

# La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el empleo local<sup>1</sup>

Beatriz Setuáin Mendía

## RESUMEN

En este trabajo se procede a una revisión sistemática, exhaustiva y actualizada de la jurisprudencia dictada por el TJUE en relación con el empleo de duración determinada. Su interés en el ámbito local es alto, dado el elevado índice de temporalidad existente. La labor realizada muestra una jurisprudencia abundante, compleja y en permanente desarrollo, que está siendo clave para realizar nuevas lecturas del derecho español del empleo público que, sin embargo, no se modifica, generando algunas dificultades de encaje con la doctrina comunitaria. Otro rasgo de esta jurisprudencia es su carácter errático y en continuo autoajuste, lo que plantea incertidumbres e inseguridad jurídica. Siendo necesario frenar el abuso del empleo temporal por parte de la Administración, a veces surgen faltas de entendimiento por los jueces comunitarios de nuestro modelo de empleo público que, por otra parte, reclama un sistema de responsabilidad personal que permita poner freno a aquélla.

**Palabras clave:** empleo público local, jurisprudencia comunitaria, relaciones de empleo de duración determinada, Directiva 1999/70, de 28 de junio.

## ABSTRACT

This paper is a systematic, exhaustive and update review on the case-law from the European Court of Justice related to fixed-term employment. It's very important in the local level. There is an extensive and developing case-law that plays a key role making a new interpretation of spanish legislation.

\*\*\*\*\*  
1 Este texto, con las debidas actualizaciones, se corresponde con el contenido de la ponencia presentada en el Seminario de Derecho Local organizado por la Fundación Ramón Sáinz de Varanda el día 23 de mayo de 2019.

There are some difficulties of coordination and legal uncertainty. Provision should be made for a system of responsibility for irregularities.

**Key words:** public service employment at the local level, Community case-law, fixed-term employment, Directive 1999/70/EC of 28 June 2002

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO SE FOCALIZA EN EL DE CARÁCTER TEMPORAL, ESPECIALMENTE ABUNDANTE EN EL ÁMBITO LOCAL. II. LAS CLÁUSULAS 4 Y 5 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, DE 28 DE JUNIO, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEIIP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA: CONTENIDO Y ALCANCE. III. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PERSONAL EVENTUAL. IV. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE FUNCIONARIOS INTERINOS. 1. Pronunciamientos en aplicación de la cláusula 4, que prohíbe la discriminación de los trabajadores temporales. 2. El trasunto nacional de esta jurisprudencia: algunos aspectos a destacar. 3. Pronunciamientos en aplicación de la cláusula 5, referida a las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de las relaciones de empleo temporales. V. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PERSONAL PÚBLICO LABORAL. VI. UNAS ÚLTIMAS CONSIDERACIONES. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN: EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO SE FOCALIZA EN EL DE CARÁCTER TEMPORAL, ESPECIALMENTE ABUNDANTE EN EL ÁMBITO LOCAL

Cualquier revisión del impacto que produce en el empleo local la jurisprudencia sobre empleados públicos dictada a lo largo de los últimos años por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) debe partir necesariamente de una aclaración previa: se trata, en todo caso, de un impacto focalizado en el empleo temporal, pues es a él, y no al estable, al que se refieren los diversos e importantes pronunciamientos del órgano en esta materia. Lo que, por otra parte, no deja de ser lógico, ya que se trata de decisiones adoptadas en el ámbito de la política social comunitaria que, aunque legitima la atención de cualquier trabajador, apunta preferentemente a las situaciones laborales de mayor vulnerabilidad: trabajo femenino o joven, trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, o empleo temporal, como es el caso.

Que esto sea así también implica reconocer que la incidencia de esta jurisprudencia va a ser significativa, si se tiene en cuenta el elevado volumen de tem-

poralidad que existe en el empleo público local, tanto en el funcionarial (con un considerable número de interinos), como en el laboral (con un abultado índice de contratación temporal), e incluso en el eventual, que en algunas entidades locales tiene no poca relevancia<sup>2</sup>. Las principales causas de esta situación han sido fundamentalmente dos. En primer lugar, la propia desnaturalización de las relaciones laborales temporales, concebidas inicialmente para unas circunstancias y unos supuestos determinados que han sido progresiva y frecuentemente rebasados, a veces por determinación legal, pero la mayoría de ocasiones por incumplimiento normativo por parte de la Administración. Y en segundo término, la crisis económica, que en el empleo público ha significado una política de gasto muy restrictiva caracterizada por una estricta tasa de reposición que ha impedido la incorporación de nuevo personal estable generando, en consecuencia, un volumen muy importante de empleo temporal puesto que las necesidades estructurales han seguido existiendo.

A los problemas específicos que genera esta temporalidad en el empleo público y, en particular, a sus consecuencias discriminatorias para quienes la padecen ya se habían referido temprana y aisladamente algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC), sirviendo como ejemplo las Sentencias 240/1999, de 20 de diciembre y 203/2000, de 29 de julio, que reconocieron el derecho a la situación administrativa de excedencia por cuidado de hijos de sendas funcionarias interinas, acercando en este punto su régimen jurídico al de los funcionarios de carrera. Pero ha sido la jurisprudencia comunitaria la que, de manera mucho más rotunda, ha venido a incidir directa y significativamente sobre la cuestión.

## II. LAS CLÁUSULAS 4 Y 5 DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, DE 28 DE JUNIO, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEIIP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA: CONTENIDO Y ALCANCE

Jurisprudencia que, conviene saberlo desde el principio, se apoya en la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEIIP<sup>3</sup> sobre el trabajo de duración determinada y, específica-

.....  
2 Sobre esta cuestión, cfr. ROSA MORENO, J. (2019).

3 Unión de Industrias de la Comunidad Europea, Consejo Europeo de Empresas Públicas y Confederación Europea de Sindicatos. Son tres interlocutores sociales a escala europea que representan los intereses de los trabajadores y los empresarios europeos en el diálogo social con la Unión.

mente, en la valoración de si sus contenidos –en concreto, el de las cláusulas del Acuerdo que se incorpora a la misma como Anexo, producto de la negociación con aquellos interlocutores sociales– están debidamente atendidos por el derecho español aplicable al empleo público o si éste, tal como se estructura y aplica, contraviene sus disposiciones. No hay que perder de vista que éstas son mandatos propios de la política social comunitaria, y que esta política concibe el empleo estable como componente fundamental de la protección a los trabajadores en el territorio de la Unión. Su imperatividad impone a todos los Estados miembros la adopción de medidas precisas para su observancia –sin necesidad de armonización ordinamental, pero sí de eficacia–, así como para responder a su eventual incumplimiento de forma suficientemente disuasoria. Se trata, por tanto, de comprobar si el régimen del empleo público español se ajusta a estas obligaciones.

A los efectos que aquí interesan, el Acuerdo marco tiene dos cláusulas fundamentales, la 4 y la 5, que por su importancia se transcriben a continuación.

#### Cláusula 4: Principio de no discriminación.

- 1. 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.*
- 2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis.*
- 3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.*
- 4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.*

#### Cláusula 5: Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva.

- 1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:*
  - a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
  - b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*

- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.
2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:
- se considerarán «sucesivos»;
  - se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

No hace falta tener un conocimiento jurídico muy profundo para notar que estas cláusulas recaen claramente sobre aspectos fundamentales del empleo público temporal. La cláusula 4 se liga al tema clásico de las retribuciones –en particular, al devengo de trienios por antigüedad de los empleados temporales–, pero también al reconocimiento, sobre todo a los funcionarios interinos, de los derechos propios de la carrera profesional, jornada de trabajo y situaciones administrativas. La cláusula 5, por su parte, conecta directamente con prolongación abusiva de las situaciones de temporalidad y las consecuencias del cese de los empleados públicos temporales sucesivos de larga duración. Y ello, se advierte, de cualquier de las tipologías que pueden presentar éstos. Del funcionario interino, por supuesto, pero también del contratado laboral temporal y del personal eventual.

En efecto. Aunque se deduce de forma implícita de todo lo dicho hasta ahora, la Directiva 99/70 y todos sus contenidos no se aplican solo en la esfera del empleo privado, sino también del público, pues es una norma dirigida a garantizar determinadas condiciones de trabajo de los empleados temporales, con independencia de quién sea el empleador. Así lo ha indicado expresamente el TJUE en una multiplicidad de Sentencias<sup>4</sup> en las que ha insistido en que el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» al que se refiere la cláusula 3.1 del Acuerdo cuando identifica su ámbito subjetivo engloba a todos los trabajadores en esa situación, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado de quien les emplea ni de la calificación de su relación laboral en el derecho interno. De esta manera, el Acuerdo marco se aplica a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador. Es cierto que la legislación y/o las prácticas nacionales podrán limitar su ámbito material, pero siempre que no tenga como resultado excluir arbitrariamente a una categoría de personas de la protección que ofrece (cláusula 2.1). También podrán fijar un margen de apre-

.....

4 Entre otras las de 4 de julio de 2006, *asunto Adeneler y otros*; 13 de septiembre de 2007, *asunto Del Cerro Alonso*; 23 de abril de 2009, *asunto Angelidaki y otros*; 22 de diciembre de 2010, *asunto Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*; 8 de septiembre de 2011, *asunto Rosado Santana*; 11 de abril de 2013, *asunto Della Rocca*; 13 de marzo de 2014, *asunto Márquez Samohano*; 3 de julio de 2014, *asunto Fiamingo y otros*; o 26 de noviembre de 2014, *asunto Mascolo y otros*.

ciación sobre la aplicación del Acuerdo a algunas categorías de contratos o de relaciones laborales, en concreto a «las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje» y a «los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos» (cláusula 2.2).

En el caso de España, si el empleador es cualquier Administración pública –lo que aquí interesa valorar–, son las tres tipologías aludidas las que se caracterizan por esa relación no permanente de servicio profesional. Aunque ni es lo mismo, ni hace lo mismo ni está sujeto al mismo régimen jurídico un funcionario interino, un empleado laboral o un empleado eventual. El empleado laboral está sujeto a un régimen de derecho del trabajo, con todas las especialidades y excepciones derivadas del 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 (TREBEP), que lo «publifican» en cierta forma en atención a quién es su empleador. El funcionario está sujeto a un régimen específico de derecho administrativo que deriva directamente de la Ley. Y el personal eventual también está sujeto a un régimen administrativo –el régimen general de los funcionarios de carrera, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, art. 12.5 TREBEP–, lo que ha suscitado críticas en la doctrina, dada la evidente diferencia de cometidos entre ambos<sup>5</sup>, si bien se singulariza funcionalmente: es nombrado para realizar funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, diferentes de las «profesionales» que son propias de los funcionarios.

Sobre estas tres tipologías diferenciadas se ha pronunciado el TJUE en los últimos años de una manera bastante intensa. Y siempre en un sentido semejante: amplificar sus derechos en cuanto que empleados temporales. Sin embargo, no en todas las ocasiones esta decisión ha ido acompañada de la suficiente explicación o, por mejor decir, de un entendimiento preciso por su parte del sistema jurídico español, lo que también ha propiciado oscilaciones jurisprudenciales importantes que han tenido reflejo a nivel judicial interno. Esto ha sucedido en todas las tipologías de empleado público temporal y particularmente, por lo llamativo de algunas decisiones, con el personal eventual y con los funcionarios interinos. La tendencia de la jurisprudencia comunitaria a sugerir soluciones homogéneas propiciando una «laboralización» de los efectos de la eventualidad y el interinaje que algunos tribunales españoles se han apresurado a acoger –aunque también han sido corregidos por otros superiores<sup>6</sup>– ha perdido

.....  
5 Vid. por todos MARINA JALVO (2016), pp. 183 y 185.

6 De «valentía no exenta de temeridad» califica estas actuaciones FUENTETAJA PASTOR (2018), p. 142.

de vista en ocasiones la especialidad de estas particulares relaciones de servicio (de las que la Administración ha abusado, no hay duda), generando a la vez un panorama de incertidumbre jurídica y práctica nada desdeñable. Por no hablar del impacto económico que conlleva la aplicación de alguna de esas decisiones, lo que, sin embargo, no entra en la consideración del Tribunal, centrado en el objetivo de la Directiva y no en sus implicaciones institucionales (financieras y ordinamentales)<sup>7</sup>. Veamos esto con más detalle.

### III. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PERSONAL EVENTUAL

Comenzamos con el ejemplo concreto del personal eventual. A él se refiere el art. 12 TREBEP, que lo define como aquél que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. Este precepto encomienda a las Leyes de función pública que se dicten en desarrollo de dicho Estatuto la determinación de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal, mientras que su número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Su nombramiento y cese serán libres, teniendo éste lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento. Finaliza el precepto indicando que la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna y que, como también se ha dicho, y pese a las evidentes diferencias que presenta con los mismos, le será aplicable, *en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición* (dejando aquí lugar a la interpretación y excepción), el régimen general de los funcionarios de carrera.

\*\*\*\*\*

7 En parecidos términos, *ibidem*, p. 148. De hecho, ya la jurisprudencia comunitaria había manifestado expresamente que, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro, e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la aplicación de una normativa nacional que conduce a una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores con contrato de duración determinada. Vid por analogía las *Sentencias de 24 de octubre de 2013, asunto Thiele Meneses (apartado 4) y de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo y otros (apartado 110)*. Y el *Auto de 21 de septiembre de 2016, asunto Popescu (apartado 63)*.

En el ámbito local, son los arts. 104 y 104 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) los que precisan estas determinaciones, interesando destacar en este momento las siguientes: a) el número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación al comienzo de su mandato, y solo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los presupuestos anuales; b) el nombramiento y cese de estos funcionarios corresponde al Alcalde o al Presidente de la Entidad local correspondiente; c) se establecen los límites cuantitativos a que se refiere el art. 12 TREBEP, ligados a criterios poblacionales; y d) se admite que entidades locales distintas de las necesarias y sus organismos dependientes dispongan de este tipo de personal, y que éste se asigne a cualquier servicio dentro de las mismas. La STC 54/2017, de 11 de mayo declaró inconstitucionales los apdos. 3 y 4 del art. 104 bis LBRL, que prohibían este último extremo, por considerar que excedían la competencia estatal básica y vulneraban las competencias autonómicas sobre régimen local y la potestad de autoorganización local. En el caso de Aragón, esto nos sitúa claramente en el caso de las Comarcas, que pueden disponer (como, de hecho, lo hacen) de este especial tipo de personal.

Pues bien. El personal eventual, respecto al que se flexibilizan por determinación legal alguno de los principios más profundos del empleo público (debiendo por ello ser excepcional, como ha señalado repetidamente la jurisprudencia), ha sido objeto de consideración por el TJUE. En concreto, en su *Sentencia de 9 de julio de 2015, asunto Regojo Dans*, en la que se pronunció acerca de la posibilidad de reconocerle antigüedad y de percibir las retribuciones asociadas a la misma (trienios).

