

PRINCIPALES CAMBIOS PRODUCIDOS EN LA FIGURA DEL FUNCIONARIO INTERINO EN VIRTUD DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO¹

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL INTERINAJE Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.....	1
LA UTILIZACIÓN DEL INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN: SU NOMBRAMIENTO CAUSAL	4
LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA Y EL PRINCIPIO DE TRATO IGUALITARIO DE FUNCIONARIOS INTERINOS Y DE CARRERA. ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS.	9
A) El concepto de “comparabilidad” entre las situaciones del funcionario interino y el de carrera.....	11
B) El concepto comunitario de “razones objetivas”	12
CONSECUENCIAS DE ESTA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DEL FUNCIONARIO INTERINO.....	12
1. EN EL RECONOCIMIENTO DE LA ANTIGÜEDAD Y LOS TRIENIOS	12
2. EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE CARRERA HORIZONTAL Y DE LOS CORRESPONDIENTES INCENTIVOS O COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS	14
3. EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS “SERVICIOS PREVIOS” A LOS EFECTOS DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROMOCIÓN INTERNA	18
4. ¿DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE? LA APLICACIÓN DE MEDIDAS EQUIVALENTES A LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN INDEFINIDOS EN CASO DE NOMBRAMIENTOS ABUSIVOS DE FUNCIONARIOS INTERINOS O DE PERSONAL EVENTUAL ESTATUTARIO.	19
A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿Y AHORA QUÉ?	25

A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL INTERINAJE Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

El funcionario interino es una de las modalidades de empleados públicos que se caracteriza por el carácter temporal y público de su vínculo con la Administración. Clásicamente el interino ha sido concebido como el sustituto del funcionario de carrera, aunque en los últimos años -bien es cierto- se ha desvirtuado sensiblemente esta especial naturaleza jurídica para ampliarla a otros supuestos autónomos que no requieren la previa vinculación con un funcionario de carrera o con un puesto vacante. A diferencia de lo que ocurre con el resto de empleados públicos sometidos al Derecho Laboral, el interino se vincula a la Administración a través de un acto administrativo de naturaleza unilateral, esto es, un nombramiento, y no en virtud de un contrato de trabajo. A partir de ahí, se somete a un régimen público, de Derecho Administrativo, y los posibles conflictos que surjan con su empleadora, la Administración Pública, serán conocidos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

¹ Documento de trabajo para el debate en el Aula de actualización en función pública. Barcelona. 4 de noviembre de 2016.

El régimen jurídico del interino se encuentra actualmente en una encrucijada. Hemos construido su régimen jurídico basándonos principalmente en la mera naturaleza temporal de su vínculo con la Administración y a partir de ahí hemos decidido si aplicábamos el resto de instituciones aplicables a los funcionarios de carrera (derechos retributivos, antigüedad, reconocimiento de servicios, carrera horizontal, complementos o incentivos de carrera, situaciones administrativas, etc.). Acontece, sin embargo, que este parámetro ya no nos sirve. Todo este edificio se está viniendo abajo como consecuencia directa de la política social comunitaria, de la extensión de su carácter tuitivo y protector también a la figura del interino, provocada fundamentalmente por los abusos en el nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal y por una loable idea de justicia social, que es la que subyace en toda esta jurisprudencia comunitaria.

Ello ha venido fundamentalmente de la mano de la **Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la Confederación europea de sindicatos, la Unión de confederaciones de industria y empleadores de Europa y el Centro europeo de la empresa pública sobre el trabajo de duración determinada**², que, recogiendo el acuerdo de los interlocutores sociales europeos, parte de un principio básico establecido en su cláusula 4.1: por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contratos 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.

Dicha Directiva se aplica a todas las relaciones de servicio de duración determinada, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador. Es decir, afecta de lleno al personal laboral contratado por la Administración, a los funcionarios interinos, al personal eventual y al personal estatutario de carácter temporal de los servicios de salud. Exige que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente (STSJ de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, Sala Segunda, asunto Rosado Santana, C-177/10, argumento 62 o Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2016, de 14 de abril, por citar tan sólo algunas de ellas). Ello está teniendo importantes repercusiones en el régimen jurídico de los funcionarios interinos, igualándose su marco de derechos a los de los funcionarios de carrera.

Es más, podría decirse que la aplicación de este Acuerdo marco y de la jurisprudencia que lo ha interpretado está suponiendo toda una revolución en esta materia. El interinaje en la Administración está sometido a importantes transformaciones producidas fundamentalmente por la jurisprudencia social comunitaria cuyas sentencias, por una parte, propenden a su asimilación con el régimen jurídico del funcionario de carrera y, por otra, explicitan y amplían también para el personal funcional temporal el carácter tuitivo y protector que caracteriza el Derecho Laboral³. De hecho, la última línea jurisprudencial recaída en tres importantes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, así lo evidencia⁴. Por una parte, ha previsto para los contratados laborales interinos de la Administración una indemnización por cese similar a la que se aplicaría a los empleados fijos comparables si fueran despedidos (**asunto C-596/14, De Diego Porras**). Por otra parte, ha considerado incompatible con el Acuerdo Marco la adopción abusiva de sucesivos nombramientos temporales en la Administración, ya sea como funcionario interino o como personal estatutario eventual, señalando la obligación del Estado español de adoptar medidas eficaces para sancionar estas prácticas, equivalentes a las que ya se han

² En adelante nos referiremos a ella como Acuerdo marco.

