

DERECHOS LABORALES DEL PERSONAL FUNCIONARIO: A GOLPE DE JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Juan Piña Miguel
Abogado

“la naturaleza jurídica sui generis de una relación laboral a la luz del Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión”

Caso Fenoll Sentencia 26.3.2015

SUMARIO: 11. Introducción. 2. El fenómeno de la intervención del TJUE. Caso trienios. 3. Premisas y algunos datos para entender la importancia del fenómeno en el ámbito laboral de las AAPP. 4. Las tres sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016. 5. Principales reacciones y cuestiones que se plantean: reacción del Estado español; reacción de los Tribunales; cuestiones que se susciten. 6. Efectos en los Tribunales españoles: a. Utilización abusiva de contratos temporales en el sector público; b. Pago de indemnización a personal laboral del sector público; c. Pago de indemnización a personal funcionario temporal; d. Nuevas cuestiones prejudiciales. 7. Otras intervenciones del TJUE. 8. Recapitulación. Anexo I: análisis pormenorizado de las sentencias del TJUE de 16 de septiembre de 2016.

RESUMEN

Las garantías laborales mínimas del personal funcionario a luz de la Jurisprudencia del TJUE. Especial referencia a las sentencias de 14 de septiembre de 2016.

ABSTRACT

The minimum labor rights and guarantees of civil servants in the light of TJUE'S jurisprudence. Special reference to the three Spanish cases of 14 September 2016.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo recoge la ponencia del mismo título impartida en el Congreso de Derecho y Salud de junio de 2017, en Palma de Mallorca. Dada la naturaleza oral y analítica de la ponencia, el formato de este trabajo es esquemático y tiene su complemento en el documento online de PreziNext, “*Derechos laborales de los funcionarios a la luz del TJUE*”.

El trabajo pretende aprovechar el análisis de las tres Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea dictadas el 14 de septiembre de 2016, (afectantes las tres a la contratación española de función pública y que tanto revuelo han levantado en nuestro país), para reflexionar sobre la dualidad laboral/estatutaria de toda relación funcional: en nuestro país la mención que el artículo 103.3 CE hace a la regulación legal del estatuto de los funcionarios públicos y de sus particularidades ha llevado a la errónea creencia de que tal regulación legal puede moldear a su antojo las condiciones laborales de dicho personal, prácticamente sin límite alguno. Ha tenido que ser la Jurisprudencia, muy especialmente la comunitaria, la que haya corregido tal confusión, recordando que el funcionario cuenta con unas garantías fundamentales frente a su empleador, como cualquier trabajador, las cuales solo pueden ser limitadas en cuanto tal limitación responda directamente a la configuración del servicio público encomendado. Esta diferenciación ha tenido que realizarse caso por caso, casi a sangre y fuego, dada la espectacular reticencia del legislador español y de la Administración-empresario a aceptar esa cesión de poder.

El análisis de tal dualidad desde la perspectiva comunitaria nos deja otros detalles de máximo interés en este ámbito del derecho: la transcendencia y el impacto del Derecho comunitario en el día a día nacional; la relativa sencillez con la que actúa y se hace presente en los Tribunales nacionales; y la efectiva constatación de la existencia de derechos laborales mínimos para todos los trabajadores, funcionarios incluidos.

Tras la publicación del Estatuto Básico del Empleado Público, algún Tribunal español ya advirtió de que el EBEP *“reconoce, en la línea seguida ya con anterioridad al nuevo Estatuto, la creciente aproximación de las condiciones de empleo que afectan a funcionarios y a personal laboral, ... En definitiva, cada vez es menor o inexistente la diferenciación en la regulación de determinados aspectos de la relación funcional y laboral”*. Pero esta advertencia se quedó muy corta: ni el EBEP realizó una unificación de derechos básicos al nivel que ya estaba reclamando el derecho vigente de la Unión Europea; ni la planteamiento conceptual era el acertado, ya que no se trata de una aproximación de regímenes entre dos sujetos diferenciados (trabajador y funcionario), se trata de la constatación de que hay un único régimen básico para todo trabajador, que, en el caso del funcionario, puede contener límites y exigencias diferenciadas, siempre que las mismas deriven y sean necesarias para la concreta configuración del servicio público que tengan encomendado. Es un planteamiento conceptualmente distinto.

2. EL FENÓMENO DE LA INTERVENCIÓN DEL TJUE: CASO TRIENIOS

La ejemplificación más sencilla y completa de lo que estamos comentando la encontramos en el caso del reconocimiento de los trienios al personal funcionario temporal. En España había venido siendo tradición mantener un régimen retributivo diferente para el personal funcionario fijo y el temporal. Entre otras cosas, el personal temporal no tenía derecho al reconocimiento y cobro de los trienios. Tal diferencia retributiva adquirió enorme relevancia con el impresionante aumento del número de funcionarios, la abusiva duración de las contrataciones temporales (en el año 2014 más del 32% del personal temporal contaba con más de 10 años de antigüedad, en el ámbito sanitario) y la conversión en funcionarios de colectivos muy numerosos de empleados públicos (p.ej. personal estatutario de los servicios de salud). Ni el legislador español ni la Administración Pública reaccionaron ante tal realidad claramente atentatoria y discriminatoria, sino que profundizaron en su utilización, encumbrándolo como un instrumento imaginativo de gestión eficiente de personal.

En este contexto, el toma y daca para el reconocimiento de los trienios tuvo los siguientes pasos:

- El año 1999 la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, aprueba el Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, cuya intención declarada es acabar con la utilización abusiva de contrataciones temporales y, como instrumento esencial para lucha contra el abuso, introduce el principio general de no discriminación, que dice así: *“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.”*

Cualquier observador imparcial hubiera entendido que dicho principio era radicalmente contrario mantener al personal temporal sin cobrar trienios, en clara diferencia con el personal fijo. Sin embargo, el legislador español hizo caso omiso de esa prohibición y no solo siguió sin reconocer trienios al personal temporal, sino que en el año 2003 dictó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Ley 53/2003, de 26 de diciembre, cuyo

artículo 44 negaba expresamente el cobro de los trienios al personal temporal¹.

El personal afectado tuvo que acudir a los Tribunales para hacer valer la eficacia del derecho a la no discriminación, llegando a plantearse la cuestión ante el TJUE, que dictó la importante Sentencia del caso del Cerro Alonso, 13 de septiembre de 2007. Esta Sentencia reconoce el derecho del personal temporal a cobrar trienios, en aplicación del principio de no discriminación incluido en el artículo 4 del Acuerdo Marco. Pero, además, hace diversas puntualizaciones que son de gran interés:

- Establece que el principio de no discriminación es una disposición protectora de carácter mínimo.
- Confirma que, al efecto de aplicar tal disposición mínima, es irrelevante pertenecer a la función pública, pues es aplicable al sector público.
- Manifiesta que es contrario al Acuerdo Marco justificar una diferencia de trato en la mera circunstancia de que dicha diferencia de trato esté prevista en una disposición legal de un Estado.
- Y confirma que la aplicabilidad directa de la Directiva permite al Juez nacional inaplicar la Ley nacional que sea contraria a la misma.

Toda una declaración de intenciones y aviso a navegantes.

- Ante esta situación, se dicta el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, el cual reconoce por fin el derecho del personal temporal a perfeccionar y cobrar trienios en los mismos términos que el personal fijo. Sin embargo, este reconocimiento no es completo, sino que el EBEP opta por declarar que tal derecho al trienio no tiene efectos retroactivos², retratando de nuevo las retenciones a legalizar un trato no discriminatorio.

¹ “Artículo 44. Retribuciones del personal temporal. El personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios.”

² El artículo 25 relativo a las Retribuciones de los Funcionarios Interinos, en su apartado 2 dice: “Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retroactivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo.”

- Y de nuevo los afectados se ven obligados a acudir a los Tribunales. Y de nuevo le toca pronunciarse al TJUE en contra de esta retención española en la Sentencia del caso Gavieirio Gavieirio, de 22 de diciembre de 2010. En esta Sentencia el TJUE falla que la limitación a reclamar trienios retroactivamente es contraria al principio de no discriminación y, por tanto, inaplicable. Y de nuevo el TJUE aprovecha para reafirmar la supremacía del derecho comunitario, al aclarar que aunque exista normativa nacional de transposición de una Directiva, si esta transposición no respeta la finalidad de la Directiva, la misma debe inaplicarse, correspondiendo a los Tribunales nacionales garantizar la medidas necesarias para el cumplimiento de los fines de la Directiva.