Esta Sentencia daba respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) a la vista del recurso presentado por la recurrente –personal eventual del Consejo de Estado en ese momento, pero que había desarrollado su actividad retribuida siempre en esta condición en otras instituciones durante un total de 32 años– frente a la denegación de su reclamación de percepción de trienios por la totalidad de los años desempeñados en esta condición. La causa de la denegación vino dada por la aplicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2012, que excluía expresamente esta posibilidad<sup>8</sup>. El TJUE no entra en este caso a valorar las especialidades relacionales y funcionales de su condición, y directa-

.....

8 Hay que recordar que, a diferencia de los funcionarios de carrera, las normas de derecho interno no incorporan el reconocimiento al personal eventual de retribuciones en concepto de trienios. Su régimen retributivo viene siendo recogido en las sucesivas Leyes estatales de

mente considera discriminatoria una disposición que excluye a este personal del derecho a percibir los trienios que sí se reconocen a los funcionarios de carrera.

Parte para ello de su encaje dentro del concepto de trabajador temporal por cuenta ajena de la cláusula 3 del Acuerdo antes citada: es una trabajadora con una relación laboral cuyo final viene determinado por una condición objetiva, que es la producción de un hecho o acontecimiento determinado (el cese de la autoridad que la nombró en todo caso, y la pérdida de confianza en cualquier momento). A estos efectos, para el TJUE es irrelevante la calificación que tenga la relación de trabajo de la recurrente en el derecho interno y los rasgos particulares de la misma –funciones propias, sistema de nombramiento–, pues atenderlos supondría desvirtuar la eficacia y uniformidad de la Directiva. En todo caso, lo único que esta norma permite es que sea el Estado el que, por razones objetivas debidamente justificadas, excluya a determinados trabajadores del sistema de protección que establece la norma comunitaria, siendo ésta una circunstancia que para el TJUE tampoco tiene lugar en este supuesto.

Efectivamente. Para el Tribunal comunitario, la discriminación que supone la no retribución de los trienios a la recurrente viene determinada por incumplimiento de las estipulaciones de la cláusula 4 del Acuerdo, en la que se establecen las reglas de no discriminación entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos. Conforme a la misma, la empleada eventual de la Administración tenía en este punto concreto unas condiciones de trabajo más desfavorables que las de otros empleados fijos comparables, siendo ambos conceptos –condiciones de trabajo y comparabilidad– los determinantes para llegar a la conclusión indicada. Merece la pena profundizar en esta cuestión.

Como se ha dicho, el apdo. 1 de la citada cláusula prohíbe con carácter general<sup>9</sup> que los trabajadores con un contrato de duración determinada, por este hecho, sean tratados en sus condiciones de trabajo de manera menos favorable que los trabajadores fijos comparables. Dentro de esas condiciones de trabajo<sup>10</sup> se encuentran las retribuciones asociadas a la antigüedad en el desempeño del puesto, como ya había determinado el mismo Tribunal cuando, como se verá

\*\*\*\*\*

Presupuestos. La LPGE para 2012 excluía expresamente, como se dice, la posibilidad de que cobrasen trienios.

- 9 Pues se trata de una norma de derecho social de la UE que no puede interpretarse de manera restrictiva.
- 10 Identificadas como los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral, *Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto Vega González*, apdo. 34.

más adelante, se le planteó la misma cuestión del cobro de trienios en relación con los funcionarios interinos (*Sentencias de 13 de septiembre de 2007, asunto Del Cerro Alonso; de 22 de diciembre de 2010, asunto Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres; Autos de 18 de marzo de 2011, asunto Montoya Medina y de 9 de febrero de 2012, asunto Lorenzo Martínez, entre otros*). Así pues, solo en el caso de que exista una razón objetiva que justifique la diferencia de trato de la recurrente respecto a otros trabajadores fijos comparables podrá rechazarse la existencia de discriminación.

Qué ha de entenderse por trabajador fijo comparable lo aclara el apdo. 2 de la cláusula 3 del Acuerdo. Conforme al mismo, es tal un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo<sup>11</sup>, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En el caso que se comenta, parece claro que el trabajador fijo comparable es el funcionario de carrera nombrado por la misma autoridad durante el mismo período de tiempo<sup>12</sup>, que sí percibe la retribución de sus trienios, y respecto del que hay que contrastar cualificación y tareas. No hay que olvidar, y aquí radica la especialidad de este caso, que la recurrente en realidad no llevaba a cabo funciones específicas de asesoramiento vinculadas a una autoridad, sino que desempeñaba el puesto de jefa de la Secretaría del Consejero Permanente presidente de la sección 2, con clasificación de Cuerpo o Escala C2. Es decir, tareas de colaboración con actividades de naturaleza administrativa (funciones propias de auxiliar administrativo).

A la vista de esto, la Sentencia encomienda al TS, como autor de la cuestión prejudicial, la apreciación de si los cometidos de la recurrente son análogos a los de los funcionarios de carrera de los órganos donde se desempeñó como eventual. De ser así (como todo parece apuntar), la diferencia retributiva que establece la norma tiene que venir justificada en una razón objetiva, que en ningún caso puede ser la temporalidad del nombramiento eventual. Conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal de Luxemburgo, existirá dicha razón objetiva cuando haya elementos precisos y concretos que caractericen al trabajo de que se trate, en el contexto específico en que se desarrolla y conforme a criterios transparentes. En otras palabras: deberá atenderse a las circunstancias

.....

11 Que en el caso de la Administración debe interpretarse como nivel de Administración, no como ubicación específica, en aplicación del principio de igualdad que rige en este ámbito. En estos términos, FUENTETAJA PASTOR (2018), p. 155.

12 *Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto Vega González*, apdo. 46. En parecidos términos, vid. *Sentencias de 12 de diciembre de 2013, asunto Carratú* (apdo. 35) y *13 de marzo de 2014, asunto Nierodzik* (apdo. 25).

concretas de cada caso y determinar que las razones de diferenciación se ajustan al principio de proporcionalidad. Lo que no parece suceder en este supuesto, en que la exclusión se realiza de manera general y abstracta (mediante Ley de Presupuestos), a lo que se suma la evidente similitud de tareas desarrolladas.

Y en efecto, todo lo que plantea la Sentencia comunitaria es confirmado por el TS en su *Sentencia de 21 de enero de 2016, Sala de lo Contencioso*. Que, por otra parte, poco margen de actuación tenía. La comparabilidad entre las funciones desarrolladas por la recurrente y las desempeñadas por los funcionarios a los que se asimila es evidente: hay una identidad sustancial<sup>13</sup>. Además, la confianza que da lugar al nombramiento eventual tampoco puede considerarse razón objetiva que justifique trato diferente en la percepción de los trienios, pues como asimismo había recordado el pronunciamiento comunitario (apdo. 61), también concurre en los casos en que un puesto eventual es desempeñado por un funcionario de carrera, al que sin embargo no se priva de esta retribución por el tiempo que permanece en dicha condición. En conclusión, reconoce el derecho de la solicitante a percibir los trienios reclamados, eso sí, con un límite temporal claro: el derivado del art. 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), que establece la prescripción de las deudas de la Hacienda pública a los cuatro años. Este límite ya había sido reconocido previamente en relación con la percepción de trienios por los funcionarios interinos.

Éste es el fallo. Pero junto a él, el TS formula algunas observaciones muy razonables, que dan pie para ofrecer unas reflexiones y matizaciones adicionales sobre el derecho del personal eventual a percibir trienios y, más allá, sobre su derecho a la extensión de las condiciones de trabajo del funcionario de carrera.

La primera de dichas observaciones, y la más importante, supone un reproche claro a la Administración y al abuso que hace de este tipo de empleado público. Pese a la claridad con que se definen legalmente sus rasgos, y el carácter excepcional que, conforme a ellos, debería tener su nombramiento, éste no es nada ocasional ni se ciñe a las funciones que lo definen. La solución que propone el órgano judicial es la ya prevista en el TREBEP: limitar los puestos que pueden ser objeto de tales nombramientos y su número máximo, lo que en relación con la Administración local ya se ha hecho (por lo menos normativamente) a

13 Como señala MARINA JALVO (2016), p. 197, en realidad el TS alude en su fallo a trabajadores del sector privado que desempeñan en el mismo servicios propios de la condición de auxiliar administrativo. Y ello porque ese criterio es mencionado en la STJUE, aunque en realidad el ámbito de comparación debe ser el sector público si se quiere aplicar realmente la comparabilidad como la considera la Directiva (entre trabajadores del mismo centro).

través de los preceptos antes aludidos. No así lo primero. Y desde luego, lo que tampoco se ha corregido es la atribución a los mismos de tareas administrativas ordinarias, algo expresamente rechazado por el TS en reiterada jurisprudencia pero nada ocasional en la práctica. Mientras continúe utilizándose la figura del eventual para soslayar las reglas de selección de empleados públicos sin intención de ceñirlos a funciones de asesoramiento y confianza, las Administraciones públicas están expuestas a reclamaciones de cobro de trienios por parte de su personal eventual, que no es precisamente escaso<sup>14</sup>.

Por el contrario, cuando las funciones que realiza el personal eventual son las netamente asesoras atribuidas como propias por el art. 12 TREBEP, parece lógico considerar que, faltando la comparabilidad exigida por el derecho comunitario, no cabrá extenderle las condiciones de trabajo propias de los funcionarios. Así lo advierte también el TS –y ésta es la segunda observación que formula–, que recalca que la decisión que adopta está referida a los puestos concretos ocupados por la recurrente como eventual y, por tanto, no significa que cualquier desempeño por este tipo de personal se halla necesariamente en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera. Antes al contrario, habrá que estar a las singularidades de cada caso, y en especial al cometido profesional específico del puesto de que se trate<sup>15</sup>.

Éste es, por tanto, el panorama que se deduce de la jurisprudencia comunitaria expuesta. Jurisprudencia que, no hay que perder de vista, permite que tanto la normativa nacional relativa al personal eventual como sus actos aplicativos sean enjuiciados desde la perspectiva de los criterios de derecho social que recoge la Directiva 99/70 si no se quiere infringir el principio de primacía

14 Ya existen diversas Sentencias en este sentido. Sirva como ejemplo temprano la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 16 de diciembre de 2016, recurso 877/2015*, en la que se reconoce el derecho a percibir los trienios a un empleado eventual que hacía funciones estrictas de ordenanza idénticas a las de los funcionarios de carrera.

15 Así lo han considerado también las *Sentencias de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla y León de 10 de febrero de 2017, recurso 78/2016* (que niega el abono de trienios a la empleada eventual de un Ayuntamiento que, bajo la denominación «Secretaria del Grupo Municipal», realizó funciones de asistente de grupo político, sin que la certificación expedida por el Oficial Mayor del Ayuntamiento acredite la realización de las funciones de gestión, ordenación o tramitación de expedientes administrativos propias de funcionarios de la escala de Administración general que se atribuía, no existiendo comparabilidad) y del *TSJ de Baleares de 7 de marzo de 2018, recurso 330/2016* (que por la misma razón –falta de acreditación de términos de comparabilidad– deniega el cobro de trienios a una empleada eventual de un Grupo parlamentario).

del derecho comunitario europeo<sup>16</sup>. Sin embargo, parece que hay en ella algunos aspectos que no se han tenido en cuenta y que, de atenderse, podrían propiciar un giro en su contenido similar al producido en la jurisprudencia relativa a otras categorías de empleados públicos que, como más adelante se verá, ha reconsidrado la extensión de algunos derechos reconocidos inicialmente, tras una comprensión más precisa de las singularidades del régimen español.

En efecto. Como se ha visto, el TJUE ha dejado establecido que la temporalidad y la confianza con la autoridad a la que asesora, y que justifica el libre nombramiento y cese del personal eventual al margen de criterios de mérito y capacidad, no son *per se* razones objetivas que justifiquen diferencia en las condiciones de trabajo, siendo preciso situarse en términos de comparabilidad de funciones entre el empleado temporal y el fijo para ver si se produce o no la discriminación. Más concretamente, la temporalidad no es criterio objetivo de diferencia porque es la situación específica a proteger; aquélla para la que la Directiva establece medidas de protección social a los trabajadores, fijándose así como criterio normativo de no discriminación. La confianza, por su parte, no lo es por interpretación del Tribunal, que también la entiende presente cuando se designa eventual a un funcionario de carrera que, sin embargo, tiene reconocido normativamente el derecho a devengar y percibir los trienios generados en esta situación. Pero la pregunta que surge es, ¿ésta es la única argumentación que cabe expresar sobre la confianza?

El Tribunal comunitario, con esa interpretación, solo vincula el criterio de la confianza con el desempeño de las funciones específicas no administrativas que se consideran propias del eventual, y así considera que si el funcionario nombrado eventual desempeñando estas funciones (con confianza, por tanto) tiene derecho a los trienios, el que no lo es y también las desempeña (con confianza también) no puede ser discriminado no reconociéndose los. Sin embargo, en el ordenamiento español de empleo público la confianza no se liga solo a las funciones de asesoramiento especial –que como acabamos de ver, a veces ni siquiera son tales, en un evidente fraude de ley–, sino que es la razón que justifica la excepción de las reglas constitucionales de selección de empleados públicos. De hecho, el TS al formular la cuestión prejudicial, preguntó específicamente al Tribunal de Luxemburgo si «resulta encuadrable, dentro de las razones objetivas que invoca esa cláusula 4 para justificar un trato diferente, el régimen de nombramiento y cese libre, fundado en razones de confianza, aplicable a ese personal eventual en las leyes españolas».

16 En estos términos, MARINA JALVO (2016), p. 194.

Esta vinculación aporta una nueva perspectiva, que además priva de sentido a una de las argumentaciones expresadas en el fallo: que la confianza no es *per se* razón objetiva de diferencia, puesto que también existe en el desempeño como eventual por parte del funcionario público. Efectivamente, en este último caso existe en lo que hace a las funciones de asesoramiento especial y en el apartamiento en esta posición de los rasgos de neutralidad y objetividad propios de su función burocrática. Pero no ha sido determinante para entablar una relación de servicio con la Administración, establecida en términos profesionales mediante la superación del procedimiento de acceso conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. El derecho a que su antigüedad sea retribuida (no es otra cosa el trienio) se deriva de su pertenencia a la plantilla de las Administraciones públicas, tratándose además de un derecho que se reconoce en términos amplios en el TREBEP, que no lo liga solo a situaciones de servicio activo sino también a otras como servicios especiales –en ella puede estar como eventual–, o determinadas excedencias (por cuidado de hijos, por violencia de género). Que sea más cuantioso que el que le correspondería en el desempeño ordinario de su puesto de trabajo es otra cosa. Igual ocurre, por ejemplo, con el complemento de destino que consolidan los funcionarios que han desempeñado un alto cargo, y que solo cobran cuando se reincorporan a su puesto.

