinido no fijo⁴².

4.3.1 La aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo: ¿la equiparación de indemnizaciones por cese a todos los empleados públicos temporales?

El alcance de la cláusula 4.1 del acuerdo sigue planteando interrogantes entre los jueces españoles que han vuelto a preguntar al Tribunal de Justicia en varios supuestos, especialmente en lo que se refiere al alcance de la equiparación entre fijos y laborales a los efectos de reconocer la indemnización por cese o despido.

En efecto, el alcance de la indemnización por cese del personal temporal supone la gran preocupación de los tribunales españoles que tratan de buscar una clarificación de la *sentencia De Diego Porras*, tanto en el empleo privado como en el empleo público.

En el ámbito de la jurisdicción social, la equiparación entre los temporales y los fijos laborales sigue planteando problemas interpretativos, como demuestra el *asunto De Diego Porras*.

La demanda había sido desestimada por el Juzgado de lo Social, pero en suplicación el Tribunal Superior madrileño planteó la cuestión prejudicial y, apoyándose en la Directiva 1999/70 y a la vista de la interpretación del Tribunal de Justicia, concluyó que no se podía discriminar a la trabajadora «en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo»⁴³. En consecuencia, el tribunal madrileño declaró extinguido el contrato entre Ana de Diego

sido totalmente pasiva: TC (Pleno), sentencia n. 212/2014, de 18 de diciembre de 2014, ponente: González-Trevijano Sánchez (aplicación de la *jurisprudencia Rosado Santana* del Tribunal de Justicia y cuestión prejudicial).

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.

43 TSJ Madrid (Sala Social, Sección 3.ª), sentencia de 5 de octubre de 2016, recurso n. 246/2014, ES:TSJM:2016:8982, ponente: García Alarcón (*asunto Ana de Diego Porras*, indemnización por terminación de contrato de interinaje laboral en el sector público).

Porras y el Ministerio de Defensa, pero condenó al Ministerio a abonar una indemnización de 6.141,85 euros correspondientes a 20 días por mes en relación con los más de siete años vinculada interinamente a la Administración. No obstante, en casación ante el Tribunal Supremo, la Sala de lo Social acaba de plantear en vía prejudicial, en virtud del auto de 25 de octubre de 2017, una nueva cuestión⁴⁴.

La reacción de los expertos y de la jurisdicción social ha tratado de limitar una generalización de la indemnización por el cese de los trabajadores temporales.

Por una parte, en 2017, dentro del Grupo de Expertos del Ministerio de Trabajo, se subrayó «la confusión conceptual en la que incurre la sentencia de referencia al equiparar las que denomina “razones objetivas” de finalización de los contratos de duración determinada (configuradas en la cláusula 3 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE como causas de extinción que se producen por razones ajenas a la voluntad de las partes) con la extinción por voluntad del empresario basada en la causa objetiva prevista en el artículo 52. c) ET; una distinción esta que conocen todos los ordenamientos de los Estados miembros, que es compatible con el Acuerdo Marco y que también se acoge, acertadamente, en otras decisiones del tribunal europeo (recientemente, en la sentencia de 13 de mayo de 2015, caso *Rabal Cañas*)»⁴⁵. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea llegó a reconocer, inusitadamente, ante la prensa española en Luxemburgo que podrían no haber entendido la cuestión prejudicial, pudiendo subsanarse dicha incompreensión mediante futuros reenvíos⁴⁶.

Por otra parte, antes que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, otros tribunales de lo social habían reaccionado planteando nuevas cuestiones prejudiciales.

Así, lo hizo ya en 2016 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia, cuando preguntó en el *asunto Grupo Norte Facility* si era comparable la extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores bien por “circunstancias objetivas” (art. 49.1.c) bien por “causas objetivas” (art. 52)⁴⁷. Con ello, el tribunal gallego pretende saber si se aplica la cláusula 4.1 del acuerdo a una indemnización por la extinción laboral de un contrato de relevo que es por naturaleza de duración determinada, cuestión prejudicial que reitera en 2017 en el *asunto Rodríguez Otero* respecto del empleo público⁴⁸.

El Juzgado de lo Social n. 33 de Madrid también ha accedido al Tribunal de Justicia, en el *asunto Montero Mateos*, para saber si es conforme con la directiva la no indemnización por la extinción de un contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre un organismo público y la trabajadora,

44 TS (Sala Social), auto de 25 de octubre de 2017, recurso 3970/2016, ponente: Arastey Sahún (cuestión prejudicial sobre el alcance de la jurisprudencia *De Diego Porras*); ante el Tribunal de Justicia se ha registrado como asunto C-619/17.