- Esta última Sentencia del TJUE parecería que debiera haber acabado con esta inercia discriminatoria, pero por desgracia es una tendencia demasiado arraigada y fue entonces la Administración la que se negó a reconocer al personal temporal que ese mismo período que sí servía para perfeccionar y cobrar trienios fuera también reconocido como servicios prestados a efectos de participar en procesos de provisión. Así la ... negó al personal ya fijo el reconocimiento de los servicios prestados como temporal a los efectos de ser computados como mérito.

- Sí, los afectados acudieron de nuevo a los Tribunales y, de nuevo, el TJUE dictó Sentencia declarando la ilegalidad de tal práctica administrativa discriminatoria. Es la Sentencia del caso Rosado Santana que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un interino no sean tenidos en cuenta en procedimientos de provisión. Sentencia que también nos deja dos matices de gran interés: en primer lugar desautoriza al Tribunal Constitucional español, que había declarado que tal medida no era discriminatoria y vuelve a declarar la primacía del derecho y la jurisprudencia comunitaria sobre el derecho y jurisprudencia nacional. Y, en segundo lugar, apela al principio de eficacia para reconocer la virtualidad del principio de no discriminación incluso por encima de las normas procesales nacionales y resuelve que el plazo de dos meses para impugnar las bases no podía oponerse a un funcionario, candidato a dicho proceso selectivo, si podía hacer imposible o difícil el ejercicio de los derechos conferidos en el Acuerdo Marco, matizando fatalmente el dogma inveterado de que las bases son la ley del concurso y son inamovibles si no han sido impugnadas.

De esta manera, tras el análisis del caso de los trienios del personal funcionario temporal, podemos destacar las tres grandes claves que enmarcan esta cuestión: (i) las evidentes reticencias de la Administración y del legislador nacional a reconocer derechos *laborales* al personal funcionario y a adaptarse a las exigencias comunitarias; (ii) la formulación clara y tajante, por parte del TJUE, del concepto de un único sujeto trabajador a efectos de reconocerle garantías laborales básicas, sin admitir distinción basada en el sujeto empleador; y (iii) la evidente primacía del derecho comunitario, que cuenta con variados instrumentos que garantizan su aplicación por encima de la norma nacional.

3. PREMISAS Y ALGUNOS DATOS PARA ENTENDER LA IMPORTANCIA DEL FENÓMENO EN EL ÁMBITO LABORAL DE LAS AAPP

a) Estamos ante una cuestión crucial en materia de función pública no solo por su ámbito de afectación y por su relevancia económica, sino que, sobre todo, por la afectación esencial a la seguridad jurídica y a la confianza ciudadana: ningún Estado puede permitirse estar continuamente en *barbecho*, ser continuo generador de arbitrariedades y ser corregido continuamente por autoridades superiores. La sensación que se transmite es la del Estado *contra* el ciudadano, la cual es esencialmente subversiva y es muy peligrosa.

b) Efectivamente, en el año 2016 contábamos en España con 2.523.413 empleados públicos, lo que da fe de la importancia de su ámbito de afectación. Solo en el ámbito sanitario, el gasto de personal representa el 50% del gasto sanitario total, lo que supuso un gasto de 27.891M€ en 2014, lo que confirma la trascendencia económica. Si a ello le añadimos una tasa de temporalidad, también para el personal sanitario, cercana al 40%, comprobamos entonces que la cuestión de personal no es cuestión baladí y no puede ser objeto ni de despidos permanentes, ni de experimentos de gestión.

c) De estos más de dos millones y medio de empleados públicos, aproximadamente una cuarta parte es personal laboral, sin que se distinga especialmente entre la contratación entre uno y otro personal en la mayoría de ámbitos, salvo supuestos muy concretos, lo que difumina totalmente la distinción entre uno y otro tipo de personal. En este punto, la Jurisprudencia del TJUE viene reiterando machaconamente

que una diferencia de trato entre trabajadores a los efectos del Derecho de la Unión solo puede justificarse si la misma deriva directamente del ejercicio de funciones públicas, no por la mera calificación de funcionario en el derecho interno. Precisamente el caso del personal estatutario es paradigmático: en varias CCAA esas funciones las ejerce personal laboral, mientras que en otras los consideran funcionarios. Además, hasta los años 2003/2005 sus litigios se resolvían en la Jurisdicción Social, recalando de tal manera su condición de personal laboral. Su paso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se hizo por la puerta de atrás, producto más de la desidia que de una verdadera sistemática y conceptualización.

d) El Ordenamiento español garantiza una serie de derechos laborales básicos e irrenunciables a los trabajadores, cuya aplicación al personal funcionario está lejos de ser clara y pacífica: Prohibición de renuncia anticipada de derechos, 5 y 6. Carácter laboral de la prestación de servicios, 7, 8, 9 y 10. Existencia de relación laboral y reconocimiento de antigüedad, 11. Duración del contrato, 12 y 13. Indisponibilidad en materia salarial, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Derecho a vacaciones anuales, 21. Cláusula contractual de polivalencia funcional, 22. Pacto de permanencia en la empresa, 23. Pacto de plena dedicación, 24. Modificación sustancial de condiciones de trabajo, 25. Sucesión de empresa, 26 y 27. Extinción del contrato: Renuncia de derechos y libertad extintiva del trabajador: diferencias, 28 y 29. Doble dimensión del finiquito: alcance extintivo y valor liberatorio, 30. Alcance extintivo del finiquito, 31, 32 y 33. Alcance liberatorio del finiquito: límites, 34 y 35. Desistimiento del empleador, 36. Disponibilidad condicionada de la indemnización por despido colectivo, 37 y 38. Renuncia al ejercicio de acciones contra la empresa, 39. Derecho a la huelga (art. 28.2 CE). Derecho al trabajo y deber de trabajar (art. 35.1 CE). Derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE). Derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE). Derecho a la suficiencia e igualdad salariales (art. 35.1 CE). Derecho a la formación y readaptación profesionales (art. 40.2 CE). Derecho a la salud y seguridad laboral (art. 40.2 CE). Derecho al descanso (jornada laboral limitada y vacaciones retribuidas) (art. 40.2 CE). Derecho a la libertad sindical, es decir, libertad para afiliarse o no a un sindicato, además de libertad para fundar sindicatos y formar confederaciones y organizaciones sindicales internacionales (art. 28.1 CE). Derecho a la huelga (art. 28.2 CE), entendido en esta vertiente colectiva como el derecho del sindicato a poder promoverla, negociar servicios mínimos, etc.

e) Por su parte, el Ordenamiento comunitario ha sido y está siendo más claro en la configuración de los derechos laborales mínimos, aplicables a todos los trabajadores, sin importar la condición pública o privada del empleador, si bien su campo de aplicación es más reducido, habiendo surgido no como una regulación global sino como defensa de libertades en campos específicos. Podemos destacar las siguientes:

i. **Libertades económicas fundamentales:** libertad de circulación en el mercado único:

i.1. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados de la Unión, salvo *“empleos que implican realmente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas”* (STJUE 24 mayo 2011). Configurada como un pilar esencial de la organización comunitaria, la Jurisprudencia del TJUE ha analizado en profundidad la naturaleza y el alcance de esta libertad fundamental de circulación y, en cuanto aquí nos ocupa, ha cuestionado las definiciones nacionales de funcionario y empleado público, exigiendo que tal condición esté ligada al ejercicio real del poder o interés general, desvinculando tal condición de la mera nomenclatura o regulación nacional. Así, por ejemplo el Tribunal de Justicia deja claro que la excepción establecida el Tratado constitutivo (antiguo artículo 48.4 Tratado CE y vigente artículo 45.4 TFUE) se refiere únicamente al acceso de nacionales de otros Estados miembros a determinadas funciones en la Administración Pública pero *«no a las actividades de médico especialista, que no implican participación alguna, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas»* Sentencia Schöning-Kougebetopoulou.

i.2. Reconocimiento de diplomas y títulos obtenidos en la UE para acceder al empleo público.

i.3. Reconocimiento y adquisición de experiencias profesionales en la UE.