Por el contrario, para el personal eventual no funcionario esa especial confianza no solo se manifiesta en el ejercicio (teórico) de funciones específicas de asesoramiento, sino que determina el inicio de una relación de servicio temporal con la Administración sin que deba rendir cuenta de requisitos específicos de cualificación. Del mismo modo, la pérdida de la confianza determina su ceso, sin que eso signifique que no está cualificado o que no es necesario un asesoramiento especial al órgano que lo decide. Esto es una singularidad muy excepcional: la confianza no solo se vincula en su caso a la función sino también al nombramiento, lo que no sucede con los funcionarios. Por eso, no parece osado considerarlo razón objetiva suficiente para la diferencia, y menos cuando, como se verá, el TJUE ha admitido en sus últimas Sentencias en el ámbito del personal laboral temporal que «la suscripción de contratos en contextos sensiblemente diferentes desde los puntos de vista fáctico y jurídico,» es razón justificativa al efecto. Con la sustitución del contrato por nombramiento, el argumento encaja igual. Y por supuesto, no hay que perder de vista que el ordenamiento español, pese a la decisión de aplicarle su régimen en lo que sea adecuado a su condición, no ha disimulado su voluntad de diferenciar al personal eventual y al funcionario, negando al desempeño en esta condición la consideración de mérito de acceso o promoción. El legislador ha querido separarlo así del empleo público «profesional», remarcando su carácter temporal y excepcional (STS 19 octubre

2012) por la especialidad de sus funciones y por su consiguiente designación al margen de procedimientos competitivos.

En esta interpretación no subyace ninguna animosidad particular contra el personal eventual real, pues las funciones de asesoramiento en determinados órganos de gobierno y en determinadas circunstancias se antojan necesarias. Además, este tipo de personal es consciente al aceptar el nombramiento de los límites de su posición, que asume expresamente. Aún más. Incluso faltando el término de comparabilidad, tampoco sería demasiado cuestionable que pudiesen percibir trienios, considerados como pago por los años de servicios prestados de acuerdo con el ordenamiento jurídico. El problema es el falso eventual, desde un doble prisma: quien es así designado para desempeñar funciones de asesoramiento donde éstas no son necesarias (o no con el volumen de personal que se atribuyen), y el que lo es para desempeñar funciones administrativas, subvirtiendo las reglas de selección de personal público. En ambos casos existe un funcionamiento anómalo de la Administración y conocimiento de esa anomalía por quien es nombrado eventual. El eventual real sabe a lo que se enfrenta; a su temporalidad y a la excepcionalidad de su situación. El eventual simulado es un empleado precario nombrado en fraude de ley, que también colabora con el mismo, perjudicando al funcionario de carrera (que no puede optar por un puesto que podría interesarle), o a quien desea serlo y ve mermadas sus posibilidades al reducirse la oferta.

A mayor abundamiento sobre lo dicho, no hay que perder de vista que, como reconoce específicamente la Sentencia comunitaria (apdo. 60), determinadas diferencias respecto al nombramiento de los funcionarios de carrera, a las cualificaciones requeridas y a la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir pueden justificar en principio una diferencia de trato en cuanto a sus condiciones de trabajo<sup>17</sup>. En el litigio principal el Tribunal ha optado por centrar el análisis en la identidad de funciones (que se daban, porque era una falsa eventual), obviando los requisitos de nombramiento y cese y la justificación de las cualificaciones. Quizás si hubiese formulado un análisis más ceñido a las características específicas de la figura en el ordenamiento español la respuesta pudiese haber tenido otro sentido u otros matices.

Algo que, sin embargo, parece haber hecho en el más reciente *Auto de 12 de junio de 2019, asunto Aragón Carrasco y otros*, en el que se pronuncia sobre el cese del personal eventual real. En concreto, sobre la inexistencia de indemnización en estos casos. A diferencia del personal laboral fijo –con quien se es-

17 Véase, por analogía, la sentencia Rosado Santana, a lo que luego se aludirá.

tablece la comparación en este caso, dado que el funcionario de carrera se caracteriza por la inamovilidad de su condición–, que tiene derecho a ella en caso de despido por una de las causas previstas en el art. 52 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), el personal eventual es libremente cesado sin que esté prevista normativamente ninguna indemnización (art. 12.3 TREBEP), en coherencia con su concreto contexto jurídico y fáctico. Como expresa el TJUE (apdos. 45 y ss.), el personal eventual acepta que, en razón de las especificidades de las funciones de confianza o asesoramiento especial para las que se le nombra, el mantenimiento de su relación profesional con la Administración quede supeditada al de la relación de confianza especial que tales funciones implican, y que ha determinado su acceso a dicha condición. En cambio, la extinción del contrato por tiempo indefinido del empleado laboral por una de las causas previstas en el precepto citado tiene lugar cuando concurren circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración, y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral. La indemnización reconocida en el art. 53 ET se establece precisamente para compensar el carácter imprevisto de la ruptura de dicha relación, y la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar en lo que respecta a su estabilidad profesional. Expectativas que no existen en el caso del personal eventual, conocedor del carácter transitorio de su relación y de las causas que determinan su fin.

El Auto, como luego se comprobará, aplica al personal eventual el fundamento de una línea jurisprudencial fijada a partir de 2018 en relación con el personal laboral temporal (asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility). Pero lo que sobre todo interesa destacar ahora es que, a diferencia de lo expresado por la Sentencia de 2015, las especiales condiciones de este tipo de empleado público son entendidas por el TJUE como razones objetivas que justifican la diferencia de trato; que la confianza es elemento determinante del nacimiento y fin de la relación profesional y que, en base a ella, se construye un régimen jurídico específico, conocido y aceptado por el personal eventual. En definitiva: que no es discriminatorio establecer diferentes condiciones de trabajo en atención a la misma. Esta interpretación, importante sin duda, se ha trasladado ya a la doctrina de nuestros tribunales a través de la *STS de 29 de octubre de 2019, Sala de lo Contencioso*, que ratifica sobre su base la denegación de la indemnización reclamada en este supuesto.

El innegable ajuste que supone lo que acaba de exponerse no exime, no obstante, de la necesidad de arbitrar mecanismos de control a la Administración con el fin de frenar los abusos en el nombramiento de personal eventual que dan

lugar a situaciones como las descritas. Quizás, como aventuró CANTERO MARTÍNEZ (2016, p. 14), éste sea el hecho que explique el carácter tuitivo de la primera jurisprudencia expuesta.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE FUNCIONARIOS INTERINOS

##### 1. PRONUNCIAMIENTOS EN APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 4, QUE PROHÍBE LA DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES

El argumentario expresado para interpretar la aplicación de la cláusula 4 del Acuerdo marco al personal eventual también ha sido utilizado por la jurisprudencia comunitaria en relación con los funcionarios interinos. En la medida en que éstos también son trabajadores temporales por cuenta ajena en los términos de la cláusula 3, no pueden tener unas condiciones de trabajo menos favorables que los trabajadores fijos comparables que, lógicamente, serán los funcionarios de carrera de su centro de trabajo. Aquí la comparabilidad es más sencilla, pues el trabajo u ocupación que desarrollan ambos es idéntico o similar, igual que su cualificación y las tareas que desempeña<sup>18</sup>.

Establecida esta comparabilidad, el interés en este caso va a radicar sobre todo en identificar qué aspectos concretos forman parte de las condiciones de trabajo. Y ello para considerar que, si no son iguales para interinos y funcionarios de carrera, los primeros están siendo discriminados. Esto, a la vez que resulta esencial, es también complicado, si se tiene en cuenta que el régimen jurídico del interinaje funcionarial se ha construido fundamentándose en la naturaleza temporal de su vínculo con la Administración, y decidiendo a partir de ahí si se aplicaban o no las instituciones propias del funcionario de carrera<sup>19</sup>. Para la jurisprudencia comunitaria la temporalidad es precisamente el elemento en el que no puede basarse el trato laboral diferenciado, por lo que, excluida ésta, las dife-

.....

18 No hace falta recordar que el funcionario interino es aquél específicamente nombrado por la Administración para desempeñar funciones propias del funcionario de carrera –lo que excluye la contratación laboral–, de forma transitoria, y para cubrir una necesidad urgente de la Administración derivada de alguna de las causas tasadas previstas en el art. 10 TREBEP. Serán seleccionados conforme a procedimientos ágiles que, en todo caso, deberán respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y cesarán, además de por las causas previstas para los funcionarios de carrera, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

19 CANTERO MARTÍNEZ (2016), p. 2. En parecidos términos, FUENTETAJA PASTOR (2018), p. 141.

rencias existentes en la relación de servicio profesional solo podrían justificarse, llegado el caso, en razones objetivas o en el entendimiento de que las mismas no forman parte de las condiciones de trabajo.

Lo cierto es que los principales aspectos en los que tradicionalmente ha diferido el régimen del funcionario interino respecto del de carrera han sido considerados por la jurisprudencia comunitaria parte de esas condiciones de trabajo y, en cuanto diferentes, discriminatorios, propiciando de esa manera una igualación entre ambos.

Es el caso, ya avanzado, de los **trienios o retribuciones por antigüedad**. El art. 25 TREBEP reconoce hoy el derecho de los funcionarios interinos a percibir todas las retribuciones básicas correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, incluidos los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del mismo (si bien a efectos retributivos solo se percibirán a partir de dicha entrada en vigor), y ha sido precisamente a instancias de la famosa *Sentencia de 13 de septiembre de 2007, asunto del Cerro Alonso*, a la que han seguido otras no menos conocidas como las de *22 de diciembre de 2010, Asunto Gavieiro e Iglesias y 8 de septiembre de 2011, asunto Rosado Santana*, y los *Autos de 18 de marzo de 2011, asunto Montoya Medina y 9 de febrero de 2012, asunto Lorenzo Martínez*.

El argumento de estas Sentencias y Autos es el mismo que se ha expresado en relación con el personal eventual<sup>20</sup>: la retribución de la antigüedad forma parte de las condiciones de trabajo, que no pueden ser distintas en el caso de trabajadores fijos y temporales salvo que exista una razón objetiva para la diferencia. Al no existir, puesto que las funciones de los interinos son sustancialmente idénticas a las de los funcionarios de carrera, y no constituyendo la temporalidad una de ellas, corresponde a aquéllos la percepción de los trienios.

También se entiende que forma parte de las condiciones de trabajo la **carrera profesional**, donde la jurisprudencia ha distinguido varios supuestos en relación con los funcionarios interinos. Se ha referido, por un lado, a su carrera horizontal, desarrollada dentro del propio puesto de trabajo mediante méritos acreditados en su desempeño. Puede resultar sorprendente que se reconozca carrera –que evoca un desarrollo profesional continuado– en el caso de los interinos, personal transitorio. Pero hay que tener en cuenta dos cosas. En primer lugar, que el TJUE ha valorado supuestos relativos a la carrera horizontal, no a la vertical que, al implicar ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión, no parece factible para este tipo de empleado. Y en

.....

20 En puridad, fue aplicado a éste partiendo de estas Sentencias sobre interinos.

segundo lugar que, como ha destacado FUENTETAJA PASTOR (2018, p. 156), el Tribunal ha puesto el acento en el derecho económico asociado a la carrera horizontal como condición de trabajo que no debe ser diferente, sin entrar en la causa de diferencia, lo que podría haber llevado a considerar (o no) la legitimidad de tratamientos diferenciados.

En relación a esta carrera horizontal el TJUE dictó en un primer momento el *Auto de 9 de febrero de 2012, asunto Lorenzo Martínez*, que consideró contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco la exclusión a los funcionarios docentes no universitarios interinos del derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente (sexenio de formación), siendo que ambas categorías de trabajadores se encontraban en situaciones comparables y las retribuciones forman parte de las condiciones de trabajo<sup>21</sup>. Con posterioridad dictó el *Auto de 21 de septiembre de 2016, asunto Álvarez Santirso* que, con los mismos argumentos, reconoció a un profesor interino el derecho a participar en el modelo de carrera horizontal diseñado por el legislador de su Comunidad Autónoma, caracterizado por la percepción de un complemento tras la superación de unos criterios de evaluación establecidos en el correspondiente plan referidos a la formación, contribución a los objetivos del centro y participación en sus actividades. Asimismo hay que citar el *Auto de 22 de marzo de 2018, asunto Centeno Meléndez*, en el que de nuevo sobre la misma base se reconoce a una funcionaria interina de la Universidad de Zaragoza (personal de administración y servicios) el derecho a participar en el sistema de carrera horizontal acordado por el Consejo de Gobierno y a obtener las retribuciones establecidas en el mismo. La última manifestación de esta doctrina la encontramos en la *Sentencia de 20 de junio de 2019, asunto Ustáriz Aróstegui*, que reconoce a un profesor contratado administrativo de duración determinada el derecho a percibir un complemento retributivo cuyo único requisito de concesión era haber cubierto un determinado tiempo de servicios que él había cumplido. En todos estos casos, como se dice, la argumentación es la ya conocida: comparabilidad de funciones y requisitos de cualificación para el nombramiento, integración de los conceptos valorados en las condiciones de trabajo, fundamento de la diferencia en el carácter temporal de la relación de servicio, y ausencia de razón objetiva que la justifique.

Hay que fijarse que, como antes se ha dicho, en todos estos casos las retribuciones ligadas a la carrera horizontal se valoran como complementos salariales por la realización de funciones análogas en términos de comparabilidad a las que llevan a cabo los funcionarios de carrera. En ningún caso el Tribunal entra a reflexionar sobre la causa de la distinción que, en estos casos, no es otra que

21 PALOMAR OLMEDA, A. (2016), *in totum*.

la distinta finalidad de los conceptos retributivos. En efecto, a diferencia de los trienios, los complementos de «carrera» no persiguen retribuir la mera permanencia del empleado al servicio de la Administración, sino incentivar el desempeño de los funcionarios *de carrera*. De hecho, no son retribuciones de devengo automático como aquéllos, pues exigen acreditar determinada formación permanente ligada a la carrera profesional.

Dentro de esa carrera profesional que el TJUE considera condición de trabajo, cabe encontrar también un pronunciamiento referido a la promoción interna. Más concretamente, a la consideración de los servicios prestados como funcionario interino en los procedimientos de promoción interna funcionarial. Como es obvio, la promoción interna, en la medida que implica cambio de cuerpo y superación de un procedimiento de acceso, no puede ser reconocida como un derecho automático para los funcionarios interinos, como no lo es para los funcionarios de carrera. De lo que se trata en esta *Sentencia de 8 de septiembre de 2011, asunto Rosado Santana*, es del reconocimiento a un funcionario de carrera de los años correspondientes a su desempeño como interino para poder cumplir las exigencias de antigüedad establecidas en la normativa aplicable a un procedimiento de promoción interna. En este caso, el Tribunal reconoce la facultad de apreciación de los Estados miembros respecto a la organización de sus Administraciones públicas, lo que les habilita: a) para establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, b) restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera (como hace el derecho español), y c) exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo. Sin embargo, todo debe responder a criterios transparentes evitando, so pena de contravenir la Directiva 99/70, cualquier exclusión de los trabajadores sobre la mera base de la duración de las relaciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional (apdos. 76 y 77). Imponer un requisito genérico y abstracto según el cual el período de servicio exigido para la promoción debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera, sin tomar en consideración la naturaleza de las tareas que se han de realizar, es contrario a la cláusula 4 del Acuerdo marco. Debe resultar irrelevante que el cumplimiento del requisito de antigüedad establecido se derive de una relación de servicio estable o temporal, pues este último criterio –la temporalidad– no es razón objetiva que justifique la diferencia.