45 Conclusiones provisionales del Grupo de Expertos sobre la STJUE 14.9.2016, caso *De Diego Porras*, de 19 de febrero de 2017, nombrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

46 A esta situación ha contribuido que el propio presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconociese el 17 de febrero de 2017 en Madrid que sería muy probable una reconsideración de la jurisprudencia *De Diego Porras*; véase, *El presidente del TJUE señala que la cuestión sobre la indemnización de los interinos “no ha terminado”*, Europa Press, Madrid, 17/02/2017, disponible en <http://www.europa-press.es/economia/legal-00345/noticia-presidente-tjue-senala-cuestion-indemnizacion-interinos-no-terminado-20170217144257.html> (último acceso 24/09/2017).

47 TJUE, reenvío prejudicial *Grupo Norte Facility S.A.* / Ángel Manuel Moreira Gómez, C-574/16.

48 TJUE, reenvío prejudicial *Simón Rodríguez Otero* / Televisión de Galicia, S.A., C-212/17.

mientras que en el caso de un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año⁴⁹.

De hecho, la abogada General J. Kokott ya se ha pronunciado sobre dos de estos asuntos y ha señalado con toda claridad la necesidad de replantear la cuestión: «El presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto –al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras– y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto»⁵⁰.

También el Juzgado de lo Social de Terrassa ha remitido en el *asunto Vernaza Ayovi* varias cuestiones al Tribunal de Justicia sobre la diferente respuesta legal del derecho español ante un despido disciplinario considerado improcedente: tratándose de un trabajador fijo al servicio de las administraciones públicas, debe readmitirse, pero si es indefinido o temporal, realizando las mismas funciones que uno fijo, otorga la posibilidad de no readmitirlo a cambio de una indemnización. La pregunta se refiere tanto al artículo 4.1 del acuerdo como al artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵¹.

En fin, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el *asunto De Diego Porras II*, le pide al Tribunal de Justicia que aclare «si, a la luz de la directiva, sería exigible que, en todo caso, la extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad debe llevar aparejado el derecho a una indemnización y, en tal caso, si dicha indemnización debe establecerse de forma análoga a la que el mismo ordenamiento establece para las demás causas de extinción de los contratos de trabajo».

Por tanto, parece que los tribunales de lo social en España se han puesto de acuerdo en que el Tribunal de Justicia clarifique el alcance de la *jurisprudencia De Diego Porras*. De este modo, parece que se podrá imponer un poco de orden en lo que se refiere a la aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo y el régimen aplicable de equiparación de indemnizaciones, aunque no puede dejar de subrayarse que el Tribunal de Justicia ha dictado ya casi 40 sentencias referidas a la Directiva 1999/70 y a su interpretación.

En cambio, en la jurisdicción contencioso-administrativa, la falta de comparación de una pretendida indemnización por cese de funcionarios de carrera o estatutario fijo parece descartar la necesidad de indemnizar el cese de funcionarios interinos o estatutarios temporales⁵². Sin embargo, algunos juzgados han empezado a aplicar la misma doctrina que en el ámbito social sin tener en cuenta, a mi juicio, el requisito de la comparabilidad⁵³. En todo caso, la presión

49 TJUE, reenvío prejudicial Montero Mateos / Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16.

50 Conclusiones de la Abogada General J. Kokott, de 20 de diciembre de 2017, C-574/16, Grupo Norte Facility, EU:C:2017:1022; y C-677/16, Montero Mateos, EU:C:2017:1021, apartados 53 y 48, respectivamente.

51 TJUE, reenvío prejudicial, Gardenia Vernaza Ayovi / Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17.

52 Véase, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 13 de Barcelona, de 8 de junio de 2017, recurso n. 419/2016, ES:JCA:2017:1028, ponente: Alcover Povo (cese de personal estatutario interino). En esta sentencia se razona convincentemente: «la diferencia de trato en la que el actor fundamenta su petición no se establecería entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato indefinido, sino entre personal estatutario y personal laboral, lo que determina que no sean aplicables al presente caso ni la directiva citada, ni la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada por el actor».

53 Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 2 de A Coruña, sentencia de 30 de junio de 2017, recurso n. 78/2017, ES:JCA:2017:488, ponente: García Llovet (indemnización de 20 días por año como funcionario interino).

de los funcionarios y del personal estatutario pretenderá y probablemente consiga aplicar las mismas ventajas sociales previstas en el ámbito estrictamente de las relaciones laborales⁵⁴.