ii. **Armonización de las legislaciones nacionales** y los derechos de los empleados públicos. El campo más amplio de intervención, y que va

camino de agrandarse y ser el marco definitivo de elaboración de un derecho laboral común a todos los ciudadanos, -funcionarios incluidos-, es el de la armonización de las legislaciones nacionales. Intervención de armonización que pretende reactivarse con fuerza tras la superación de la crisis económica en la Recomendación 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Los principales campos de intervención son:

ii.1. Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

ii. 2. Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

ii. 3. Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada.

ii. 4. Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

ii. 5. Directiva 2001/23/CE sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas.

ii. 6. Directiva 2003/88/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo (vacaciones y jornada máxima).

ii. 7. Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, de Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

iii. **Principios generales del Derecho comunitario**, entre ellos el de seguridad jurídica, efectividad y confianza legítima. Es precisamente este ámbito de los principios generales del Derecho, donde más clara se ve la vocación intervencionista en la regulación laboral, pues el TJUE está recurriendo cada día más a ellos para solucionar cuestiones nacionales, dotándoles de una supremacía y aplicación directa ciertamente discutible, pero imparabile.

f) La definición del **concepto de trabajador** es la gran aportación que ha realizado la Jurisprudencia del TJUE en esta cuestión. Es cierto que el TJUE no ha establecido una definición global, para todos los ámbitos y procesos, sino que la ha ido elaborando para determinar el sujeto pasivo digno de protección en cada una de las materias que ha regulado la UE. Así ha definido el concepto de trabajador a los efectos de aplicación de la libertad fundamental de circulación. Igualmente lo ha definido para determinar quién resulta protegible en el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación del trabajador temporal que aquí nos ocupa. Y así lo ha ido haciendo en cada uno de los ámbitos sometidos a su protección. Lo relevante es que, a pesar de no haber expresado un concepto universal, el encaje del empleado público en estos ámbitos de protección siempre es el mismo, lo que nos permite extraer un concepto claro de trabajador público a los efectos de la aplicación de las garantías laborales mínimas protegidas por el Derecho de la Unión. El concepto sería el siguiente: *“el concepto de trabajador; ..., engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello con independencia de la calificación de su contrato en Derecho interno.”* (Caso Adeler y otros 4.6.06), quedando fuera de esa protección tan solo los *“empleos que implican realmente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas”*, y tan solo en la medida que esa *“participación en el ejercicio del poder público justifique la aplicación de una excepción en la protección del trabajador”*.

g) Aplicación del derecho comunitario. Nadie niega ya la primacía del derecho comunitario, pero su aplicación no está exenta de incertidumbres³. A nivel

³ *“Con frecuencia los operadores jurídicos se enfrentan de la normativa de la Unión Europea con un sinnúmero de incertidumbres sobre cómo y con qué alcance deben observarla, especialmente cuando toman como referencia la, en algunos aspectos errática, jurisprudencia comunitaria. No en vano, aunque en principio la distribución competencial entre los Estados y la Unión está debidamente definida, y las normas emanadas de esta institución supraestatal tienen claramente identificadas sus funciones y su régimen aplicativo, lo cierto es que en los últimos tiempos se ha ido instalando en el TJUE una tendencia que, en cierta medida, pone en jaque cuanto conocemos sobre el Derecho de la Unión y su efectividad en el territorio de los Estados parte. Nos referimos a cierta propensión a dar eficacia directa a algunas Directivas convirtiéndolas en normas directamente invocables entre particulares.”* Paz Menéndez Sebastián en *“A vueltas con el efecto directo horizontal de algunos derechos laborales y su posible repercusión en el sistema laboral español”*.

esquemático bastaría decir que, en principio, solo los Tratados y los Reglamentos tienen aplicación directa en los Estados. No así las Directivas, las cuales precisan de la transposición por la normativa del Estado correspondiente. Sin embargo, la Jurisprudencia, entendiendo que si el Estado no cumple puntualmente o correctamente su obligación de acatamiento de la Directiva, ha generado toda una doctrina que dota de efectos reales y directos a las Directivas: los principios de interpretación conforme y de aplicación conforme, los cuales permitirían a los Tribunales nacionales llegar a inaplicar la normativa nacional que considere contraria a la Directiva, alcanzando así, por otra vía la posibilidad de desplazar la normativa nacional. Pero el TJUE ha ido todavía más lejos y ha proclamado la aplicación directa de determinados principios generales del Derecho comunitario, ahondando en la tendencia intervencionista que *“empoderará”* a los jueces nacionales frente al Derecho nacional y que aquí venimos comentando.

h) La importancia y supremacía del Derecho comunitario, así como las reticencias de los poderes públicos en su aplicación, determinaron la necesidad de modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que en su artículo único introduce un nuevo artículo 4 bis en la LOPJ, con la siguiente redacción. **Artículo 4 bis.** 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes. **La Exposición de Motivos de esta Ley explica así la necesidad de introducir el nuevo artículo 4 bis:** *“La progresiva internacionalización de las relaciones personales y empresariales de los ciudadanos de nuestro país exige una actualización de los criterios de atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles del orden civil. La necesidad de esta actualización se hace evidente si se tiene en consideración que el momento en el que fue redactado el vigente artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el proceso de internacionalización de España se encontraba en un momento muy inicial. De hecho, ni siquiera se había culminado la incorporación plena al ámbito de la Unión Europea. Por esta misma razón, resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión*

Europea. En paralelo, y como corolario del sistema, se determina la forma en la que en nuestro ordenamiento ha de plantearse procesalmente el principal cauce de diálogo entre el Juez español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la cuestión prejudicial. Con ello, se profundiza en la búsqueda de mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos.”

4. LAS TRES SENTENCIAS DEL TJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016.

Las tres son empleo público y dos de ellas afectan al Sistema Nacional de Salud, que es precisamente uno de los sectores más afectados por este vaivén conceptual y de protección; sector en el que se mantiene esta dualidad de regímenes laboral y funcionario sin justificación conceptual alguna y habiendo sufrido también, sin justificación alguna, una dualidad de Jurisdicciones competentes, -la Social y la Contencioso-Administrativa-, que ha agravado la indefinición y arbitrariedad en su tratamiento. Son las siguientes:

1. Madrid **Caso Pérez López vs Servicio Madrileño de Salud** que concluye la ilegalidad de cubrir plazas estructurales con contratos temporales y la obligación de crear plazas estructurales.

2. País Vasco **Caso Martínez Andrés vs Servicio Vasco de Salud**, C-184/15 y C-197/15), que se opone a la diferencia de trato que existe en Derecho español entre el personal laboral y el personal administrativo en punto al reconocimiento del mantenimiento de la relación laboral en caso de utilización abusiva de contratos temporales y *crea* la figura del personal funcionario indefinido por fraude de ley.

3. Madrid **Caso Diego Porras vs Ministerio de Defensa** que establece que la indemnización por finalización de contrato es “condición de trabajo” a los efectos garantistas de la Directiva 199/70/CE y, por tanto, no es correcto pagar una indemnización menor al trabajador temporal (en ese caso un interino laboral) frente al trabajador fijo *comparable*, también laboral.

Para facilitar la mayor inteligibilidad del presente trabajo, el análisis exhaustivo de las tres sentencias se realiza en el Anexo 1.

Las **conclusiones básicas** sobre la doctrina que conjuntamente crean estas sentencias son las siguientes:

a. Las tres luchan contra la precariedad laboral, pero podemos distinguir las dos primeras, que tratan sobre la utilización abusiva del contrato temporal, cláusula 5 del Acuerdo Marco; y la tercera, que trata del principio de no discriminación, cláusula 4 del Acuerdo Marco. Las dos primeras se plantean si la contratación sucesiva de personal eventual al amparo del 9.3 del Estatuto Marco del Personal Sanitario de los Servicios de Salud es correcta: la primera de manera más tímida, planteando si la cláusula de control que establece el 9.3 EM es realmente garantía suficiente, pues no somete a obligación la creación de plazas estructurales; y la segunda de manera más directa, planteando si, vista la falta de garantías del 9.3 EM, sería acertado aplicar a este personal temporal en fraude de ley la misma solución que se da en el ámbito laboral, esto es, convertir en indefinida la relación contractual. Por su parte, la Sentencia del caso de Diego Porras acuerda igualar la indemnización de personal laboral interino con la del fijo, en base al principio de no discriminación.

b. Para los dos primeros casos, el TJUE declara que las garantías contra la utilización abusiva de contratos temporales establecidas en el 9.3 EM no son suficientes y que, por tanto, y hasta no se legisle una solución efectiva contra el abuso en la contratación temporal, en virtud de los principios de equivalencia y efectividad, una solución como la aplicada en el mundo laboral es correcta. Más importante aún, aunque sea como mera expectativa de lo que ha de venir, el TJUE admite la consiguiente indemnización del personal estatutario temporal cuando finalice su contratación, aunque no se haya planteado correctamente el marco de comparación en la cuestión prejudicial.

c. Estas Sentencias alcanzan una transcendencia enorme, cuyas consecuencias ya están cambiando de forma definitiva el panorama de la contratación pública temporal en nuestro país.

i. En primer lugar, al conjugarse el efecto mediático de tres sentencias clave, con la especificidad e importancia de sus declaraciones, ha conseguido una publicidad y un efecto llamada en la Administración y Jurisdicción española que podría situar a la precariedad de la contratación pública temporal en un escenario de no retorno.