**La jornada laboral y las retribuciones asociadas a la misma** también han sido consideradas condiciones de trabajo. En concreto, el *Auto de 9 de febrero de 2017, asunto Rodrigo Sanz*, se pronunció sobre la reducción de jornada y de retribuciones acordada por una Administración (Universidad) para sus funciona-

rios interinos por razones económicas debidas a las restricciones presupuestarias. De nuevo por las razones expresadas –comparabilidad, ausencia de razón objetiva para la diferencia, temporalidad de la relación de servicio como único elemento diferenciador–, se considera una medida discriminatoria contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco.

Aunque pueda resultar sorprendente, la jurisprudencia comunitaria también ha considerado que las **situaciones administrativas** son condiciones de trabajo. En concreto, en su *Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto Vega González*, en la que estima que una funcionaria interina elegida parlamentaria autonómica tiene derecho a que se le reconozca la situación administrativa de servicios especiales. En su argumentación vuelve a recordar que la expresión «condiciones de trabajo» engloba todos los derechos y obligaciones que definen una relación de servicio, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona la ejerce como las relativas a su finalización. Las situaciones administrativas formarían parte de estas condiciones en la medida en que la decisión de conceder ese *permiso* –nótese esta consideración– se adopta necesariamente en el marco y como consecuencia de la relación laboral que le vincula al empleador, dentro de la dinámica posible de la misma. Establecido esto, resulta aplicable lo dispuesto en la cláusula 4 del Acuerdo marco, que prohíbe que los trabajadores temporales tengan condiciones de trabajo menos favorables que los fijos comparables sin que exista razón objetiva, concreta y precisa para ello. El Juzgado que planteó la cuestión prejudicial deberá constatar si la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales de la recurrente son semejantes a las de los funcionarios de carrera de su centro y si, como aparentaba ser, es así, la negativa a concederle el derecho al reconocimiento de la situación de servicios especiales que sí tienen aquéllos y la exigencia de dimisión de su puesto para poder desempeñar el cargo son discriminatorias. Que la situación de servicios especiales tenga como consecuencia la suspensión de la relación de servicio manteniendo algunos de sus elementos no implica para el TJUE ninguna especialidad, pues todos ellos (reserva de puesto, trienios, promoción en el grado personal) también forman parte de las condiciones de trabajo. De esta manera, el interino que ostenta idéntico cargo puede disfrutar del mismo derecho hasta la expiración del mandato; momento en que se le garantizaría el reingreso en su puesto siempre que no se hubiera amortizado u ocupado por funcionario de carrera.

Para quien conozca el régimen funcional español, esta argumentación choca en varios sentidos. El primero de ellos, en la asimilación que hace entre una situación administrativa y un permiso, siendo ambos figuras jurídicas muy diferentes que divergen en duración –mayor en el primer caso– y en la reser-

va del puesto –garantizada en el segundo caso, no en el primero<sup>22</sup>–. Si los servicios especiales no garantizan legalmente al funcionario de carrera la reserva de puesto (otra cosa es lo que se haga en la práctica), menos podrá garantizarse al funcionario interino, como asevera la Sentencia. De hecho, como alerta FUENTETAJA PASTOR (2018, p. 159), ni el Juzgado remitente ni el TJUE escapan a la contradicción que supone aplicar una situación administrativa determinada con unas consecuencias precisas –reingreso– a un empleado público temporal, reconociéndoselo solo mientras el puesto que ocupaba no haya sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera. Que es lo que procede. Evidentemente el funcionario de carrera en servicios especiales no va a verse en esta tesitura, porque reanudaría su situación de servicio activo al cesar en otra en la que se le declaró al concurrir determinadas circunstancias. El funcionario interino, por la propia naturaleza de su relación de servicio (sustitutiva de un funcionario de carrera en un puesto de trabajo concreto), parece tener sentido en situación de servicio activo, al haber sido nombrado para servir de forma urgente, y por necesidad, en un puesto concreto que se encontraba vacante. Cualquier interrupción prolongada de su relación de servicio –no un permiso–, deja de justificar su condición. De hecho, en esta línea, el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado aprobado por Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo (art. 15.1, modificado en 2006), prohíbe el pase a la situación administrativa de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público a quienes desempeñen de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal. Es cierto que en relaciones largas e irregulares –por eso mismo– de interinidad, el propio TC ha flexibilizado algo esta interpretación, permitiendo el reconocimiento de excedencia por cuidado de hijos por la especial transcendencia de este derecho (STC 203/2000, de 24 de julio, antes citada). Pero solo en este caso. Sin embargo, en esta línea, y con unos argumentos mucho más generales, encontramos la TJUE que estamos comentando. Parece ser que otro elemento de diferenciación de los funcionarios de carrera también se va desvaneciendo.

Por lo que respecta al cese y sus efectos, en principio también hay que entender que forman parte de las condiciones de trabajo si, como se ha dicho, estas engloban todos los derechos y obligaciones que definen la relación de servicio, incluyendo las circunstancias de su ejercicio y de su finalización. Aten-

.....  
22 El art. 87 TREBEP solo alude al «derecho, al menos, a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan».

diendo a ello, la afirmación lógica a la vista de la doctrina sobre la cláusula 4 del Acuerdo marco indicaría que el funcionario interino no puede ser discriminado respecto al trabajador fijo comparable –en este caso laboral, dada la incomparabilidad en este extremo con el funcionario de carrera– en razón de su temporalidad. Sin embargo, como ya se ha dicho al aludir al personal eventual, el TJUE, extendiendo el sentido de una jurisprudencia inicialmente dictada en el ámbito del empleo laboral, introdujo una excepción en esa doctrina, en consideración al concreto contexto jurídico y fáctico de su relación de empleo. Esta excepción se refiere a los efectos indemnizatorios del cese, e implica no juzgar discriminatoria su inexistencia en el caso de empleados que no pueden albergar expectativas legítimas respecto a su estabilidad profesional al conocer el carácter transitorio de su relación y las causas que determinan su fin. Pues bien. La reciente *Sentencia de 22 de enero de 2020, asunto Baldonedo Martín*, también la ha aplicado al supuesto de los funcionarios interinos, afirmando que la relación de servicio de la recurrente (que detentaba esta condición en un Ayuntamiento) finalizó al producirse el acontecimiento previsto a estos efectos (art. 10.3 TRE-BEP): que la plaza que ocupaba temporalmente se cubrió de forma permanente por funcionario de carrera. Desde el momento en que aceptó su nombramiento interino era conocedora de dicho acontecimiento, sin que existiesen por ello expectativas legítimas a indemnizar y sin que, en consecuencia, se produzca la discriminación prohibida por aquella cláusula por no percibir ningún tipo de contraprestación económica derivada de su cese<sup>23</sup>.

Sin referencias a sus efectos indemnizatorios, el Tribunal ya se había pronunciado previamente sobre el cese a través de la *Sentencia de 21 de noviembre de 2018, asunto Viejobueno Ibáñez y de la Vara González*, cuyo supuesto de hecho tenía que ver con los profesores interinos que finalizan su relación de servicio con la Administración al terminar el periodo lectivo. Lo característico de la misma es que, además de afirmar la misma legitimidad del cese por alcance de la causa prefijada de manera objetiva –en este caso, la llegada de una determinada fecha–, introdujo ya un matiz diferencial en la jurisprudencia común en torno a la cláusula 4 que conecta en algunos puntos con lo expuesto, lo que evidencia

.....

23 El Juzgado aún planteó una segunda cuestión prejudicial, referida en este caso a la posible contravención de la cláusula 4 por la normativa española al reconocer indemnización por cese al personal laboral temporal, y no así a los funcionarios interinos. En este caso, la Sentencia establece la inaplicabilidad de la misma al tratarse de diferencias de trato entre dos categorías de empleados públicos temporales. El principio de no discriminación que establece la misma opera en relación a estas diferencias entre trabajadores fijos y temporales (apdos. 52 y 53).

un reacomodo de la misma pese a la falta de reconocimiento expreso y al uso de un cierto artificio argumentativo.

En efecto. Ante la situación enunciada (los profesores interinos finalizan su relación de servicio el 30 de junio, no disfrutan efectivamente de sus vacaciones anuales, ni perciben retribuciones durante los meses de julio, agosto y septiembre, ni acumulan antigüedad a efectos de la progresión en la carrera profesional), de nuevo cabría entender, en una aplicación automática de aquélla, que no pueden ser discriminados respecto al funcionario de carrera en razón de su temporalidad, por lo que su cese antes del inicio del curso siguiente es discriminatorio. De hecho, esto era lo que desde una perspectiva de derecho interno, pero atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, había dicho el *TS* en una *Sentencia de 11 de junio de 2018*. Allí consideró que dicho cese se producía antes de que desapareciesen las necesidades del curso escolar que determinaron su nombramiento –que no son solo lectivas–, existiendo una desigualdad de trato con los funcionarios de carrera no justificada en razones objetivas.

Sin embargo, ahora el *TJUE* no lo ve exactamente así, y no estima que la extinción de la relación profesional de los docentes interinos nombrados para un curso académico cuando finaliza el período lectivo prive a los mismos de derechos reconocidos a los funcionarios de carrera, pues en esa fecha ya no se dan las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento. Pese a la indudable comparabilidad de sus tareas, el Tribunal apela en este caso a la condición temporal de los interinos, y resalta que el Acuerdo marco no establece cuándo se puede hacer uso de las relaciones de trabajo indefinidas y cuándo de las de duración determinada, indicando solo que no cabe discriminación en las condiciones de trabajo de quienes desempeñen una y otra. En este caso concreto, la diferencia de trato derivaría únicamente del hecho de que la relación de servicio de los recurrentes finalizó en una fecha determinada, mientras que la de los docentes funcionarios de carrera se mantuvo después de la misma, siendo ésta la característica fundamental que distingue una relación de duración determinada de una por tiempo indefinido. El hecho de que, a la fecha de finalización de las clases, no se extinga o suspenda la relación de servicio de los docentes funcionarios de carrera es inherente a la naturaleza de la misma, pues éstos están llamados a ocupar una plaza permanente precisamente porque su relación de servicio es por tiempo indefinido. Y esto no es discriminatorio *per se*. Lo que debe apreciar en todo caso el Tribunal interno que planteó la cuestión prejudicial es si en el supuesto cuestionado, el empleador extinguió la relación de servicio de los interinos antes de que se produjese la circunstancia fijada de manera objetiva al efecto. Si así ocurriera –que no lo hizo, pues la fecha del 30 de junio estaba prefijada– este hecho no constituiría una discriminación prohi-

bida por el Acuerdo marco, sino un incumplimiento por parte de la Administración de las condiciones en las que se enmarca tal relación de servicio, que podría sancionarse con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables.

Es decir, aunque el Tribunal de Luxemburgo ha afirmado reiteradamente que la temporalidad de la relación no es razón objetiva que justifique un trato diferenciado, asume en este caso que la desigual condición de una relación temporal sujeta a término y una indefinida –inherente a la propia existencia de ambas– excluye de la prohibición de discriminación establecida la Directiva algunas consecuencias diferenciales, pues de otro modo se eliminaría la distinción entre ambas. Así, si los docentes interinos no pueden disfrutar de las vacaciones ni cobrar los meses de verano, ni acumularlos a efectos de carrera profesional, es como consecuencia del término de su relación temporal establecido de manera objetiva, y no es contrario a la Directiva. Para el TJUE, aquí no procede entrar a comparar tareas, cualificación o extensión de las necesidades docentes; en definitiva, valorar el conjunto de ocupaciones que componen la actividad docente y que forman parte de las funciones de interinos y funcionarios de carrera. Como es evidente que el cese de los primeros por la causa establecida (fecha prevista) no supone diferencia de trato, ello exime de considerar si su determinación por la Administración cuando finalicen las obligaciones lectivas –al margen de otras funciones propias de la tarea docente para la que fueron nombrados–, con efectos desfavorables para ellos y evidente intención económica, es trato discriminatorio. Se trata de consecuencias directas de la extinción de sus relaciones de servicio, y exceden del ámbito de operatividad de la cláusula 4 del Acuerdo marco.

Esto puede significar dos cosas. Una, que sin decirlo expresamente –porque en otras Sentencias coetáneas decía lo contrario<sup>24</sup>–, en este supuesto esté excluyendo *de facto* el cese y sus efectos no indemnizatorios de esas condiciones de trabajo en las que no cabe discriminación entre empleados temporales y establecidos por razón de la temporalidad. Así cabría entender que el cese anticipado y con efectos diferenciales no es discriminatorio: no afecta a las condiciones de trabajo<sup>25</sup>. U otra, que la temporalidad en algunos casos (como el cese de la rela-

.....

24 Sentencias de 5 de junio, 25 de julio y 21 de noviembre de 2018, asuntos *Grupo Norte Facility, Vernaza Ayobi y De Diego Porras*: «una interpretación de la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo marco que excluyese los requisitos de finalización de un contrato de duración determinada de la definición de este concepto equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones».

25 De hecho, como se ha visto, el Tribunal no entra a valorar si es una diferencia fundamentada en una razón objetiva: no se trata de un tema de condiciones de trabajo ni tiene consecuen-

ción profesional por advenimiento de la causa prevista) sí es razón objetiva de diferencia en las condiciones de trabajo, lo que encajaría más en el marco jurisprudencial en elaboración, vista la Sentencia de igual fecha sobre empleo laboral temporal con causa de cese (contrato de interino por sustitución, asunto De Diego Porras), que dice exactamente lo mismo. Ésta, por cierto, es la Sentencia de la que derivan aquellas decisiones aplicadas al personal eventual y a estos mismos interinos sobre su falta de indemnización por cese.