De manera complementaria, los jueces españoles siguen abriendo nuevos caminos en la aplicación de la Directiva 1999/70 en lo que se refiere al ámbito educativo en todos los niveles.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha le pregunta al Tribunal de Justicia sobre el régimen temporal de los funcionarios docentes no universitarios durante las vacaciones escolares, en junio y agosto, y que son contratados nuevamente en septiembre, en el *asunto Viejobueno Ibáñez*⁵⁵.

En el ámbito del complemento de carrera profesional de funcionario universitario, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Zaragoza le pregunta al Tribunal de Justicia, en el *asunto Centeno Meléndez*, si el artículo 4.1 del convenio es aplicable al complemento retributivo de carrera horizontal⁵⁶.

4.3.2 La aplicación de la cláusula 5.1 del acuerdo en España: ¿la generalización del empleo público indefinido no fijo?

En caso de abuso en la contratación temporal, se plantean problemas muy distintos en la jurisdicción social y en la contencioso-administrativa, en la medida en que una ya cuenta con una figura, como es la del trabajador indefinido no fijo, que resulta difícil de aplicar al personal estatutario y, de manera especial, a los funcionarios.

En efecto, la solución de la jurisdicción social cuando hay abuso parece clara: la conversión del empleado público en trabajador indefinido no fijo. No obstante, los jueces de lo social han tenido algunos problemas para aplicar correctamente la *jurisprudencia Márquez Samohano* a la hora de determinar la existencia o no del abuso en la contratación laboral de un profesor asociado.

Así, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido que revocar sendas sentencias de suplicación del Tribunal Superior catalán para conferir plenos efectos a la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, que había apreciado un abuso en la contratación de dos profesores asociados, uno de la Universidad Pompeu Fabra⁵⁷ y el otro de la Universidad de Barcelona⁵⁸.

54 Así lo propugna, por ejemplo, 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 octubre de 2017; sin embargo, se pronuncia en contra GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., “Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese”, *Diario La Ley*, n. 9069, de 26 de octubre de 2017.

55 TJUE, C-245/17, Pedro Viejobueno Ibáñez y Emilia de la Vara González / Consejería de Educación de Castilla-La Mancha. Algunos jueces no consideran necesario, a la vista de la jurisprudencia europea, plantear una cuestión prejudicial; véase, por ejemplo, la sentencia 166/2017 de 30 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 11 de Madrid, recurso n. 87/2017, magistrado: Torres Martínez; publicada en *Diario La Ley*, n. 9031, 28 de julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, Madrid.

56 TJUE, reenvío prejudicial Pilar Centeno Meléndez / Universidad de Zaragoza, C-315/17.

57 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentencia de 22 de junio de 2015, recurso n. 3047/2015, ES:TS:2017:2703, ponente: Segoviano Astaburuaga (abuso en la contratación del profesor asociado Antonio Márquez Samohano, de la Universidad Pompeu Fabra).

58 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentencia de 1 de junio de 2017, recurso n. 2890/2015, ES:TS:2017:2419, ponente: Blasco Pellicer (abuso en la contratación de profesor asociado de la Universidad de Barcelona); véase el comentario de CANO GALÁN, Y., “Contratación temporal en el ámbito universitario ¿pueden existir los profesores asociados?”, *Diario La Ley*, n. 9027, 24 de julio de 2017.

En el caso de la sentencia relativa al profesor Antonio Márquez Samohano, de la Pompeu Fabra, el Tribunal Supremo aplica detalladamente la jurisprudencia deducida por el Tribunal de Justicia y, a diferencia de lo que se hace en suplicación y en los términos sentados por el Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona, que había planteado la cuestión prejudicial, constata: «Al no acreditarse la causa de la temporalidad y constar que la actividad desarrollada por el actor cubría necesidades permanentes de la Universidad, por lo que el contrato es fraudulento, el mismo tiene carácter indefinido, de conformidad con el artículo 15.3 del ET. En el presente supuesto, al ser la empleadora una Administración pública, la relación laboral será indefinida no fija».

En la sentencia relativa al profesor de la Universidad de Barcelona, el Tribunal Supremo aplica la cláusula 5.1 del acuerdo y llega a la conclusión de que «la sucesiva concatenación de contratos temporales bajo el formal amparo de modalidades contractuales específicas del ámbito universitario que no cumplían materialmente los requisitos y las finalidades previstas legalmente implicó una actuación fraudulenta que determinó, por ministerio de la ley, la consideración de que existía un contrato de carácter indefinido no fijo, cuya unilateral extinción bajo la alegación de finalización de una duración temporal inexistente debió calificarse como despido improcedente».

En la jurisdicción contencioso-administrativa también es compleja la determinación del abuso por los nombramientos temporales de funcionarios y personal estatutario, pero resulta aún más difícil determinar la solución efectiva y disuasoria que deben dar los jueces al no haber previsiones legislativas apropiadas.