- ii. En segundo lugar, la contundencia de las declaraciones del TJUE, que advierte a todas las autoridades nacionales de la obligación de actuar en sus respectivos ámbitos para evitar la utilización abusiva de contratos temporales; como la flexibilidad y sencillez que transmite a estas mismas autoridades en la utilización que el TJUE hace de los principios de equivalencia y efectividad, supone un estímulo y un “empoderamiento” a estas autoridades en el ejercicio de sus competencias de protección laboral. Como se verá, el TJUE entiende que los principios de equivalencia y efectividad legitiman a las autoridades nacionales, especialmente a las autoridades judiciales, a inaplicar las leyes nacionales si, en interpretación de esas autoridades, tales leyes son incompatibles con la aplicación de la normativa europea de protección. Y, además, anima a las mismas autoridades a buscar soluciones *imaginativas y constructivas* que garanticen en el caso concreto la efectividad de la doctrina protectora europea. Todo un caramelo para el ejercicio de la función jurisdiccional.
- iii. Por último, estas sentencias confirman que la supremacía del Derecho de la Unión y las potestades de las autoridades nacionales no se limitan a inaplicar o sustituir leyes nacionales en cuanto a su contenido sustantivo, sino que el principio de efectividad alcanza también al aspecto procesal del ejercicio del derecho, pudiendo/debiendo las autoridades nacionales interpretar e inaplicar las leyes procesales en cuanto dificulten el ejercicio de los derechos protegidos por la normativa protectora de la Unión. Casi nada.

5. ¿COMO AFECTA TODO ESTO A NUESTRO PAÍS? ¿QUÉ VA A HACER EL ESTADO ESPAÑOL? Y ¿QUÉ PROBLEMÁTICA CONCRETA SE SUSCITA?.

a) La importancia de esta cuestión queda perfectamente reflejada en la triple reacción del Estado español:

- i. Creación de una comisión de expertos para evaluar el impacto de las sentencias y proponer medidas a adoptar. Comisión tripartita de la Ministra de Empleo y Seguridad Social con los agentes sociales y la patronal.

No puede decirse que fuera una sorpresa su conclusión: aplazar la adopción de medidas hasta que recaigan nuevos pronunciamientos del TJUE, que aclare algo más la cuestión, manteniendo por tanto el panorama en situación de indefinición e inseguridad jurídica y dejando la iniciativa a estamentos no nacionales.

- ii. Emisión inmediata de oferta de empleo público para minimizar la temporalidad en el sector público, activado mediante el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público firmado en Madrid a 29 de marzo de 2017, haciéndose eco de la doctrina europea contra la temporalidad.
- iii. Presiones políticas al TJUE para conseguir matizar la doctrina emanada de las sentencias citadas. Ni el alcance de este trabajo, ni las capacidades de quien lo firma pueden constatar con exactitud tal realidad, pero lo cierto es que en febrero de 2017 el Presidente del TJUE realizó unas declaraciones en las que de alguna manera reconocía que se habían equivocado con esas sentencias y que “no habían entendido bien el problema”. No da esa impresión cuando lees las sentencias...

b) En todo caso, la vida sigue y más allá de las reacciones políticas, lo cierto es que el impacto jurídico ha sido y está siendo espectacular, especialmente porque la nueva doctrina deja multitud de cuestiones al aire y los Tribunales españoles se han lanzado a dar su propia opinión:

- i. ¿Es ilegal cualquier sucesión de contratos eventuales o solo los que no respondan a una verdadera eventualidad? El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que sí que es ilegal, visto el contexto generalizado de defraudación. Sentencia de 2 de mayo de 2017.
- ii. ¿Quién tiene la carga de probar la verdadera causa o “razón objetiva”? Según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Sevilla, de 30 de septiembre de 2016, la carga de la prueba de la existencia de una causa objetiva es de la Administración, lo que es lo mismo que decir que en estos contratos se presume la utilización abusiva.

iii. ¿Qué sucede con el personal convertido en interino?

1. ¿Se puede amortizar su plaza? STS 23/3/17 no admite amortización simple de los indefinidos no fijos. Siguiendo la última de las precitadas: “ *En definitiva, tanto en los supuestos de una interinidad por vacante, como en los de transformación de la contratación inicial o formalmente temporal en contratos de trabajo de indefinidos no fijos, la amortización de la plaza desempeñada no está legalmente prevista como causa extintiva de estos contratos; y, por ello, para poder extinguir los contratos sin haber cubierto previa y reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET ...*”; “ *Congruentemente, la conclusión no puede ser otra que la de entender que, para extinguir la relación laboral de los actores en su condición de trabajadores indefinidos no fijos, el Ayuntamiento demandado debió seguir el cauce del art. 51 ET, dado que el número de demandantes pone de relieve que se superaban los umbrales que delimitan el despido colectivo (ap. 1 c) del citado art. 51 ET). Al no haberlo hecho así, el cese de los mismos es constitutivo de despido que ha de ser calificado como nulo a tenor de lo dispuesto en el art. 51.1 último párrafo ET y 122.2 b) LRJS, por no haberse seguido el trámite adecuado, con las consecuencias legales inherentes de acuerdo con el art. 55.6 ET “.*

2. ¿Tendrá derecho a indemnización el funcionario interino cuando sea cesado por cobertura de plaza? Así lo da a entender la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, que resuelve de manera definitiva el caso de Martínez Andrés y ya lo están aplicando algunos Juzgados del país.

iv. ¿Se puede extender la doctrina Diego Porras a otros tipos de contratos, como los laborales eventuales, de relevo o indefinidos? ¿Y a los contratos temporales de personal funcionario y estatutario? Están recayendo multitud de sentencias con gran división de opiniones.

v. ¿Cabe en base a esta doctrina un procedimiento de consolidación más allá del

establecido en la disposición transitoria 4ª EBEP? El goteo de consolidaciones de personal temporal que supondrá la aplicación de la doctrina europea, y la amenaza de tener que indemnizar a todo el personal temporal cuando llegue su cese, obligará a plantear una solución de consolidación de empleo a gran escala, cosa que ya se está planteando abiertamente.

vi. ¿Es aplicable la doctrina Diego Porras entre particulares? La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga 16 nov 2016, a un contrato de obra o servicio formalizado por una empresa filial de Tragsa. En este caso, la sede de Málaga del TSJ Andalucía deniega la indemnización, dado el carácter privado de la empleadora y que las Directivas de la UE no tienen efecto directo horizontal, entre particulares. “Las Directivas de la Unión Europea no tienen efecto directo horizontal, entre particulares -a estos efectos, la empresa demandada es un particular- excepto en el caso de que desarrollen normas antidiscriminatorias. Y de acuerdo con los Tratados de la Unión Europea el tratamiento diferente entre trabajadores fijos y trabajadores temporales no puede considerarse como una discriminación en sentido propio. Por ello, la Sala concluye, al contrario que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de octubre de 2016 -recurso 1872/2016-, que el contenido de la antes aludida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene efecto directo en la relación laboral de demandante y empresa demandada, y que tampoco cabe hacer una “interpretación conforme” del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores con el contenido de dicha sentencia, dados los términos claros y contundentes que no dejan lugar a dudas de que la indemnización correspondiente al cese del contrato temporal de la demandante era de doce días por año de duración del mismo”. No obstante, apunta que la trabajadora tiene la posibilidad de “reclamar frente al Estado, con base en la incorrecta transposición de la Directiva 1999/70 al derecho interno, la diferencia entre la indemnización percibida y la indemnización correspondiente a veinte días de salario por año trabajado, como consecuencia del cese de la misma producido el 31 de mayo de 2014”.