En cualquier caso, resulta incuestionable el matiz aportado por esta Sentencia a la jurisprudencia «clásica», aunque no se diga expresamente. Y no se trata tanto de que el TJUE acepte la temporalidad como elemento que diferencia distintas relaciones de trabajo –algo que, al fin y al cabo, es evidente– sino de asumir que de este hecho pueden derivar consecuencias menos favorables para el funcionario interino, como tradicionalmente ha considerado el derecho español, siendo censurado por ello por este mismo TJUE. Y que esto, conocido por aquél, no es discriminatorio. No obstante, en una muestra de resistencia a reconocer el cambio, el Tribunal elabora un artificio argumentativo adicional para difuminar el verdadero fundamento de su fallo. Consciente de que omite la regla de comparabilidad, afirma que, en realidad, con quien habría que comparar a los recurrentes no es con los funcionarios de carrera que mantienen la relación de servicio sino con quienes estaban en su misma situación en los cursos anteriores y veían extendido su nombramiento hasta el mes de septiembre. Eso impide situar el problema en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación de la cláusula 4, que establece como términos a valorar las condiciones de trabajo de empleados temporales y empleados permanentes comparables. Textualmente:

[...] del auto de remisión se desprende que el Sr. Viejobueno Ibáñez y la Sra. de la Vara González alegan, en esencia, que sus relaciones de servicio de duración determinada no habrían debido extinguirse el 29 de junio de 2012, fecha en la que finalizó el periodo lectivo, sino el 14 de septiembre de 2012, es decir, unos dos meses y medio después, tal como se establecía en el acuerdo de 10 de marzo de 1994. A este respecto, es preciso señalar que los interesados no solicitan ser tratados efectivamente, por lo que respecta a la duración de su relación de servicio, de la misma manera que sus compañeros funcionarios de carrera, que están llamados a ocupar sus puestos incluso después del 14 de septiembre de 2012.

.....

cia sobre las mismas, que finalizan con el cese sin valorar sus efectos. La que entiende aplicable en esta situación es otra Directiva (2003/88, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo), lo que le permite considerar que procede compensación económica por el periodo de vacaciones no disfrutadas al amparo de su art. 7.2, en el que se prohíbe la sustitución del periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas «excepto en caso de conclusión de la relación laboral». Justo lo que acontece en este su puesto.

*En realidad, lo que reclaman con sus solicitudes es el mismo trato que se otorgó a los docentes que en los anteriores cursos académicos fueron nombrados como funcionarios interinos hasta el 14 de septiembre. Pues bien, dado que el principio de no discriminación se ha aplicado y se ha concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable (Sentencia de 5 de junio de 2018, Montero Mateos, apdo. 50 y jurisprudencia citada), las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, de Diego Porras, apdo. 38 y jurisprudencia citada). En tales circunstancias, la diferencia de trato alegada por los interesados no puede estar comprendida, en cualquier caso, en el ámbito de aplicación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco.*

Con todo el respeto que merece este Tribunal, el subterfugio parece evidente. Sin valorar si las funciones desempeñadas por los interinos son las mismas que las de los funcionarios de carrera, o si sus requisitos de cualificación son análogos, para deducir de ahí si el diferente trato que reciben es discriminatorio, empieza a considerar la temporalidad elemento diferencial y no discriminatorio en algunas circunstancias, como el cese de las relaciones de servicio y sus efectos no meramente indemnizatorios<sup>26</sup>. Y lo hace además con plenos conocimiento y voluntad, pues el TJUE se aparta en su fallo de las conclusiones expresadas por la Abogada General que, en la línea habitual, entendía necesario diseñar la extinción anticipada de la relación de modo no discriminatorio, porque forma parte de las condiciones de trabajo. A su juicio, el fin del período lectivo no suponía razón objetiva para el trato desfavorable sufrido, pues «no era concretamente previsible considerar que su finalización supondría la desaparición de la causa que motivó el nombramiento, ya que el transcurso de un curso escolar está marcado por períodos lectivos y períodos sin docencia, que se alternan». A ello que se suma que, en todo caso, «la menor necesidad de docencia que se produce al finalizar el período lectivo, o el hecho de que ya no exista en absoluto tal necesidad, afecta en igual medida a funcionarios de carrera y a funcionarios interinos».

No cabe duda de que la Sentencia Viejobueno y de la Vara genera inicialmente cierto desconcierto. Al primero de todos, al TS, que cinco meses antes había justificado su fallo contrario sobre la misma cuestión en «la meridiana claridad de la doctrina del TJUE». Esa «meridiana claridad» ya no existe, lo que le ha

\*\*\*\*\*

26 Supuesto, por cierto, que quizás parezca de los menos lógicos desde el prisma de la no discriminación profesional, pero que daba oportunidad a esta reconsideración al valorar un aspecto de la relación de servicio bajo los parámetros de la cláusula 4 sobre el que no se había pronunciado.

obligado a modificar su jurisprudencia, constituyendo un buen ejemplo de esta nueva línea la *Sentencia de su Sala de lo Contencioso de 9 de julio de 2019*.

## 2. EL TRASUNTO NACIONAL DE ESTA JURISPRUDENCIA: ALGUNOS ASPECTOS A DESTACAR

Lógicamente, la jurisprudencia comunitaria que se acaba de exponer a lo largo del apartado anterior ha tenido mucho impacto en el régimen funcionarial español, dando lugar a una multiplicidad de pronunciamientos de Tribunales internos fundamentados en la misma, algunos de los cuales ya se han mencionado. Este trasunto se ha manifestado en una casuística procesal extensísima y con muchos matices que aquí no se puede relatar. Pero sí conviene destacar diversos aspectos, algunos de ellos ya apuntados por la doctrina<sup>27</sup>.

Por ejemplo, cabe constatar que, con carácter general, la jurisprudencia nacional se alinea con las determinaciones del TJUE, y reconoce las pretensiones planteadas sobre cuestiones abordadas por éste prácticamente en los mismos términos. Eso no quiere decir que no se hayan podido encontrar algunas resistencias<sup>28</sup>, como la negativa del TSJ de Baleares a reconocer la carrera horizontal de los funcionarios interinos<sup>29</sup>.

También se detectan algunas faltas de entendimiento de la propia doctrina del TJUE sobre la cláusula de no discriminación, como diversas Sentencias de Juzgados de lo Contencioso que declaran el derecho a indemnización por cese de los funcionarios interinos, extendiendo la respuesta dada para los empleados laborales temporales y su derecho a no ser discriminados en relación con los fijos. Hay que recordar que la comparabilidad se produce en el marco de relaciones sometidas al mismo régimen jurídico, sin que sean términos válidos a estos efectos una relación de trabajo de régimen administrativo y otra de régimen laboral<sup>30</sup>.

Asimismo, cabe encontrar algunas aplicaciones extensivas de la misma. Es el caso del reconocimiento del grado, como singularización del derecho a la carrera profesional de los funcionarios interinos aceptado por el TJUE. Sirva de

.....

27 Una visión bastante amplia y sistematizada de este panorama judicial interno hasta el año 2018, con mención a alguno de los aspectos que se van a referir, en FUENTETAJA PASTOR (2018).

28 *Ibidem*, pp. 201 y ss.

29 Vid. las *Sentencias de su Sala de lo Contencioso de 16 y 22 de febrero, y 28 de marzo de 2017*. En sentido contrario, el TS sigue firme en su reconocimiento de este derecho, siendo últimos exponentes en este sentido las *Sentencias de 6 de marzo y 29 de octubre de 2019*.

30 *Ibidem*, pp. 228-229.

ejemplo la *Sentencia del TSJ de Andalucía de 11 de noviembre de 2016*, referida a un funcionario interino que ocupó durante doce años un puesto de nivel 26 y al desempeñar, también con carácter interino, un puesto de nivel 24, solicitó el reconocimiento del grado consolidado correspondiente al anterior nivel, así como del complemento de destino que correspondería al mismo. El fallo estimatorio ha sido confirmado en casación por la Sala de lo Contencioso del TS en *Sentencia de 7 de noviembre de 2018*, con el argumento ya conocido de que es discriminatorio privar del mismo a quien se vincula profesionalmente a la Administración a través de un nombramiento temporal con exigencias de cualificación análogas y para desempeñar las mismas funciones. De nuevo con el debido respeto, esta interpretación no puede dejar de suscitar algunas dudas, pues como se ha apuntado al aludir al derecho a la carrera profesional del funcionario interino, aquí no se trata solo de dilucidar una cuestión retributiva y de mera antigüedad, aunque sea esto lo que importe al recurrente y en lo que se centra el análisis del Tribunal. El grado, a diferencia de los trienios, no es tiempo al servicio de la Administración. Es un elemento sustantivo que vertebría y articula la carrera del funcionario de carrera, que se liga a las funciones desempeñadas (pues son las que configuran el nivel del puesto según su complejidad, responsabilidad o grado de dificultad), y que, por eso mismo, se proyecta hacia el desarrollo de una trayectoria profesional fundamentada en la continuidad y en la estabilidad. El interino es nombrado para desempeñar transitoriamente el puesto de un funcionario de carrera que, dependiendo de sus características, tendrá reconocido un nivel dentro del rango de los posibles dentro de su grupo. Terminada su relación temporal, podrá desempeñar los puestos vacantes que se le oferten dentro de su cualificación, independientemente del nivel que tengan. Y no es nada ocasional que, por formar parte de las listas correspondientes a más de un cuerpo, acceda al desempeño de funciones propias de grupos inferiores cuyos puestos ni siquiera pueden tener asignado el nivel de los desempeñados anteriormente, al no corresponderle dentro del rango fijado por la normativa aplicable. Se insiste, por tanto, que el grado no es un concepto retributivo sino profesional, diseñado normativamente para su adquisición dentro de una relación de servicio continuada en un determinado cuerpo o grupo profesional.

### 3. PRONUNCIAMIENTOS EN APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA 5, REFERIDA A LAS MEDIDAS DESTINADAS A EVITAR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LAS RELACIONES DE EMPLEO TEMPORALES

Por si lo expuesto hasta ahora fuese poco, aún debemos referirnos al impacto que ha tenido sobre los funcionarios interinos la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo marco, destinada a prevenir los abusos derivados de la utilización

sucesiva de relaciones de trabajo temporales por parte de las Administraciones públicas. No hace falta incidir en el sistemático incumplimiento de este mandato en nuestro país, pues aquéllas raramente convocan las plazas vacantes en las siguientes ofertas de empleo público, como impone el art. 10.1 TREBEP. Sin embargo, sin eximirlas de su responsabilidad, también hay que reconocer que no toda les es atribuible, pues las limitaciones impuestas por las últimas LPGE lo han impedido, consolidando la permanencia de esta función pública interina «de larga duración».

Para evitar esos abusos, la indicada cláusula impone a los Estados la adopción en sus ordenamientos, de manera efectiva y vinculante, de medidas legales equivalentes a las previstas en el Acuerdo marco. En defecto de las mismas, habrán de indicar las razones objetivas que justifiquen la renovación de las relaciones de servicio, fijar una duración máxima total de las mismas, o concretar un número máximo de renovaciones. Las intimaciones, pues, son claras. Corresponde comprobar a continuación si el ordenamiento español las ha atendido.

No parece que sea así, si nos atenemos a lo fallado por el TJUE en dos *Sentencias* dictadas en la misma fecha (14 de septiembre de 2016), *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López, y Pérez López*<sup>31</sup>. La más interesante es la primera, ya que la segunda reproduce muchos de sus argumentos. En ella, el Tribunal comunitario se pronuncia de forma acumulada sobre dos cuestiones prejudiciales planteadas por TSJ del País Vasco en relación con los ceses de una empleada estatutaria interina de los servicios de salud con trece nombramientos sucesivos «por necesidades del servicio» (primer caso) y de un funcionario interino local (arquitecto) que, tras desempeñar dos contratos laborales de duración determinada, obtuvo nombramiento para la ejecución de un programa temporal que se prolongó durante catorce años, sumando en total diecisiete años en situación de temporalidad<sup>32</sup>. En los dos casos, los ceses habían sido recurridos en primera instancia por los afectados, que solicitaron su nulidad y el mantenimiento de sus relaciones de servicio, además de una indemnización por daños y perjuicios o el abono de las retribuciones dejadas de percibir. Los Juzgados correspondientes desestimaron sus recursos mediante sendas *Sentencias* que fueron recurridas en apelación ante el TSJ que plantea las cuestiones.

En ambas, la Sala ya parte de considerar abusivas las relaciones de trabajo entabladas por las respectivas Administraciones, teniendo en cuenta que su ex-

.....

31 Sobre estos pronunciamientos, *in extenso*, vid. PRECIADO DOMENECH, C.H. (2016).

32 Obviamente, lo que el TC denominó funcionarios interinos de larga duración (STC 203/2000, de 24 de julio).

tensión temporal y la falta de motivación suficiente sobre la necesidad de proceder de esta manera no permiten valorar si se hizo para satisfacer necesidades temporales o permanentes. Asimismo, recuerda la doctrina de la Sala de lo Social del TS acerca de los laborales indefinidos no fijos para los supuestos de contratos temporales en fraude de ley suscritos por la Administración, que determina que, aunque no puede adquirir fijeza (ésta solo se obtiene superando los procedimientos selectivos con arreglo a lo dispuesto en las normas sobre selección de personal laboral fijo en las Administraciones públicas), la duración de su contrato no esté sometida a plazo<sup>33</sup>. A la vista de ello, plantea si es compatible con la Directiva 99/70 una normativa nacional (la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud y el TREBEP) o una práctica de los tribunales nacionales que no reconocen al personal estatutario temporal ni a los funcionarios interinos el derecho a mantener su relación de servicio, mientras que este derecho sí se predica de los trabajadores indefinidos no fijos. En este aspecto, la situación del Sr. Castrejana es especialmente llamativa, pues si hubiera conservado su relación laboral inicial con el Ayuntamiento, habría disfrutado de las disposiciones protectoras relativas a la extinción de la misma, de las que no puede gozar debido a su condición de funcionario interino. En caso de estimarse que no, inquire tambié si el principio de equivalencia (que niega respuestas jurídicas menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno) debe interpretarse en el sentido de que el Juez nacional considere las situaciones del contratado laboral y del funcionario interino similares, o debe considerar otras elementos tales como la naturaleza específica de su relación o la potestad de autoorganización de la Administración que justifican un trato diferenciado.

En su respuesta, el TJUE comienza recordando que el derecho comunitario impone a los Estados la adopción de medidas preventivas frente a las relaciones temporales de servicio profesional abusivas, aunque no se pronuncia sobre las sanciones que recaerían en caso de dichos abusos. Así pues, son las autoridades internas las que deben proceder a ambas cuestiones y, en particular, están obligadas a establecer medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias alineadas con los principios de equivalencia y efectividad, de manera que no hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por las normas comunitarias. En los casos concernidos, hay que partir de que

\*\*\*\*\*

33 Inicialmente, vid. STS de 7 de octubre de 1996. A partir de entonces esta jurisprudencia se ha consolidado con firmeza, quedando también reflejada en el TREBEP, cuyos arts. 8.2.c y 11 distinguen como dos categorías diferentes a los empleados públicos laborales fijos y a los indefinidos.

en ningún caso se deriva del derecho comunitario la obligación para el Estado español de convertir las relaciones funcionariales interinas sucesivas en indefinidas, como sucede en la contratación laboral. Pero para que esto sea conforme con la Directiva, debe existir en nuestro ordenamiento otra medida lo suficientemente efectiva y disuasoria como para evitar su utilización abusiva cuando se trate de relaciones de servicio en régimen de derecho administrativo. Esta existencia tienen que valorarla los Tribunales nacionales, pese a lo cual el Tribunal de Luxemburgo consideró oportuno ofrecer algunas precisiones orientativas, en la línea de ofrecer al personal administrativo con nombramientos interinos sucesivos una solución equivalente a la del personal laboral, lo que permitiría hacer efectivos los derechos derivados del ordenamiento europeo. En semejantes términos, con algunos matices no relevantes para lo que aquí se quiere expresar, se manifiesta también la Sentencia sobre el asunto Pérez López.