La no constatación del abuso es una salida airosa de los tribunales contencioso-administrativos, que, así, no se enfrentan al espinoso tema de la solución efectiva y disuasoria.

Así, por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Madrid desestima un recurso de personal estatutario y elabora una interesante interpretación del régimen protector del artículo 9 del Estatuto Marco del personal sanitario, «cuya concreta redacción no es disconforme con la directiva, y en consecuencia si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, y si la Administración no procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, podrán los interesados (que lo serán no solo el contratado eventual, sino también los integrantes de la bolsa de interinos, que pudieran ocupar la misma si fuera creada, o las organizaciones sindicales en representación de sus afiliados) exigir dicho estudio, bien entendido que, en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, correspondería su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que, en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio»⁵⁹.

Del mismo modo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha subrayado prudentemente: «La citada [sentencia que resuelve los asuntos acumulados “Martínez Andrés” y “Castrejana

⁵⁹ TSJ Madrid (Sala Contencioso-administrativa, Sección 7.ª), sentencia de 7 de octubre de 2016, recurso n. 82/2016, ES:TSJM:2016:10741, ponente: I. del Riego Valledor (personal estatutario temporal).

López”, asunto C-184/15 (personal eventual) y C-197/15 (interino)] deja en manos del juzgador nacional la apreciación de la concurrencia o no del fraude en la contratación, de modo que solo cuando se vislumbra dicho fraude, por utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y concatenación irregular de las contrataciones, cabe aplicar el criterio que en dicha sentencia se enuncia»⁶⁰. Sin embargo, el tribunal gallego, después de un análisis detallado del caso, no aprecia la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y concatenación irregular de las contrataciones, por lo que no se produce el supuesto de hecho al que deba aplicarse la jurisprudencia europea.

En cambio, una vez comprobado el abuso, la solución ya resulta más controvertida, aunque fuese la apuntada por el Tribunal de Justicia en la sentencia relativa a los *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López*, que ha consistido, en realidad, en aplicar en el ámbito contencioso-administrativo una figura tan peculiar como la de funcionario indefinido no fijo.

Por una parte, en el *asunto Martínez Andrés*, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al comprobar una utilización fraudulenta de nombramientos administrativos para la prestación de servicios de naturaleza temporal, declara la relación de una estatutaria como indefinida no fija respecto del Servicio Vasco de Salud⁶¹. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Bilbao había desestimado el recurso. Sin embargo, y en apelación, la sala vasca adopta, sin mayores contemplaciones, la siguiente solución: «la apelante continuará vinculada a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá la interesada la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales».

Por otra parte, el mismo tribunal vasco resuelve el litigio que enfrentaba al arquitecto municipal Juan Carlos Castrejana López con el Ayuntamiento de Vitoria del modo siguiente: «la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el orden jurisdiccional social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza»⁶².

Pero es que, además, el tribunal vasco añade hacia el futuro su solución por el eventual cese del funcionario interino: «el apelante continuará vinculado a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del auto antes citado se infiere que el actor fue contratado sin atender a los límites objetivos que configuran el contrato de duración determinada».

60 TSJ Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentencia de 19 de julio de 2017, recurso n. 162/2017, ES:TSJGAL:2017:5388, ponente: Seoane Pesqueira (cese de interina de la Administración de Justicia sin indemnización).

61 TSJ País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentencia de 12 de diciembre de 2016, recurso n. 625/2013, ES:TSJPV:2016:3488, ponente: González Saiz (solución del asunto Martínez Andrés de cese de personal estatutario eventual).

62 TSJ País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentencia de 12 de diciembre de 2016, recurso n. 735/2013, ES:TSJPV:2016:3979, ponente: González Saiz (solución del asunto Castrejana López de cese de personal funcionario municipal).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, después de apreciar la existencia de abuso en los nombramientos como funcionario interino, frente al cese de funcionario, procede al reconocimiento de la continuación de la interinidad⁶³. A tal efecto, el tribunal gallego argumenta: «La consecuencia indeclinable de la apreciación del fraude en el encadenamiento de nombramientos sucesivos ha de ser el reintegro del recurrente a la plaza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero no puede mudarse el nombramiento por el de plaza vacante de la letra a) del artículo 10.1 del [EBEP], porque no existe tal plaza vacante».

Será la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la que en casación determine la solución más apropiada para corregir los supuestos de abuso a los nombramientos de funcionarios interinos y estatutarios temporales. En efecto, en 2017 el Tribunal Supremo ha admitido a trámite los dos recursos relativos a los *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López*, dado que presentan interés casacional, y delimita la cuestión que debe resolver en estos términos: si se debe convertir la relación de servicios (como personal estatutario o como funcionario interino) en una de carácter indefinido no fija o, bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación. Y si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento⁶⁴.