6. EFECTOS EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

Gracias al estupendo trabajo y seguimiento del profesor Ignasi Beltrán en su blog “*Una mirada crítica a las relaciones laborales*”, podemos estar al día de las reacciones más importantes de los Tribunales nacionales respecto a las tres sentencias del TJUE. Podemos agruparlos en los siguientes apartados:

6.1. Utilización abusiva de contratos temporales en el sector público

a) **STJ Cataluña 2 de mayo de 2017 Sala de lo Social en Pleno XHUP**, que establece que la sucesión (263) de contratos de interinidad –laborales- es abusiva aunque sea legal y convierte la relación en indefinida no fija. “*las interinidades masivas y las cadenas indefinidas de contratos interinos son fraudulentos en tanto que al amparo de una modalidad prevista en la Ley, persiguen un resultado contrario a la misma como es el de crear un cuerpo de trabajadores temporales para cubrir puestos de trabajo permanentes*”. De modo que afirma “*a la vista de los hechos acreditados, se evidencia que el Hospital Clínic de Barcelona utiliza de forma regular contratos de interinidad o eventuales para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, de forma que, en claro abuso de derecho, mantiene un cuerpo de trabajadores suplentes paralelo al cuerpo de trabajadores fijos, manteniéndose así dos tipos de plantilla, la permanente fija y estable y la de sustitución temporal y precaria*”. A continuación, la sentencia se centra en la justificación de la aplicación de la doctrina Pérez López al presente caso, afirmando que, “*de la doctrina del TJUE se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, debe poderse aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con el objeto de eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión*”. De hecho, siguiendo con la exposición del TSJ, a pesar de que en el citado caso, el TJUE admite la posibilidad de celebrar contratos temporales en situaciones objetivas de necesidad, debe recalcar que también distingue estos supuestos “*de las contrataciones temporales para cubrir necesidades estructurales ‘incluidas en la actividad normal’*”. Pues bien, a partir de estos elementos, el TSJ entiende que, en este caso, “*la contratación interina no se limita a la sustitución en casos de difícil previsión como bajas por accidente o enfermedad u otras similares, sino que se extiende*

a supuestos perfectamente previsibles e integrados en la dinámica ordinaria de la gestión hospitalaria como las vacaciones y los permisos”. De modo que declara que hay un abuso de derecho en el hecho de mantener una plantilla paralela de substitutos con el objeto de cubrir necesidades estructurales perfectamente previsibles, y en la medida que no hay ningún tipo de limitación en cuanto a la duración de los nombramientos ni en cuanto al número de renovaciones se está infringiendo el apartado 1 de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco. Y añade que es contrario a la Directiva una interpretación del art. 15 del ET que “*permita una utilización de contratos de interinidad formalmente amparados en la legítima sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo cuando en realidad se utiliza para cubrir necesidades permanentes de tipo estructural*”. Finalmente, la sentencia corrige la calificación de “fija” de la sentencia de instancia, declarando su carácter de indefinida no fija.

b) **Sentencia Tribunal Supremo 1 de junio de 2017** sobre profesor asociado de la Universidad. En base a las de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE, declara que una sucesión de contratos (desde 2003 a 2013) de un profesor de la Universitat de Barcelona (a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector) debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y por atender a necesidades permanentes de la Universidad.

c) **STSJ País Vasco, Sección 3ª, de 12 de diciembre de 2016**, que resuelve el litigio del Caso Martínez Andrés: personal estatutario eventual con sucesión de contratos, en base a la STJUE declara:

1. Supuesto de hecho: utilización abusiva de la contratación temporal porque la motivación incorporada al nombramiento y a sus prórrogas no permite comprobar que se haya utilizado correctamente, es decir, para atender necesidades provisionales o, por el contrario, duraderas y permanentes. En concreto se ha llegado a probar que realizaba tareas propias de sustitución.
2. Se le convierte en indefinido no fijo.
3. Y se acepta la obligación de pago de indemnización cuando llegue el cese por cobertura reglamentaria.

d) Sentencias Juzgado Contencioso-Administrativo Albacete, a partir del 20 octubre de 2016:

1. Supuesto de hecho: hasta 18 nombramientos eventuales durante dos años sin solución de continuidad, todos ellos bajo la misma denominación de “acumulación de tareas”, pero realmente realizaba siempre las mismas funciones.
2. Se declara la discrepancia entre la realidad formal del nombramiento y la realidad material existente.
3. Se la convierte en interina.
4. Se declara expresamente que los pactos y acuerdos no pueden impedir la aplicación de esta doctrina, ni en el caso de acuerdos expresamente establecidos para solventar la cuestión del personal temporal, en el SESCAM era el Pacto de Estabilización, de 3 de marzo de 2016.

e) STSJ Galicia 21 de marzo 2017 (rec. 395/2016) Servicio Gallego de Salud:

1. **Supuesto de hecho:** Personal estatutario temporal eventual (Técnico Auxiliar de Clínica y ATS/DUE) por “servicios determinados” del Servicio Galego de Saúde que han desempeñado su trabajo en virtud de múltiples y sucesivos nombramiento eventuales para la cobertura de servicios determinados de seis meses o un año de duración desde el año 2008 (una de ellas), 2009 (seis de ellas) y desde el 2011 (las otras dos restantes), en los cuales indica como causa de los mismos la existencia de “necesidades asistenciales” y/o “necesidades asistenciales apertura quirófanos/ reanimación/ esterilización (UCMA y DESPERTAR)”.
2. La sentencia estima que “*no existe ninguna motivación o explicación de las razones que pudieran justificar el carácter temporal de los servicios para los que fueron contratadas, no constando ninguna valoración ni estudio sobre el carácter estructural/temporal de los mismos, incumpliendo la Administración el deber que impone el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*”. De modo que

tales nombramientos no obedecieron “*a necesidades coyunturales y extraordinarias*”.

f) Siguiendo la **STSJ Galicia 20 de abril 2017** (rec. 528/2015), establece que “*las actoras ostentan la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo, y a que se les reconozca la antigüedad en el puesto que vinieron cubriendo en virtud de los sucesivos contratos de servicios determinados*”.

g) Sentencia JC-A núm. 2 A Coruña 30 de diciembre 2016 (rec. 139/2016),

1. Declara nulo el cese (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de relaciones con la Administración de Xustiza que ha sido sucesivamente nombrada como tal desde marzo de 1991;
2. Especialmente porque, “*la Administración no razona ni menos aún acredita causas objetivas que amparen esas sucesivas renovaciones y la larga duración del vínculo existente*”.
3. De modo que “*combatido un acuerdo de cese la revocación del mismo provoca en todos los casos la ‘readmisión del empleado público’ sin posibilidad de opción por el empleador entre dicha readmisión y la indemnización*” y aunque la ilicitud del acto administrativo no la impone “*el ordenamiento y la doctrina comunitaria imponen la previsión de un medio efectivo de disuasión de la contratación temporal fraudulenta*”.

h) Sentencia TSJ, C-A, Andalucía- Sevilla, 30 de septiembre 2016. Servicio Andaluz de Salud.

1. **Supuesto de hecho:** Contratación sustancialmente ininterrumpida de contratos eventuales durante 5 años.
2. **Constituye carga de la Administración** la identificación y concreta justificación de la concurrencia de esta razón objetiva que justificare el empleo de tantos contratos eventuales.
3. **Se declara el derecho de la recurrente** a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera

interina hasta tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y sin perjuicio de las facultades que correspondan a la Administración al respecto, incluso la amortización de la plaza.