A la vista de esto, la *Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco* entendió claramente qué hacer, y dictó sendas Sentencias de fecha 12 de diciembre de 2016 en las que declaró que correspondía aplicar a los empleados públicos temporales que han sufrido nombramientos sucesivos prolongados la misma solución que a los contratados laborales: anular la extinción de su relación de empleo y considerar que su relación de derecho administrativo es indefinida no fija, por lo que podrán permanecer en sus puestos hasta que éstos se cubran como preceptúa el ordenamiento español, o hasta que se amorticen. Es decir, por analogía con la figura laboral, consagró lo que ha venido a denominarse «funcionarios indefinidos no fijos». Al albur de este pronunciamiento, otros Tribunales adoptaron la misma solución, procediendo a reconocer esa condición a sus funcionarios interinos de larga duración<sup>34</sup>.

No termina aquí, sin embargo, el tránsito judicial de estos asuntos, pues las Administraciones responsables de los nombramientos interinos recurrieron en casación los pronunciamientos del Tribunal de apelación. El TS dio respuesta a ambos recursos a través de dos *Sentencias de 26 de septiembre de 2018*, en las que no se manifestó del todo de acuerdo con el TSJ del País Vasco. Sí convino en la existencia de una situación de abuso (pues no se aplicaron las medidas contempladas en el ordenamiento español, consistentes en estudiar la necesidad de una plaza estructural en el primer caso –art. 9.3 del Estatuto marco– y en poner fin al programa temporal en el plazo máximo establecido en el art. 10.1.c TREBEP en el segundo), así como en la obligación de atribuirle consecuencias. Pero éstas no serían a su juicio las señaladas en las Sentencias recurridas. Para la Sala de lo Contencioso, las relaciones de empleo como personal estatutario temporal

.....  
34 Por ejemplo, la *STSJ de Galicia de 11 de julio de 2018, Sala de lo Contencioso, recurso 84/2018*.

de los servicios de salud y como funcionario interino no han de entenderse finalizadas en la fecha en que se notificaron las resoluciones de cese porque éstas carecían de la motivación exigible, al expresar una causa que no puede tenerse por cierta vistas las actuaciones de la Administración. Dadas las funciones permanentes y estables que ejercían aquellos empleados temporales, deberían haber explicado de modo fundado y referido a las mismas si procedía o no el incremento de las plantillas para darles cobertura, con las consecuencias ligadas a las decisiones que se adopten. Entre ellas –en caso de ser negativas por no apreciarse déficit estructural de puestos fijos– la de mantener su coherencia, acudiendo a aquel tipo de nombramiento solo cuando se dé alguno de los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente prestan tales funciones. En definitiva: tendría que haber existido congruencia entre el fin del acto administrativo y el fin por el que la norma jurídica ha configurado la potestad que el acto ejerce. La falta de la misma, por inadecuación entre ambos fines, implica falta de motivación de los actos, incurriendo así en vicio de anulabilidad. Por ello, las relaciones de empleo subsisten, y continúan con los derechos profesionales y económicos que les son propios hasta que las Administraciones respectivas cumplan en debida forma lo que ordena la normativa aplicable en cada caso. Es de esta forma como se adopta de modo jurídicamente correcto y proporcionado al actuar de las Administraciones una medida disuasoria útil para garantizar la eficacia del Acuerdo marco comunitario, lo que no se consigue solo mediante el reconocimiento del derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso.

Para el TS, pues, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal interino en personal laboral indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia social. Lo que procede es la subsistencia de la relación de empleo existente, con sus derechos inherentes, hasta que las Administraciones cumplan lo dispuesto normativamente. Por ello estima los recursos de casación que ambas interpusieron –aunque presumiblemente no era ésta la solución que persiguieran–, considerando errónea la interpretación de las Sentencias de instancia. Y fija como criterios interpretativos aplicables en situaciones de abuso por nombramientos sucesivos y mantenimiento de la relación de empleo de funcionarios interinos los expresados en sus Fundamentos Jurídicos.

En estos Fundamentos se percibe bien, y así hay que subrayarlo, el esfuerzo que hace el Magistrado por aportar un razonamiento a su fallo desde el estricto derecho administrativo interno. Sin obviar la interpretación comunitaria, quiere sobre todo destacar la existencia en el ordenamiento español de medidas preventivas para evitar el abuso en las relaciones de empleo temporales (en los

términos de la Directiva 99/70), que no son otras que las limitativas a su duración establecidas en el Estatuto marco y en el TREBEP. Y ahí es donde incide, eludiendo lo que el profesor SÁNCHEZ MORÓN (2019a, p. 235) denomina «contaminaciones miméticas» con el derecho laboral. El fallo del TS pone el acento en la obligación que tienen las Administraciones públicas de aplicarlas, acudiendo a las relaciones temporales solo en los supuestos establecidos en la Ley, y finalizando las interinidades conforme a las reglas también establecidas legalmente, con las consecuencias allí previstas que no son, desde luego, la conversión de la relación en indefinida. Rechaza así la consolidación de esta práctica analógica como *modus operandi* habitual. Ahora bien, mientras eso no sea así, la única solución posible consistiría en continuar con la relación de servicio, sin que quepa sustituirla por una indemnización (como permite el derecho laboral), que no sería medida suficientemente disuasoria y efectiva para cumplir el Acuerdo marco. Eso no quiere decir que el empleado temporal cesado sin atender a las causas legalmente previstas no pudiera solicitarla por el menoscabo o daño derivado de este cese irregular abusivo. Pero no en base a hipotéticas equivalencias con otras relaciones laborales o de empleo público. No tendría derecho a indemnización por el mero hecho del cese. La indemnización derivará, en su caso, de la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración por un anormal funcionamiento, y deberá determinarse en cada supuesto la existencia concreta de esos daños y perjuicios<sup>35</sup>.

.....  
35 Ya lo habían entendido así, con carácter previo, otros órganos judiciales. Sirva como ejemplo la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Orense de 31 de julio de 2018*, que antes que el TS había afirmado que:

acudiendo al régimen jurídico aplicable a la reclamación indemnizatoria de la actora (funcionaria interina cesada), habrá de comprobarse a continuación si se cumplen o no los requisitos determinativos de la responsabilidad patrimonial (artículo 32.1 Ley 40/2015): a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c/ Ausencia de fuerza mayor. d/ Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Pues bien, se concluye indubitablemente que en este caso en concreto la actora no cumple el primero de los referidos requisitos. No ha acreditado mínimamente que la posible irregularidad o fraude en sus nombramientos temporales concatenados y prorrogados le haya producido un perjuicio efectivo. Conforme a su propia argumentación la Administración tendría que haberla cesado sin indemnización mucho antes, resultando irregulares las prórrogas de sus nombramientos. La única manera de poder trabajar prolongadamente como auxiliar administrativa en una Administración Pública durante tantos años sería superando la correspondiente oposición con-

No cabe duda de que, como se ha dicho, la argumentación sobre la que se fundamenta esta doctrina presenta una mayor coherencia con el régimen jurídico-administrativo aplicable a los funcionarios interinos. Pero ello no evita que, en el fondo, la cuestión principal siga abierta, pues pese a su actuación abusiva, la Administración mantiene su relación con estos empleados hasta que decida su cese por incorporación a la plaza de un funcionario de carrera o por amortización de la misma. Cuesta considerar esto una medida realmente disuasoria, ya que no hay ninguna garantía de que aquélla, a la que no ha importando contravenir el ordenamiento jurídico, vaya ahora a aplicarlo correctamente<sup>36</sup>. Convendría por ello ir más allá, y plantear decididamente una modificación del mismo que incorpore la exigencia de responsabilidad frente a quienes propician estas situaciones<sup>37</sup>. En todo caso, aún sin modificación, hay que tener presente que la importancia de la jurisprudencia referida en el ám-

\*\*\*\*\*

forme a los principios de libre concurrencia, mérito y capacidad. Se convocaron las oposiciones en el año 2010, y no las aprobó. Pese a ello, y a su baja puntuación en el listado de candidatos a contrataciones temporales, continuó trabajando durante años para la Administración, como auxiliar administrativa, con las correspondientes retribuciones e incluso reconocimiento de trienios. ¿Cuál es el perjuicio real y efectivo padecido por la actora? La conclusión, en este caso concreto, es la contraria: se ha beneficiado de las prórrogas (hipotéticamente irregulares) de su nombramiento temporal. En cualquier caso, le corresponde a la demandante la acreditación del supuesto daño y su cuantificación. En su demanda se ha limitado a fijar una cantidad a tanto alzado (veinte días de salario por año trabajado), sin justificar ninguna lesión o perjuicio concreto. La ausencia de detalle y prueba sobre la supuesta lesión y la cuantificación del perjuicio real obliga a desestimar este argumento de la demanda.

36 En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN (2019a), p. 238.

37 *Ibidem*. Este autor recuerda (p. 236) cómo la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, de la que formó parte, ya sugirió la sanción personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o penal de las autoridades o funcionarios que acordaran o permitieran la prolongación irregular de una relación funcionarial o laboral de carácter temporal.

Algo parecido vienen contemplando las dos últimas LPGE en el ámbito de la contratación laboral, planteando la exigencia de responsabilidad a las Administraciones públicas por la utilización abusiva de la misma, si bien no especifican en qué consistirán tales (*ibidem*, 2019.b, p. 98).

Y en el mismo sentido, hay que destacar lo expresado por la Abogada General en sus Conclusiones presentadas el día 17 de octubre de 2019 sobre los asuntos C-103/18 y C-429/18, asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otros, referidos a los abusos de nombramientos interinos sucesivos por parte de Administraciones españolas. Estos asuntos han sido objeto de recentísimo fallo mediante STJUE de 19 de marzo de 2020, que se comentará *supra*. Pero respecto a lo que aquí se está manifestando, la Abogada ya entendió expresamente en sus conclusiones que «el mantenimiento de la relación de servicio temporal exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la

bito local es grande, dado el recurso habitual en esta esfera a relaciones de servicio temporales –a veces sin rendir cuenta cabal de mérito y capacidad–, que terminan prolongándose muchos años. Esta permanencia del empleado temporal en no pocas ocasiones es deseada por la propia Administración, a la que le resulta más rentable económicamente y le proporciona, de paso, un personal más dependiente. En otras muchas, no obstante, se ve abocada a la misma por presiones sindicales o de los propios interesados. Pero siempre quien perdiendo es el sistema de empleo público, que renuncia a los principios constitucionalmente establecidos<sup>38</sup>.

La última manifestación de la jurisprudencia comunitaria sobre la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo en el empleo funcional interino español ha venido dada por la *STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras*. Como cabía esperar, esta Sentencia ha continuado la senda trazada por los pronunciamientos anteriores, confirmando sus principales determinaciones. En particular ha vuelto a insistir en que de dicha cláusula no deriva una obligación general de transformar las relaciones de trabajo de duración determinada en indefinidas, como fórmula para evitar y sancionar su utilización abusiva (apdo. 87). Y ello aunque no quepa duda de que los hechos valorados suponen un abuso por parte de la Administración, pues no pueden considerarse de otra manera nombramientos de personal estatutario interino que han mantenido su vigencia hasta diecisiete años. En alguno de los casos, el nombramiento realizado ha sido único, prolongándose la relación de servicio derivada del mismo durante más de diez años de forma ininterrumpida. Para el Tribunal, esta singularidad no la excluye del concepto de «relación laboral de duración determinada sucesiva» cuyo abuso prohíbe la cláusula 5, so pena de comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo marco (apdos. 50 a 64). En el sentido que ya apuntara la Abogada General en sus conclusiones, el Tribunal entiende que el incumplimiento por la Administración de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo que cubra definitivamente esa plaza equivale a renovar anualmente de forma implícita la relación de servicio, procediéndose a la «sucesión» aludida en aquélla. Por la misma razón, tampoco el hecho de que los empleados consintieran los términos de su relación profesional excluye la aplicación de la cláusula, a la que de nuevo se privaría de todo efecto útil si esto se admitiese (apdo. 114).

.....  
*precariedad*», por lo que debería de ir acompañada de un mecanismo sancionador efectivo y disuasorio para la Administración. Todo se orienta, pues, en la misma dirección.

38 Cfr. SÁNCHEZ MORÓN (2019a) pp. 237-238.

Que los Estados miembros no tengan obligación de transformar las relaciones de trabajo de duración determinada abusivas en indefinidas no les exime del deber de contar con otra medida efectiva, correspondiendo a los órganos judiciales internos valorar dicha efectividad en cada caso<sup>39</sup>. Aquí el TJUE reitera lo ya establecido en consolidada jurisprudencia, de la misma manera que, como en sus Sentencias de 14 de septiembre de 2016, ofrece también algunas orientaciones a los tribunales nacionales para el ejercicio de esta labor estimativa. En esta ocasión las orientaciones consisten en un análisis sobre la utilidad como «medidas legales equivalentes para prevenir los abusos» de algunas fórmulas previstas por el Derecho español aplicables a estos casos.

La organización de procesos selectivos dentro de los plazos legalmente establecidos que tengan por objeto la provisión efectiva de las plazas ocupadas por funcionarios interinos le parece en principio una medida adecuada, pero la ausencia de garantías normativas sobre su realización efectiva propicia que, en realidad, no lo sea<sup>40</sup>. Lo mismo considera de los procedimientos de consolidación de empleo previstos en la Disposición Transitoria Cuarta del TREBEP, que se plantean con carácter facultativo y no obligatorio. Más adecuado juzga el otorgamiento de una indemnización equivalente a la abonada en supuestos de despido improcedente de empleados laborales, no por mixtura de ambos regímenes jurídicos sino como modelo de referencia para compensar los efectos de la utilización abusiva de relaciones profesionales de duración determinada y para disuadir de esta conducta a la Administración, garantizando la plena eficacia de la cláusula. Aquí cabría entender que el TJUE atiende esta medida no solo como manifestación de la responsabilidad patrimonial administrativa por los daños y perjuicios ocasionados al funcionario interino (a cuya posibilidad limitaba la STS de 26 de septiembre de 2018, y que también

39 Y sin que éstos se puedan abstener de aplicar una normativa nacional que no sea conforme con la cláusula 5, puesto que la misma carece de efecto directo al no ser incondicional ni suficientemente precisa (apdos. 118 a 120).