Hasta ahora la respuesta de la Sala de lo Contencioso-administrativo ha sido bastante reacia a una pretendida figura del funcionario indefinido no fijo que ha negado de manera terminante en el caso de los jueces sustitutos⁶⁵. Por tanto, al Tribunal Supremo le queda elegir entre crear una nueva figura de funcionario indefinido no fijo, y su equivalente para el personal estatutario, aplicar la indemnización o, en fin, reconocer las dos.

5 Conclusión

El derecho europeo nunca obligará a seguir un modelo específico de empleado público. Sin embargo, su influencia indirecta está siendo cada vez mayor, como se aprecia en la experiencia española. Esto se debe a que, a pesar de la autonomía institucional y procedimental, el régimen de los empleados públicos está limitado y no puede afectar o desincentivar las libertades económicas del mercado europeo y no puede introducir discriminaciones por razón del sexo, de la edad, de la discapacidad, etc. Asimismo, el derecho de la Unión Europea ha contribuido a mejorar las condiciones sociales de los empleados públicos en aspectos particularmente sensibles, como son las vacaciones, el tiempo de trabajo, el trabajo temporal, el reconocimiento de experiencias profesionales, etc.

63 TSJ Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentencia de 14 de junio de 2017, recurso n. 72/2017, ES:TSJGAL:2017:4210, ponente: Seoane Pesqueira (cese de funcionario interino del Ayuntamiento de Santiago nombrado temporalmente de modo abusivo).

64 TS (Sala C-A, Sección 1.ª), autos de 30 de mayo de 2017 y de 13 de junio de 2017, recursos n. 785/2017 y n. 1305/2017, ES:TS:2017:5070A y ES:TS:2017:5796A, ponente: Menéndez Pérez (admisión de recurso de casación sobre utilización abusiva de una relación de servicios con sucesivos nombramientos temporales en los *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López*). Véase en el mismo sentido el auto de 12 de junio de 2017, recurso 732/2017, ES:TS:2017:6109A, ponente: Cudero Blas (cese de personal estatutario eventual del Servicio de Salud de Castilla y León).

65 TS (Sala C-A, Sección 6.ª), sentencia de 13 de marzo de 2017, recurso n. 896/2014, ES:TS:2017:949, ponente: Maurandi Guillén (desestima la pretensión de una juez sustituta para que se declarase la relación estatutaria/laboral como indefinida desde su nombramiento para el año judicial 2006/2007).

En España la jurisprudencia europea está produciendo una convergencia y una homogeneización del estatuto de los empleados públicos (estatutario, laboral y funcionario)⁶⁶. Esta convergencia sería mayor si no hubiese dos jurisdicciones ocupadas en resolver los litigios de los empleados públicos: la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa.

Precisamente la aplicación de la Directiva 1999/70 relativa al empleo temporal pone de manifiesto las contradicciones del ordenamiento español. Por una parte, y en el caso de la jurisdicción social, el problema del abuso de la contratación temporal se resuelve a través de la figura del trabajador indefinido no fijo y solo se plantean algunas discrepancias sobre el alcance de la equiparación en la indemnización de alguno de los tipos de empleados temporales. Por otra parte, y en la jurisdicción contencioso-administrativa, podría pensarse que no hay que reconocer una indemnización por cese del nombramiento de funcionario interino o estatutario temporal, al no preverse para ninguna de las categorías equivalentes de duración indeterminada. En cambio, la solución al abuso de los nombramientos temporales en la función pública y en el personal estatutario recela de la figurada del indefinido no fijo porque, de ese modo, se estaría afectando seriamente al principio de igualdad, mérito y capacidad.

En definitiva, ha sido la jurisprudencia europea la que está propiciando una convergencia en el estatuto del empleado público en España. Ahora bien, en esta tarea debe reconocerse que la responsabilidad del diseño es del legislador, siendo la intervención judicial solo subsidiaria. Por eso, debe reprocharse la incuria del legislador español, que está propiciando un activismo judicial que no puede ser uniformado por jurisdicciones tan distintas como la social y la contencioso-administrativa, cuando están en juego principios esenciales de nuestro ordenamiento.

6 Bibliografía

ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Diputación 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 julio 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., y QUESADA SOLER, B., "La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración", *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 17, 2017.

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, de 26 de octubre de 2017.

66 CHAVES GARCÍA, J. R., y 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.

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 octubre 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.

Regap



NOTAS