6.2 Pago de indemnización a personal laboral temporal del sector público

a) *Eventual*

1. **STSJ Andalucía\Málaga (3) 16 de noviembre 2016** (rec. 1515/2016; rec. 1411/2016; y 1564/2016) Ayuntamiento de Marbella.
2. **STSJ Andalucía\Málaga 16 de noviembre 2016** (rec.1532/2016) Ciudad Autónoma de Melilla.
3. **STSJ Andalucía\Málaga 11 de enero 2017** (rec.1827/2016) Ayuntamiento de Marbella .

b) *Interino*

1. **STSJ Galicia 8 de mayo 2017** (rec. 981/2017), cese ajustado a derecho de trabajadora interina (auxiliar de enfermería) de la Residencia de Mayores de O Carballiño, de la Consellería de Política Social, en virtud de reincorporación de la trabajadora a la que sustituía producida en julio de 2016. El TSJ ratifica la indemnización de 20 días reconocida en la instancia, siguiendo el planteamiento de la STSJ Galicia 17 de febrero 2017 (rec. 4819/2016), no sin afirmar que *“Aunque ciertamente la cuestión que se plantea en el recurso de la Xunta no está exenta de cierta controversia, singularmente tras lo manifestado públicamente por el presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Koen Lenaerts, en el sentido que en la sentencia sobre las indemnizaciones por despido a los interinos – la conocida como caso De Diego Porras,- ‘no hubo entendimiento sobre el problema entre el juzgado que realizó la consulta y los miembros de la Corte de Justicia Europea, y no comprendieron completamente el problema’”*.
2. **STSJ Madrid 8 de mayo 2017 (rec. 87/2017)**, cese por cobertura reglamentaria de la plaza, mediante proceso extraordinario de consolidación de empleo, de una

trabajadora interina de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. En cuanto al importe de la indemnización por extinción del contrato, asumiendo la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 en las relaciones laborales que mantiene la Comunidad de Madrid con sus trabajadores y tras rechazar la formulación de una cuestión prejudicial, acaba aplicando la doctrina “Diego Porras”.

3. **STSJ Castilla y León\Valladolid 22 de marzo 2017** (rec. 215/2017), cese por cobertura reglamentaria de la plaza de una trabajadora interina de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León.
4. **STSJ Asturias 14 de febrero 2017** (rec. 2966/2016), extinción ajustada a derecho de interino por vacante del Servicio de Salud del Principado de Asturias, producido en mayo de 2016 *“la asimilación resultante de la jurisprudencia del TJUE entre la extinción del contrato por causas objetivas del Art. 52 ET y el cumplimiento de la condición de interinidad conlleva la equiparación de la indemnización, debiendo, en consecuencia, ser indemnizado el trabajador a la expiración de su contrato a razón de 20 días de salario por año de servicio”*.
5. **SJS núm. 4 de Valladolid 27 de marzo 2017** (núm. 74/2017). Reclamación de cantidad (sin discutir la causa de extinción) de una interina por sustitución de una trabajadora con reserva de puesto de trabajo de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de CyL, cuyo cese se produce el 3/12/2015 y reclama el 22/11/2016. Se concede la indemnización de 20 días en virtud de la doctrina “de Diego Porras”. La sentencia sostiene que la STJUE de septiembre de 2016 *“ha venido a equiparar el derecho de los funcionarios interinos al del resto de trabajadores tras la finalización de su contrato”*.
6. **STSJ Galicia 17 de febrero 2017** (rec. 4819/2016) Extinción ajustada a derecho de trabajador interino de la Consellería do Medio Rural e do Mar producida en febrero de 2016. Aplica la doctrina de Diego Porras (dado el efecto vertical de la Directiva), *“manifestándose como única dificultad la*

congruencia, que resulta fácilmente soslayable, desde el momento en que quien pide lo más, pide lo menos ; y ello, es aplicable sin duda en el campo laboral (para todas, STS 31/10/03, rcud 17/02). Es decir, quien reivindica una indemnización de 45 ó 33 días por año de servicio, según los casos, igualmente está solicitando una suma inferior por ese mismo concepto en la práctica (20 días). De ahí la jurisprudencia que considera adecuado asignar 8 días al trabajador demandante por un despido que se declara inexistente (SSTS 14/10/13, rcud 68/13; 24/06/14, rcud 217/13; y 06/10/15, rcud 2592/14)”.

7. **SJS Bilbao núm. 8 de 15 de marzo 2017** (núm. 98/2017) – reconocimiento de 20 días a una trabajadora interina por vacante durante 9 años del Instituto Foral de Asistencia Social de la Diputación Foral de Vizcaya. Aplica doctrina de la SSTSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1690/2016); y Madrid 5 de octubre 2016 (rec. 264/2014).
8. **SJS núm. 1 Vitoria 7 de marzo 2017** (núm. 51/2017) – Reconocimiento indemnización de 20 días a trabajador interino del Servicio Vasco de Salud que sustituye a un trabajador con reserva del puesto de trabajo, cuyo contrato se extingue en diciembre de 2015 (por acceder la sustituida a la situación de jubilación especial). Aplica doctrina de la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (rec. 1690/2016).
9. **STSJ Madrid 5 de octubre 2016** (rec. 264/2014) – respuesta al caso “de Diego Porras”.
10. **STSJ Asturias 2 de noviembre 2016** (rec. 1904/2016) – cobertura reglamentaria de plaza de interina por vacante (reconocimiento de oficio, aunque no se cuestiona la cuestión procesal): *“aunque ciertamente el legislador nacional distingue entre la extinción del contrato por cumplimiento del término y por resolución causal”, en este supuesto, la similitud con el caso “de Diego Porras” lleva a aplicar “también las mismas condiciones de trabajo que a ésta”.*
11. **SJS nº 2 Salamanca 29 de diciembre 2016** (num. 317/16). Trabajador interino que presta servicios para la Consejería de Fomento

de la Junta de Castilla y León desde el 17 de octubre de 2005 con categoría profesional de auxiliar de carreteras-vigilante de explotación.

c) **Obra y servicio**

1. **SJS núm. 1 Vitoria, 12 de enero 2017** (JUR 2017\44500), extinción ajustada a derecho de un contrato de obra y servicio (realización de un proyecto de investigación) de la Fundación Vasca de Innovación e Investigación Sanitaria reconoce la indemnización de 20 días siguiendo el planteamiento de la STSJ País Vasco 18 de octubre 2016 (núm. 1690/16).
2. **STSJ País Vasco 18 de octubre 2016** (núm. 1690/16).

d) **Indefinido no fijo**

1. **STSJ Asturias 21 de marzo 2017** (rec. 493/2017), extinción por cobertura reglamentaria de la plaza en abril de 2016 de contrato de una interina por vacante del Organismo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, calificada como indefinida no fija (por superación del plazo *ex art.* 70 EBEP) –.
2. **STSJ Galicia 30 de enero 2017** (rec. 4245/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza (en octubre de 2015) – de oficio (sigue la argumentación de la STSJ Galicia 26 de octubre 2016, rec. 2059/2016).
3. **STSJ Galicia 17 de enero 2017** (rec. 3864/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza (en octubre 2015) – de oficio (fundamentación escueta, remisión a STSJ Galicia 26 de octubre 2016, rec. 2059/2016).
4. **STSJ Asturias 8 de noviembre 2016** (rec. 2142/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza – de oficio.
5. **STSJ Galicia 26 de octubre 2016** (rec. 2059/2016) – extinción por cobertura reglamentaria de plaza – de oficio.

6.3. Pago de indemnización a personal funcionario temporal

a) Las **Sentencias de los Juzgados Contencioso-Administrativo de Barcelona nº 4**, sentencia de 25 de mayo de 2017, nº 13, de 8 de junio y del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Santiago de Compostela, de 5 de mayo de 2017, deniegan la indemnización.

b) La **Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de A Coruña nº 2**, de 30 de junio de 2017 sí que concede la indemnización de 20 días por año trabajado a un funcionario interino que la reclama tras haber sido cesado por la cobertura de reglamentaria de la plaza.

6.4 Cuestiones prejudiciales todas sector público

a) Art. 96.2 EBEP que solo permite readmisión de personal laboral fijo en caso de expediente disciplinario: cuestión prejudicial por Auto Juzgado Social Terrassa 26 enero 2017.

b) Auto Juzgado Social 33 Madrid 21/1/16 replantea la doctrina del caso Diego Porras.

c) Auto TSJ Galicia 2/11/16 sobre si es posible aplicar la doctrina Porras al contrato de relevo.

Se trata de una muestra de lo que ya está sucediendo, lo que confirma totalmente la trascendencia y la afectación general de esta nueva doctrina.