40 Como han destacado con acierto Joan Mauri Majós y Rafael Jiménez Asensio en su primer comentario de urgencia sobre la Sentencia (blog *La mirada institucional*, entrada titulada «El TJUE y los interinos de larga duración», <https://rafaeljimenezasensio.com/2020/03/19/el-tjue-y-los-interinos-de-larga-duracion/>), algunas de las valoraciones y críticas que formula el juez comunitario tienen poco o ningún fundamento, pues parten de entender como ciertos los argumentos de las partes en litigio, sin considerar que los problemas derivan en no pocos casos de la realidad fáctica. Sin negar el abuso administrativo en este punto, que lo hay, también es cierto que los recortes derivados de la crisis de 2008 han impedido durante varios años articular esos procedimientos selectivos, extendiendo en términos realmente importantes la interinidad en la función pública.

se mantendría) sino, adicionalmente, como mecanismo sancionatorio. Cuanto menos, esto parece desprenderse de la literalidad de las conclusiones ofrecidas por la Abogada General que asume la Sentencia, y en las que se afirmaba expresamente que:

La cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone a una jurisprudencia de los tribunales nacionales conforme a la cual el uso abusivo de sucesivos nombramientos temporales por parte de una Administración pública no se sanciona automáticamente con la transformación de la relación de servicio temporal en una relación de servicio fija. *Tal jurisprudencia puede reconocer al personal afectado*, por un lado, un derecho a continuar en el puesto de trabajo hasta que el empleador haya estudiado, como le corresponde, las necesidades de personal y haya cumplido las obligaciones que de ello se derivan, y, por otro lado, *un derecho a una indemnización completa de los perjuicios que le haya causado el abuso. Estas medidas deben ir acompañadas de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio. Cabría pensar en una obligación adicional de pago de una indemnización por un importe a tanto alzado suficientemente disuasorio*. Los juzgados remitentes deberán valorar si la indemnización por despido improcedente satisface esas exigencias.

En cualquier caso, una nueva intervención del TS parece inevitable. Para aclarar esta última cuestión y, más allá, para avanzar en la clarificación de una problemática profundamente arraigada en la práctica administrativa sobre la base establecida por la jurisprudencia comunitaria. Problemática que, no hay que llamarse a engaño, no va a alcanzar su resolución a través de los pronunciamientos judiciales a los que apela el TJUE. Siendo muy importantes, no dejan de ser respuestas particulares a casos concretos. Lo que todo lo expuesto hasta ahora pone en evidencia es algo que, no por conocido, pierde esencialidad: que el marco legal de la función pública carece de medidas efectivas para sancionar estos abusos, y que solo una modificación normativa que contemple consecuencias claras para la misma, dentro del marco constitucional y del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, podrá ponerles fin. Cualquier otra opción es postergar la solución. No parece, sin embargo, que sea ésta una intención más o menos próxima del legislador.

## V. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE PERSONAL PÚBLICO LABORAL

El TJUE también se ha manifestado en distintas ocasiones sobre los empleados laborales públicos de carácter temporal. Y lo ha hecho a través de una jurisprudencia variable, partiendo una postura inicial rigorista referida a las consecuencias económicas de su cese que ha ido modificando sucesivamente. En síntesis, han sido dos los aspectos sobre los que se ha pronunciado. El primero de ellos

tiene que ver con la readmisión en supuestos de despido improcedente. El segundo, más llamativo y conflictivo, con la indemnización a percibir como consecuencia del término de su contrato.

Esta segunda cuestión es, como se dice, la que más impacto ha generado, y en ella se aprecia muy bien la oscilación jurisprudencial aludida. Todo comenzó con la conocida y controvertida *STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto De Diego Porras*, dictada como respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid para resolver el recurso de suplicación presentado frente a una Sentencia de un Juzgado de lo Social, por la que se rechazaba la indemnización reclamada por una trabajadora del Ministerio de Defensa que desempeñó durante siete años un contrato temporal de interinidad por sustitución de una empleada fija que desempeñaba funciones sindicales. El TSJ preguntó al Tribunal de Luxemburgo si el hecho de que el ordenamiento español no contemplase para estos casos indemnización por cese (a diferencia de los trabajadores comparables fijos, que disponen de una indemnización de veinte días por año trabajado en casos de cese por causas objetivas) sería contrario a la prohibición de no discriminación que deriva de la cláusula 4 del Acuerdo marco. Y la respuesta dada por éste fue afirmativa, entendiendo que no existía explicación para la diferencia más allá de la temporalidad, lo que no es razón objetiva que justifique la misma.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid siguió este razonamiento, y al considerar que no había razón objetiva para dar distinto tratamiento indemnizatorio a los supuestos de extinción del contrato laboral temporal por cumplimiento del término y de extinción de contratos indefinidos por causas objetivas, confirmó en su *Sentencia el 5 de octubre de 2016* el derecho de la recurrente, interina por sustitución, a la percepción de una indemnización de veinte días. Las consecuencias de esta doctrina comunitaria fueron importantísimas, generándose un aumento de las pretensiones procesales en este sentido realmente inusitado. Y ello tanto en relación con los contratos temporales que, como era el caso, no tenían previsto ningún tipo de indemnización, como respecto a otras modalidades de contratación temporal que sí lo tenían pero en menor cuantía (doce días el resto de contratos temporales –relevo, obra y servicio–, excepción hecha del de formación). Como era de esperar, se vieron confirmadas en los correspondientes fallos que, con sus matices según los casos, aplicaban el parecer comunitario.

A tal punto llegó este tema que el Gobierno impulsó la creación de un Grupo de Expertos para estudiar la posibilidad de modificar la normativa laboral en sentido compatible con esta jurisprudencia que, de hecho, llegó a elaborar unas breves conclusiones provisionales publicadas en febrero de 2017. Sin embargo,

unas declaraciones del Presidente del TJUE de las mismas fechas reconociendo que «no entendieron bien el problema», hizo que su actividad se detuviera en previsión de una modificación de esta doctrina.

A la vez, el Ministerio de Defensa que, evidentemente, no quedó conforme con la Sentencia del TSJ de Madrid, presentó recurso de casación ante el TS, quien decidió plantear nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre tres extremos: 1) si en virtud de la cláusula 4 de no discriminación, existe razón objetiva que justifique el distinto trato en los casos de cese del contrato de interinidad por sustitución por reincorporación de la persona sustituida (en los que el ET no prevé indemnización) y la compensación económica cuando el contrato se extingue por otras causas tasadas; 2) si en virtud de la cláusula 5 (no abuso) debe procederse al abono de una indemnización aunque solo se formalice un contrato; 3) si, de nuevo, en virtud de la cláusula 5, los trabajadores interinos tienen derecho a la misma indemnización que el resto de temporales.

Pero antes de que el TJUE respondiera a la cuestión, este mismo órgano procedió a dar respuesta a otras dos cuestiones planteadas por Tribunales españoles sobre cuestiones vinculadas de algún modo con la problemática descrita. Estas respuestas se materializaron en sendas *Sentencias de 5 de junio 2018, asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility*. La primera versa sobre un contrato de interinidad por vacancia del puesto de trabajo en tanto se resolvía el procedimiento selectivo de cobertura en una residencia dependiente de una Administración pública, mientras que la segunda se refiere a un contrato de relevo suscrito con una empresa concesionaria de un servicio público de limpieza. Y en ambas, en la línea apuntada por su Presidente, se corrigió la doctrina anterior, en el sentido de considerar que sí existe una razón objetiva fundamentada en elementos precisos, concretos y transparentes que justifica un trato diferenciado entre los contratados temporales (sin indemnización, o con indemnización menor a veinte días) y los trabajadores fijos, que la perciben cuando cesa su relación laboral por causas objetivas. Esa razón no es otra que las distintas expectativas laborales derivadas de ambos tipos de contratos. De esta manera, la legislación española no vulneraría en este punto la cláusula 4 del Acuerdo marco.

En concreto, la Sentencia sobre el asunto Montero Mateos afirma que en el contrato de trabajo temporal las partes conocen desde el momento de su celebración la fecha o el acontecimiento que determina su término, sin que deban manifestar su voluntad en este sentido. En cambio, la extinción de un contrato por alguna de las causas objetivas del art. 52 ET (ineptitud, inadaptación, falta de asistencia, etc.) tiene lugar a iniciativa del empleador y por «circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración, por lo que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral». De ahí que la

indemnización en estos casos pretenda compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar respecto a la estabilidad de dicha relación. En este supuesto además (cese por causas objetivas), el derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que la indemnización de veinte días de salario por año de servicio se establece legalmente con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo. Razón de más para ver que la explicación de la indemnización no se vincula a la temporalidad sino a la normativa laboral. En estas circunstancias, pues, existe razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida, y esta diferencia indemnizatoria no vulnera el principio de no discriminación establecido en la cláusula 4<sup>41</sup>. No obstante, conviene saber que el TJUE introducía en el apdo. 64 de la misma Sentencia una cuestión importante: emplazaba al Juzgado remitente de la cuestión a examinar si, dada la duración inusualmente larga del contrato de interinidad, correspondería haberlo recalificarlo como contrato fijo pese a su licitud. Enseguida se insistirá sobre esto.

Tras la aparición de esta nueva doctrina, era lógico pensar que la respuesta que el TJUE iba a dar a la cuestión prejudicial planteada por el TS en relación al asunto De Diego Porras no iba a coincidir con el sentido expresado en septiembre de 2016. Y así fue. En *Sentencia de 21 de noviembre de 2018*, el Tribunal comunitario confirmó su última jurisprudencia, considerando que en el cese de aquel contrato de interinidad por sustitución existe razón objetiva que justifica la ausencia de indemnización: el conocimiento por la trabajadora, desde el momento en que suscribió su contrato, del acontecimiento que determinaba su término, que no era otro que la reincorporación al puesto de la titular a la que sustituía. Pero junto a esto, retoma otra cuestión que no atendió en la sentencia de 2016 y que apuntó en el asunto Montero Mateos: las consecuencias de la larga duración de su contrato de interinidad por sustitución y su posible com-

.....

41 En cuanto al asunto *Grupo Norte Facility*, el argumento expresado por el TJUE es prácticamente idéntico. No es discriminatorio que nuestro ordenamiento reconozca una indemnización por cese por cumplimiento del término de un contrato temporal de relevo inferior a la concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida, ya que existe la causa objetiva antes indicada.

Esta doctrina ha vuelto a confirmarse con posterioridad a través del *Auto del TJUE de 19 de marzo de 2019, asunto contratos predoctorales*, que vuelve a estimar no contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco el cese sin indemnización de los contratos temporales predoctorales suscritos al amparo de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, con el mismo argumento.

patibilidad con la cláusula 5 del Acuerdo marco, en la que se imponen medidas contra el abuso en la contratación temporal sucesiva. Sin entrar a valorar directamente si en este caso se trata de contratos sucesivos –lo que corresponde determinar a los órganos judiciales internos, aunque lo cierto es que durante los dos años anteriores tuvo varios contratos para realizar las mismas funciones–, sí pone encima de la mesa otra visión del asunto: si el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento de su plazo (obra y servicio, relevo, pero no el de interinidad), constituye una medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos, o una medida legal equivalente en el sentido de dicha cláusula. Porque de ser así, y de encontrarse aquella trabajadora en esa situación de abuso, habría que determinar la correspondencia de esa indemnización, salvo que hubiese en nuestro país otra medida legal equivalente. Y aunque esto también lo tienen que valorar los Tribunales internos, ya apunta el TJUE que no parece que constituya por si sola medida suficientemente efectiva y disuasoria para evitar el abuso en la contratación temporal, pues «tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada».

A la vista de esta respuesta, el TS tenía trabajo que hacer. Y este trabajo quedó reflejado en la *STS de 13 de marzo de 2019, Sala de lo Social* que, en síntesis, y como era de esperar, determinó la improcedencia de indemnización alguna a los trabajadores interinos porque la diferencia de tratamiento indemnizatorio, como ha rectificado el Tribunal comunitario, no deriva del carácter temporal o fijo de la relación de trabajo sino de la causa de extinción de la misma. De hecho también los trabajadores temporales que no finalizan contrato por término del plazo sino por una causa objetiva tienen derecho a la indemnización. Igualmente, y acercándose a la cuestión planteada en relación con la cláusula 5, también conviene con el TJUE en que la fijación de indemnización para algunos contratos temporales no es una medida que ponga límites o sancione la contratación temporal abusiva, pues no posee por sí sola el efecto disuasorio perseguido. La medida que adopta el derecho español para satisfacer la obligación de la cláusula 5 es la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la indemnización de doce días. De esta manera, también rechaza que corresponda a la trabajadora una indemnización por aplicación de la cláusula 5. Pero sin embargo, no se pronuncia sobre la posible aplicación al caso del apdo. 64 del asunto Montero Mateos (conversión en fijo a causa de la larga duración del contrato de interinidad por sustitución), liquidando la cuestión con la escueta afirmación de que «en este estado del procedimiento, no se suscita ya

la cuestión de la eventual calificación de la relación laboral entre las partes como una relación que hubiera de haberse considerado indefinida».

A este fallo mayoritario se formuló voto particular suscrito por dos Magistrados. Y el sentido del voto es, precisamente, esta falta de pronunciamiento sobre el sentido profundo de la cláusula 5. A su juicio, la Sala ha analizado la discriminación entre temporales e indefinidos desde la perspectiva de la cláusula 4 (no discriminación), pero no desde la cláusula 5 (uso abusivo de la contratación temporal), lo que hubiese aportado argumentos para llegar a soluciones distintas. De hecho, en el voto se sugieren otras dos soluciones posibles sucesivas. La preferente consistiría en entender que la duración inusualmente larga del contrato temporal de sustitución determinaba su recalificación como contrato fijo. Si en nuestro ordenamiento los contratos temporales no deben tener una duración superior a tres o cuatro años (según se deduce de los arts. 15.1.a y 15.5 ET y 70 TREBEP), estaríamos en este caso ante un supuesto de imprevisibilidad de la finalización del contrato que justificaría esta conversión. Si esta solución no fuese aceptada, cabría una segunda, consistente en fijar como mínimo en favor de la trabajadora demandante una indemnización de doce días por año de servicio, en igualdad con la que se establece para los restantes contratos temporales, al no existir razones objetivas para su exclusión. No cabe admitir de acuerdo con la cláusula 5 que no se pague indemnización ante el abuso de la contratación interina por vacante y sí se reconozca en el caso de los temporales por obra o servicio determinado. Algo que tampoco admite el TJUE, pues insiste expresamente: no cabe indemnización «a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional».