7. OTRAS INTERVENCIONES DEL TJUE

Pero el TJUE no se ha pronunciado únicamente sobre la contratación temporal en el sector público, sino que su intervención en el derecho laboral nacional es mucho más amplio y, como decimos, ha venido para quedarse. Hoy por hoy muchos de los que consideraríamos avances en la protección del trabajador devienen directamente del intervencionismo del Derecho de la Unión y la Jurisprudencia del TJUE. Para acabar con esta visión global de la situación y recuperar la debida perspectiva frente a lo que va a venir, es interesante repasar más o menos cronológicamente los supuestos más relevantes:

a) Protección de la maternidad (mujer embarazada) en el acceso al puesto de trabajo y en el cómputo de los servicios prestados del tiempo que ha

permanecido en situación de maternidad. 16 de febrero 2006 caso Sarkatzis Herrero, C-294/04.

b) Trienios interinos. 13 de septiembre 2007 caso del Cerro Alonso, C-307/05.

c) Abono de trienios con efectos retroactivos. 22 diciembre 2010, 2010 caso Gavieiro Gavieiro C-444/09.

d) Impugnación de las bases de la convocatoria. 8 septiembre 2011 Caso Rosado Santana. C-177/10.

e) Cómputo períodos de interinidad como experiencia profesional en procedimientos de provisión (promoción interna). 8 septiembre 2011 Caso Rosado Santana. C-177/10.

f) Sexenios al personal docente. Auto de 9 de febrero 2012 caso Lorenzo Martínez. C-556/11.

g) Garantía de los trabajadores públicos en caso de subrogación de empresas en el sector público. 26 de noviembre 2015, caso Algeposa.

h) Disfrute de vacaciones en situaciones de maternidad o incapacidad temporal. SSTJUE 18 marzo 2004, caso Merino Gómez C-342/2001; 20 de enero 2009, caso Shultz Hoff, c-3350/2006 y C- 520/2006; y 21 de junio 2012 C-78/11.

i) Los interinos y los fijos tienen el mismo derecho a acceder a incentivos económicos por evaluación de funciones. Auto 21 sep 2016 Caso Álvarez Santirso, C-631/15.

j) Caso Rodrigo Sanz: reducción de jornada obligatoria –a modo de amortización- a interino y no a fijo. Auto TJUE 9 feb 2017.

8. RECAPITULACIÓN

a) Existen derechos laborales mínimos comunes a todas las personas (incluso para funcionarios) y vamos hacia la laboralización del funcionariado o convergencia de regímenes.

b) La identificación y el reconocimiento de estos derechos exige una labor de exégesis desde la generalidad y sentido común en el ámbito funcional/ estatutario, debido a la maraña de normas y a la confusión sobre la naturaleza empresarial de la Administración.

c) Para ello debe tenerse muy en cuenta la normativa básica europea y conocer y reconocer su aplicación prioritaria.

ANEXO I. ANÁLISIS EXHAUSTIVO DE LAS SENTENCIAS DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016

I.- Caso Pérez López:

1. Cuestión de hecho: utilización abusiva de contratos eventuales e indemnización por finalización del contrato eventual.

1.2 **Caso Pérez López C-16/15**, personal estatutario temporal Servicio Madrileño de Salud.

1.3 La Sra. Pérez López prestó servicios sin solución de continuidad durante 4 años en base a contratos de personal estatutario eventual con causa genérica: “realización de servicios determinados de naturaleza temporal coyuntural o extraordinaria”, cuando realmente respondían a una actividad permanente.

2. Marco jurídico:

2.1 **Derecho de la Unión:** Directiva 1999/70/CE de Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada:

2.1.1 Cláusula 2: ámbito de aplicación.

2.1.2 Cláusula 3: definición de trabajador.

2.1.3 Cláusula 4: principio de no discriminación.

2.1.4 Cláusula 5: medidas destinadas a evitar la utilización abusiva.

2.2 Derecho español:

2.2.1 Artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

2.2.2 Estatuto de los Trabajadores:

- Artículo 15: «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley».

- Artículo 49. El artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores dispone que, a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio.

3. Conceptos básicos:

3.1 Concepto de trabajador con contrato de duración determinada: “la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 56; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 38; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartados 28 y 29, y de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 67). En la medida en que el Acuerdo marco no excluye ningún sector particular, un trabajador como la demandante en el litigio principal, que presta servicios como enfermera y forma parte del personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud, está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco.”

3.2 Premisa básica del Acuerdo Marco: “que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades.”

3.3 Objeto del Acuerdo Marco: es únicamente establecer, fijando principios generales y prescripciones mínimas, un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la

discriminación, y para evitar los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo, por ello no establece ni los requisitos para que puedan utilizarse los contratos de trabajo de duración determinada y no tiene por objeto armonizar todas las normas nacionales relativas a los contratos de trabajo de duración determinada.

3.4 Interpretación del artículo 5.1 del Acuerdo Marco:

3.4.1 **Enunciado general** sobre la aplicación de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco: *“cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.”*

3.4.2 **Finalidad de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco:** *“hay que recordar que dicha cláusula tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados.”*

3.4.3 **Configuración general de las obligaciones** de la cláusula 5 del Acuerdo:

- **Obligación de los Estados.** Se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar de manera efectiva y vinculante medidas a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada.
- **Discrecionalidad de los Estados** miembros, que disponen a este respecto de un margen de apreciación en la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco.

- **Ausencia de sanciones específicas comunitarias.** Además, el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, sino que corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación.

- **Obligación de las autoridades judiciales nacionales:** *“que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y que una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal.”*

- **Mínimos de aplicación: los principios de equivalencia y de efectividad,** de modo que , las medidas apropiadas que adopten las autoridades no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

3.4.4 **Concepto de “razón objetiva”** que pudiera justificar la renovación de contratos de duración determinada:

- Se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.
- Una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias del Acuerdo

Marco, pues una disposición de esta naturaleza, de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

- Por tanto, tal disposición entraña un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de contratos y, por ende, no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco.

3.5 Interpretación de la cláusula 4.1: principio de no discriminación:

3.5.1 Formulación del principio: “Según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.”

3.5.2 Ámbito excluido de aplicación: “una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, como la que señala el juzgado remitente, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco.”

3.5.3 Ámbito sí incluido: aviso a navegantes: Esta diferencia de trato sólo podrá estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual.

4. Cuestiones prejudiciales:

4.1 ¿Es el artículo 9.3 EM garantía suficiente de prevención de utilización abusiva

de contratos temporales? «1) ¿Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, por favorecer los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de carácter eventual?, en la medida que:

4.1.1 No fija una duración máxima total para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos.

4.1.2 Deja a la libre voluntad de la Administración la decisión de proceder a la creación de plazas estructurales, cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años.

4.1.3 Permite realizar nombramientos de carácter eventual sin exigir la constancia en los mismos de la concreta causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que los justifique.

4.2 Liquidación de cada contrato. ¿Es contrario al [Acuerdo marco] y, por lo tanto, inaplicable, el artículo 11.7 de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de fecha 28 de enero de 2013, al establecer que «una vez llegada la fecha fin del nombramiento, en todo caso, deberá procederse al cese y liquidación de haberes correspondiente al período de servicios prestados, incluso en los casos en los que, a continuación, vaya a realizarse un nuevo nombramiento a favor del mismo titular», con independencia, por lo tanto, de que haya finalizado la concreta causa objetiva que justificó el nombramiento, tal y como se establece en la cláusula 3.1 del Acuerdo marco?

4.3 ¿Se puede nombrar como interino de forma automática? ¿Es acorde con el objeto pretendido con el [Acuerdo marco] la interpretación del párrafo tercero del artículo 9.3 del [Estatuto marco], en el sentido de considerar que cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, se deba proceder a la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, pasando

entonces el trabajador con nombramiento de carácter eventual a ser nombrado con carácter interino?

4.4 ¿Es discriminatorio no concederles indemnización como al personal temporal laboral? ¿Es acorde con el principio de no discriminación reconocido en el [Acuerdo marco] la aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones, pues carecería de sentido que trabajadores con idéntica cualificación, para prestar servicios en la misma empresa (Servicio Madrileño de Salud), realizando la misma función y para cubrir idéntica necesidad coyuntural, tuvieran un tratamiento distinto en el momento de la extinción de su relación, sin que exista razón aparente que impida comparar entre sí contratos de duración determinada para evitar situaciones discriminatorias?»

5. Conclusión de la Sentencia:

5.1 Los contratos eventuales son válidos, pues su configuración como contratos para atender necesidades de duración limitada puede ser una “razón objetiva” válida.

5.2 En cambio, no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo.

5.3 Las siguientes soluciones de ámbito nacional son igualmente válidas al amparo del Acuerdo Marco:

5.3.1 La creación de puestos estructurales.

5.3.2 La conversión del contrato de duración determinada en indefinido.

5.4 Pero las previsiones del 9.3 EM no son suficientes para prevenir la utilización abusiva, porque no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales para poner fin al nombramiento de personal eventual.

6. Lo que está por venir:

6.1 Alud de demandas interesando la condición de indefinido.

6.2 Alud de demandas interesando indemnización comparándola con la del personal *laboral indefinido* y no con el personal laboral temporal con en este caso. Aunque hay quien lo ha interpretado diferente, vid Josefa Cantero.

II.- Caso Martínez Andrés:

1. Cuesión de hecho: el TJUE se opone expresamente a la diferencia de trato que existe en Derecho español entre el personal laboral y el personal administrativo en punto al reconocimiento del mantenimiento de la relación laboral en caso de utilización abusiva de contratos temporales. Diferencia con el caso anterior: aquí lo plantea expresamente.

1.1 **Dos supuestos acumulados:** C-184/45, Martínez Andrés, y C-197/15, Castrejana López: estatutario eventual y funcionario interino.

1.2 La Sra. **Martínez Andrés** fue nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este **nombramiento eventual fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales incluía una motivación específica**, salvo una genérica mención a «necesidades de servicio». El 1 de octubre de 2012 se cesó a la Sra. Martínez Andrés.

2. Marco jurídico:

2.1 **Derecho de la Unión: Directiva 1999/70/CE de Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada:** Artículos 1 y 2 de la Directiva y cláusulas 3, 5 y 8 del Acuerdo marco.

2.1.1 La cláusula 3 dice: «A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por: 1. “trabajador con contrato de duración determinada”: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene

determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;[...]]»

2.1.2 Especialmente la cláusula 5:

La cláusula 5 del Acuerdo marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», tiene el siguiente tenor: «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 necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.»

2.2 Derecho nacional:

2.2.1 Artículo 9 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Ley 55/2003, de 16 de diciembre: «1. Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal. Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución. 2. El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando

sea necesario atender las correspondientes funciones. Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada. 3. El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios. c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron. [...] 4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función. [...]»

2.2.2 Artículo 89 Ley de Bases Régimen Local, artículo 15 y disposición adicional 15 del Estatuto de los Trabajadores.

3. Conceptos Básicos:

3.1 Configuración general de la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco (similar al caso Pérez López):

3.1.1 En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva»

3.1.2 “Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas,

no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco...”

3.1.3 De esto se desprende que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público

3.1.4 el tribunal nacional debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos «de duración determinada» en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 166). En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

3.2 Principio de equivalencia: ¿es obstáculo a él la naturaleza específica de la relación laboral o funcional, o la facultad de autoorganización de las AAPP? No responde directamente, pero sí de manera implícita. “Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados

miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 94; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 51; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 36, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 62, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 44). A falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas, que deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, no deben sin embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).”

3.3 Derecho procesal, principio de efectividad y contenido discrecional:

3.3.1 “Ante la inexistencia de normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables.”

3.3.2 “La obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos

de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal.”

3.4 Delimitación de funciones del Tribunal Nacional y el TJUE y justificación de la intervención del TJUE: no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco (sentencias de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 39, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 66, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 48). Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno constituyen una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (sentencias de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 56; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 41, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 67 y jurisprudencia citada, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 49). No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración

determinada. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación.

3.5 “Según reiterada jurisprudencia, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales.”

4. Cuestiones prejudiciales:

4.1 Primera y segunda: En los casos de contratación temporal abusiva, ¿se puede tratar de forma diferente al personal estatutario eventual y al funcionario interino que al personal laboral de las AAPP? ¿Tiene la naturaleza funcionarial o las específicas potestades autoorganizativas de la Administración relevancia para un trato diferente?

4.2 Tercera: procesal: procesal ¿puede obligarse al trabajador a acudir a un segundo proceso para la obtención de firmeza, tras el primer proceso de constatación de la utilización abusiva?

5. Conclusiones de la Sentencia:

5.1 La cláusula 5.1 del Acuerdo exige la intervención de las autoridades nacionales para comprobar si una contratación temporal es abusiva o si cumple con las exigencias del Acuerdo.

5.2 La cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público.

5.3 No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de

trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

5.4 Corresponde obligatoriamente al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno constituyen una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

5.5 En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

6. Efectos en el Derecho interno: Sentencia 12 de diciembre de 2016 TSJ País Vasco.

III.- Caso de Diego Porras:

1. Supuesto de hecho: Discriminación del personal laboral interino de las AAPP al no percibir indemnización como los laborales indefinidos.

1.1 Caso Diego Porras C-596/14: Sentencia 14 sep 2016 personal laboral con contrato de interinidad.

1.2 La Sra. De Diego Porras prestó servicios durante algo más de dos años como secretaria en diversas oficinas del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos laborales de interinidad. Al finalizar el último contrato

cuestionó la contratación en fraude de ley y, por tanto, la conversión en indefinida y la exigencia de indemnización. El Tribunal nacional estima correcto el cese, pero se plantea si no es discriminatorio no pagarle indemnización como a los fijos.

2. Marco Jurídico:

2.1 Derecho de la Unión: Directiva 1999/70 sobre Acuerdo Marco del trabajo de duración determinada: principio de no discriminación.

2.2 Derecho español:

2.2.1 Artículo 15 Estatuto de los Trabajadores.

2.2.2 Artículo 49.1,c) Estatuto de los Trabajadores.

2.2.3 Artículo 59.1b) Estatuto de los Trabajadores.

3. Conceptos básicos.

3.1 Definición de “condiciones de trabajo” protegidas por la cláusula 4 del Acuerdo Marco: “el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre trabajador y empresario”

3.2 Principio de Derecho social de la Unión. El principio de no discriminación entre personal temporal y personal indefinido “debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social de la Unión y, por tanto, no puede interpretarse de manera restrictiva.”

3.3 Enunciado del principio de no discriminación: este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

3.4 Definición de “razones objetivas” que justifiquen la desigualdad de trato:

3.4.1 “el concepto de «razones objetivas» requiere que la desigualdad de trato apreciada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que

se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro.”

3.4.2 “En consecuencia, debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco, no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo.”

3.4.3 “Además, el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco.”

4. Cuestiones prejudiciales: el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

4.1 Primera: ¿Es la indemnización por finalización “condición de trabajo”? ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo [marco]?

4.2 Segunda a cuarta: ¿Es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales? ¿Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con

un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?

4.3 Si el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

4.4 No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿»

5. Conclusiones del TJUE:

5.1 La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que **el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.**

5.2 La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad,

mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. **El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.**

• ROJO TORRECILLA, Eduardo: “El concepto de trabajador, y de trabajador habitualmente empleado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estudio de algunos casos significativos”, XVI Jornadas Aragonesas de Derecho Social. 6 de junio de 2016.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz: “A vueltas con el efecto directo horizontal de algunos derechos laborales y su posible repercusión en el sistema laboral español”, Actum Social nº 112. Junio 2016.
- ALFONSO MELLADO, Carlos L.: “La Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: contenido y aplicabilidad directa”, Actum Social nº 119. Monográfico 2017.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica: “La indisponibilidad de derechos (arts. 3.5 ET, 3 LGSS, 245 LPL)”, Actualidad Laboral nº 16, Quincena del 16 al 30 de septiembre 2005.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi: “Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina “de Diego Porras”. Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales.”
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: “Principales cambios producidos en la figura del funcionario interino en virtud de las reciente jurisprudencia y perspectivas de futuro”. Seminari d’actualització de Funció Pública Local. 4 de noviembre de 2016.
- SALAS VELASCO, Ana C: “Directiva 1999/70/CE sobre relaciones de trabajo de duración determinada. La doctrina del TJUE en torno a los contratos de duración determinada. Últimas resoluciones”. Actum Social 119. Monográfico 2017.
- ORDÓÑEZ SOLIS, David: “Incidència de la normativa i jurisprudència comunitària de la protecció de dades en les relacions laborals de les Administracions Públiques”. Seminari d’actualització de Funció Pública. Julio 2013.