Cabe afirmar por tanto que, conforme a la STS indicada, en nuestro país a día de hoy, y a diferencia de otros empleados laborales temporales como los contratados por obra y servicio, no corresponde a los contratados interinos por sustitución de la Administración ninguna indemnización<sup>42</sup>. Sin embargo, no

\*\*\*\*\*

42 Tampoco a los contratados interinos por vacante, como posteriormente determinó la misma *Sala de lo Social del TS* en diversas Sentencias (sirvan como ejemplo las de 10 de mayo, 12 de junio o 4 de julio de 2019) aplicando el mismo argumento que la Sentencia del mes de marzo. Esta última ya advertía que, además de acoger lo establecido en la segunda STJUE sobre el asunto *De Diego Porras* (21 de noviembre de 2018), integraba también la doctrina del *asunto Montero Mateos*, referido precisamente a un contrato laboral de interinidad por vacante finalizado por cobertura del puesto tras una Oferta Pública de Empleo y en la que, recuérdese, se determinó la conformidad con la cláusula 4 de Acuerdo marco de la ausencia de indemnización en esos casos.

puede olvidarse que sigue en consideración la aplicación de la regla de conversión en indefinidos no fijos en el caso de contratos temporales inusitadamente largos, en cuanto ello pueda estimarse medida contra el abuso de esta fórmula en los términos de la cláusula 5 del Acuerdo marco. Como ya se ha advertido en el apartado correspondiente, el TJUE, y en particular su última Sentencia de 19 de marzo de 2020, *asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Alvarez y otros*, ha establecido que, en relación con la función pública interina, no es una consecuencia que derive obligatoriamente de dicha cláusula y que, además, no parece que permita alcanzar *per se* la finalidad perseguida. Pero se trata, téngase en cuenta, de una valoración en este ámbito concreto de relación profesional, en el que dicha transformación no impediría a la Administración, como empleadora, amortizar la plaza o cesar al funcionario con nombramiento de duración determinada cuando la plaza se cubriese por reingreso del funcionario de carrera sustituido. A ello se suma que dicha transformación no le permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el funcionario de carrera. La interpretación en el marco del empleo laboral pudiera ser otra. De hecho, en la jurisprudencia interna –a la que compete en último término apreciar este extremo–, ya es dable encontrar algunos pronunciamientos sobre el tema. Se destaca así una muy interesante *Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 24 de abril de 2019* que, en aplicación del apdo. 64 de la STJUE Montero Mateos, califica como indefinida no fija a una empleada pública que mantuvo por más de veinte años una relación laboral de interinidad por vacante sin que la Administración procediese a la cobertura ordinaria de la plaza. El TS subraya, en todo caso, que este fallo deriva de las específicas circunstancias concurrentes en el caso, y no del plazo de tres años establecido en el art. 70.1 TREBEP. Este plazo se refiere a la ejecución de la oferta de empleo público, sin que suponga en cuanto tal una garantía inamovible que permita afirmar la desnaturalización del contrato temporal, dando lugar automáticamente al reconocimiento como relación de carácter indefinido no fijo de la contratación de interinidad por vacante<sup>43</sup>. Justo en sentido contrario se ha pronunciado el *mismo Tribunal y Sala el 5 de diciembre de 2019*, que ha desestimado la misma pretensión de una empleada laboral interina por vacante durante seis años, entendiendo que su relación no era «injustificadamente larga», y venía explicada por la congelación de la oferta de empleo público impuesta por las normas de la crisis económica<sup>44</sup>. El tema, como se ha dicho, continúa abierto.

.....

43 Un comentario clarificador sobre la misma en CASAS BAHAMONDE, M.E. (2019), *in totum*.

44 Hay que notar aquí la mutación de la expresión utilizada por el Tribunal. En efecto, el apdo.

64 de Sentencia Montero Mateos hacía referencia en este orden de cosas a relaciones de em-

Para finalizar este apartado, aún conviene hacer una brevíssima referencia a la *Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018, asunto Vernaza Ayobi*. La cuestión en este caso versaba sobre el despido de una empleada laboral indefinida no fija. Más concretamente sobre la posibilidad de que sea readmitida si ese despido (adoptado como sanción tras un procedimiento disciplinario) se declara improcedente. Para esta circunstancia hay que tener en cuenta dos aspectos previos. En primer lugar, que la readmisión obligatoria en caso de despido improcedente acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave está dispuesta en el art. 96.2 TREBEP solo en relación con los trabajadores públicos fijos. En segundo lugar, que no hay una previsión análoga en el ET para los trabajadores fijos no públicos, que en caso de despido improcedente pueden ser readmitidos o pueden ser indemnizados sin readmisión, a elección del empresario.

Así las cosas, el TJUE (que al igual que el Juzgado que planteó la cuestión prejudicial, considera que un trabajador indefinido no fijo es temporal en los términos de la Directiva 99/70, puesto que el final de su relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como cobertura del puesto por trabajador fijo o la decisión de amortización del mismo)<sup>45</sup> no considera discriminatorio que la obligación de readmisión en caso de despido improcedente por parte de la Administración se limite al personal laboral fijo. Éste ha superado un procedimiento selectivo conforme a los principios de mérito y capacidad, lo que justifica que pueda beneficiarse de la garantía de permanencia que constituye

.....

pleo «inusualmente largas». Aquí sin embargo, el TS introduce una valoración adicional, al aludir a la «justificación» de esta extensión temporal, y aclarando que:

[...] utilizamos expresamente la locución ‘injustificadamente larga’ porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte ‘inusualmente’ larga; sino que la duración del contrato sea ‘injustificada’ por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal (FJ 3).

Se abre por tanto un debate sobre la posible equiparabilidad entre ambas expresiones expresado desde un principio en el voto particular formulado al fallo, que no lo considera así. Esta cuestión, doctrinalmente muy interesante, excede el propósito y las posibilidades de este trabajo, por lo que baste con apuntarla, sin perjuicio de que haya de seguirse con la mayor atención.

<sup>45</sup>Ya lo había dicho también en un *Auto de 11 de diciembre de 2014, asunto León Medialdea* tras algunas oscilaciones previas.

una excepción al régimen general del derecho laboral. Parafraseando al Tribunal, «la garantía de readmisión controvertida está indisociablemente vinculada al sistema de acceso a puestos de personal laboral fijo», por lo que el mantenimiento de las funciones deriva decisivamente de la superación del procedimiento selectivo. En el caso del personal no fijo, el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de su relación laboral, razón por la que el legislador español no ha considerado conveniente privar a la Administración empleadora de la facultad de elegir entre readmitir al trabajador cuyo despido disciplinario es declarado improcedente y concederle una indemnización. Estas características específicas del derecho de la función pública nacional explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente en el caso de trabajadores fijos; facultad que sí mantienen en el caso de los trabajadores de carácter temporal, incluidos los indefinidos no fijos. Existe así una razón objetiva para esta diferencia entre ambos tipos de empleados, por lo que no se contraviene la cláusula 4 del Acuerdo marco cuando no se contempla la readmisión de aquellos últimos.

## VI. UNAS ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

A la vista de todo lo expuesto, resulta evidente que el régimen jurídico del empleo público en general, y el local en particular, tal y como lo hemos conocido durante mucho tiempo está en cuestión. No porque haya ningún movimiento normativo. Todo lo contrario: la parálisis legislativa en este tema es clara desde hace mucho tiempo, y las modificaciones que vienen haciéndose en los últimos años no tienen carácter estructural, pues se sitúan sobre todo en plano de las limitaciones derivadas de la crisis económica y en la ampliación de la duración de ciertos permisos. La modificación de nuestro régimen se va produciendo a golpe de una jurisprudencia comunitaria que se traslada a los tribunales internos, y que se centra en reducir el empleo público temporal.

Sin embargo esta jurisprudencia, muy loable en su intención, adolece de algunos problemas. El principal es que no siempre entiende los rasgos característicos del derecho español del empleo público. Un derecho sin duda imperfecto y hasta anacrónico en algunos aspectos, pero fundamentado en unos pilares básicos que arrancan de la Constitución y que le singularizan respecto del empleo privado bajo cuya óptica, sin confesarlo y quizás sin ni siquiera ser consciente de ello, razona el TJUE. ¿Qué este derecho se puede cambiar? Por supuesto.

¿Qué se debe cambiar? Seguro que en muchos contenidos también, sobre todo en lo que se refiere al establecimiento de una carrera profesional seria, basada en el desempeño y esfuerzo real del empleado público. ¿Qué se tiene cambiar en el sentido indicado por la jurisprudencia comunitaria? Pues esto es algo que habrá que plantearse y decidir: si se va en ese sentido o si se adoptan otras medidas, manteniendo los fundamentos del derecho funcional español pero justificando la diferencia entre las distintas categorías profesionales en verdaderas razones objetivas que no sean solo la tradición. Lo que no es normal es que sean los Tribunales de justicia, a la vista de la jurisprudencia comunitaria, y en una especie de «legislar sin legislar», quienes vayan aplicando con vaivenes un derecho que se creía de una manera y que parece ser de otra, aunque las Leyes sigan diciendo lo mismo.

Está claro que el objetivo de la Directiva 99/70 es luchar contra el abuso de la temporalidad en el empleo, y por eso se esfuerza en insistir que no puede ser por sí misma un elemento de discriminación para el trabajador, a riesgo de favorecer que se perpetúe por conveniencia del empleador. Sin embargo, la solución no puede venir desde el extremo contrario; desde la igualación completa con el empleado permanente, que en el caso de la Administración es muchas veces un funcionario de carrera que ha entablado su relación profesional en «un contexto fáctico y jurídico sensiblemente diferente». Aquí no es solo una cuestión de temporalidad, sino de fundamento sustantivo.

Otro problema que presenta esta jurisprudencia es su carácter errático y en permanente reajuste, lo que se arrastra a la jurisprudencia nacional. Estamos en estos momentos ante un Tribunal que se corrige a sí mismo en breves períodos de tiempo, generando en nuestro país oleadas de fallos judiciales en un sentido u otro dependiendo de una doctrina en elaboración. Y esto es algo que previsiblemente va a seguir sucediendo, pues como se ha dicho, quedan aún abiertos muchos interrogantes y faltan varias cuestiones prejudiciales por resolver.

Es evidente que la jurisprudencia del TJUE está siendo el nuevo revulsivo del régimen del empleo público español. Régimen que se construye partiendo de una diferenciación clara entre personal estable y temporal que, reconózcase, viene fundamentada en la atribución discrecional a este último de derechos y obligaciones precisamente en base a esa temporalidad. ¿Significa esto que hay replantearse las categorías y fundamentos del derecho del empleo público en España, avalados por el TC<sup>46</sup>? Desde luego, una radical atención a la jurisprudencia co-

46 Como afirmó la STC 7/1984, de 18 de enero, las diversas categorías funcionariales son estructuras creadas por el derecho entre las que, en principio, no puede exigirse un tratamiento igualitario, resultando admisible la diferencia.

munitaria aparentaría llevar a eso. Si no se ha considerado que rasgos básicos del derecho funcionarial español sean *per se* razones objetivas que justifiquen un trato distinto a los empleados temporales; si se ha entendido que menores exigencias para el acceso y acreditación del mérito y capacidad, o la vinculación estricta al puesto (especialmente clara en el caso de los interinos) son solo razones abstractas y generales y no objetivas, sería lo que correspondería. Parece, sin embargo, una decisión demasiado dramática. El sistema de empleo público basado en la función pública seleccionada conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad funciona razonablemente bien para sus dimensiones. No hay que llevarse a engaño, y se debe admitir que a veces las exigencias de acceso al empleo temporal (sobre todo funcionariado interino) no cubren un mínimo admisible. Tendiendo a la homologación, se facilita el desarrollo de una «carrera interina» paralela que en algunos aspectos puede ser discriminatoria para el funcionario de carrera. Una buena posición en las listas de interinos puede ser mejor que acceder a la función pública, pues garantiza mejores destinos. Y así, ¿merece la pena el esfuerzo? Evidentemente los actuales sistemas de selección no siempre son los mejores para ponderar el mérito y la capacidad: muy memorísticos, rígidos en las pruebas, etc. Esto se puede y se debe mejorar. Sin embargo, no se puede evitar dudar de que la solución a los problemas del empleo público pasen por una quasi identificación progresiva entre empleados fijos y temporales, sobre todo porque tanto estos últimos (a quienes, por supuesto, no se desea ningún perjuicio, sino toda la valoración que merezca su trabajo y su pronto ingreso en el empleo estable) como las Administraciones deben ser conscientes de esta temporalidad; de que los principios igualdad, mérito y capacidad son insoslayables y una garantía (por lo menos, la que ha consagrado la CE) de calidad profesional, y de que a la larga, ninguno se beneficia de estos abusos.

Donde merecería la pena esforzarse es en idear unas mayores consecuencias para la Administración por el abuso. Y aquí el legislador es el que realmente tiene la palabra. Retomar la idea de la responsabilidad personal para las autoridades que permitan estas prácticas no es descabellada. Con calma y con rigor, sin parches que generen confusión, incertidumbre y falta de seguridad jurídica.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELTRÁN DE HEREDIA, I. (2019): «La jurisprudencia social sobre personal indefinido no fijo laboral», ponencia presentada a la *Jornada sobre personal Indefinido no fijo*, Universidad de Murcia, 7 de noviembre de 2019.
- CAMPOS DAROCA, J.M. (2017): *Empleo público y fraude en la contratación temporal*, Wolters Kluwer, Madrid, 426 pp.

- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2016): «Principales cambios producidos en la figura del funcionario interino en virtud de la reciente jurisprudencia comunitaria y perspectivas de futuro», *Seminario de actualización de la función pública local*, Federación de Municipios de Cataluña, 27 pp.
- (2017): «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 12, pp. 8-29.
- CASAS BAHAMONDE, M.E. (2019): «El fraude en la contratación temporal: su duración inusualmente larga (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3, 10 pp.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013): «Los falsos empleados públicos: el personal eventual», *Revista General de Derecho Administrativo*, 34, Iustel.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2018): *Función pública y Derecho Europeo*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor, 347 pp.
- GÓMEZ GORDILLO, R. (2017): «Prohibición de discriminación e indemnización por finalización de los contratos de trabajo de duración determinada», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, pp. 233-255.
- MARINA JALVO, B. (2016): «El derecho del personal eventual a percibir trienios. Comentarios a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015 y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2016», *Revista de Administración Pública*, 201.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2016): «La reformulación del status de los empleados públicos a la luz del derecho comunitario: el reconocimiento del derecho a sexenios de los interinos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 57, pp. 75-105.
- PRECIADO DOMENECH, C.H. (2016): *La contratación temporal tras las SSTJUE, de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, Bomarzo, Albacete, 146 pp.
- ROSA MORENO, J. (2019): «La temporalidad en la función pública local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 10, pp. 367-424.
- SÁNCHEZ MORÓN M. (2012): «Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección», *Revista de Administración Pública*, 187, pp. 379-395.
- (2019a): «La consagración del funcionario interino indefinido», *Revista de Administración Pública*, 208, pp. 223-238.
  - (2019b): *Derecho de la función pública*, Tecnos, 12<sup>a</sup> ed., 376 pp.