³ Así, por ejemplo, la STS de 22 de septiembre de 2016, dictada en unificación de doctrina, permite al funcionario interino que sea sometido a una reducción de jornada y suelo disfrutar del derecho al desempleo parcial, al igual que ocurre con los contratados laborales interinos.

⁴ GARCÍA MURCIA, Joaquín, El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016, en *La Ley*, nº 41, de 31 de octubre de 2016, interpreta también que estas sentencias proponen una «asimilación» del personal de régimen administrativo al personal laboral a efectos de aplicación del concepto de «trabajador indefinido no fijo».

establecido en el ámbito laboral (**asuntos C-16/15, Pérez López y C-197/15, Castrejana López**). Aunque no la impone, el Tribunal admite, por vez primera y de forma expresa, la posibilidad de que los jueces y tribunales de lo Contencioso-Administrativo puedan, por analogía, extrapolar al ámbito funcional la sanción prevista en el ámbito laboral consistente en la conversión del contrato temporal irregular en un contrato indefinido. El análisis de esta última jurisprudencia y de las posibles soluciones que en ella se apuntan bien merece una reflexión porque abre un nuevo escenario de incertidumbre sobre cómo aplicar estos pronunciamientos.

Las consecuencias de todos estos cambios son muy importantes. Por una parte, se está ampliando notablemente su ámbito de derechos, especialmente los derechos retributivos y de carrera profesional. Pero, por otra, las consecuencias de la nueva jurisprudencia van a exigir cambios normativos importantes y soluciones que pueden ser muy costosas para la Administración y que, en todo caso, sitúan a los gestores y responsables de los recursos humanos ante una situación de gran inseguridad jurídica. Esta situación se ve además notablemente agravada si tenemos en cuenta el notabilísimo incremento del número de funcionarios interinos en todas las Administraciones Públicas, la desnaturalización que se ha producido de esta figura y los nefastos efectos de las políticas de ahorro en gasto de personal que se han venido adoptando en los últimos años como consecuencia directa de la crisis, especialmente las relativas a la congelación de la oferta de empleo público, que han llevado a un aumento inusitado de la utilización de esta figura⁵. La consecuencia de todo ello ha sido un considerable agravamiento de lo que podríamos denominar “precarización” de las Administraciones Públicas⁶. Con ello se ha agudizado lo que ya era un problema y que sólo ahora ha empezado a ser corregido de forma incisiva con la última jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En fin, esta última jurisprudencia ha tenido un gran impacto mediático y social. Ha abierto importantes expectativas para los interinos y, a la vez, causado una gran alarma social por las consecuencias económicas tan importantes que producirían para la Administración. Tal vez, la más polémica -por sus efectos inmediatos, fundamentalmente- ha sido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, (Sala Décima), **asunto C-596/14, De Diego Porras**, que parece haber creado un nuevo derecho indemnizatorio para los empleados públicos laborales que mantengan un contrato de interinidad por sustitución. Cuando cesen tendrán derecho a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, al igual que la recibirían los contratados laborales fijos en caso de ser despedidos, tal como se está aplicando ya por la jurisprudencia española. No obstante, dado que esta sentencia sólo afecta a los laborales de la Administración y va a ser objeto de la siguiente ponencia no nos vamos a ocupar de ella⁷.

⁵ Según los datos que aparecen publicados en el *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, enero de 2016*, los funcionarios interinos y el personal eventual, que aparecen agrupados en la categoría genérica de “otro personal”, suponen el 15,19% de todos los empleados públicos. En el ámbito de la Administración General del Estado este porcentaje se refiere aproximadamente al 16,47%, en el ámbito de la Administración Autónoma al 24,91% y en el ámbito local al 7,74%. Datos referidos al 1 de enero de 2016 (pág. 33). La modalidad relativa a “otro personal” comprende, no obstante, tanto al personal eventual como a los funcionarios interinos, al personal funcionario de plazas no escalafonadas y a otro personal no encuadrado en las tipologías anteriores.

Según CSI-F, en el conjunto de las administraciones públicas hay cerca de 300.000 personas que ocupan un puesto temporal, para cubrir la ausencia total o parcial de un trabajador. La tasa de interinidad es, por tanto, cercana al 11 %, aunque en algunos sectores como la educación o la sanidad alcanza el 20 %.

http://www.abc.es/economia/abci-csi-f-activa-servicios-juridicos-previsibles-conflictos-interinos-201610051631_noticia.html

⁶ Y con ello, unas fuertes presiones como colectivo para terminar con las situaciones de temporalidad en la Administración. Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid se han anunciado que se van a iniciar durante el mes de octubre y noviembre procesos para reconvertir en interinos a más de 5000 trabajadores eventuales de la sanidad pública madrileña.

<http://www.expansion.com/economia/funcion-publica/2016/10/05/57f4d0a022601d5b358b4608.html>

⁷ En este caso se trataba de una empleada del Ministerio de Defensa que había concatenado varios contratos de trabajo de duración determinada. En concreto, la señora De Diego Porras prestó servicios durante más de siete años como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad, siendo su situación “comparable” a la de un trabajador fijo. Con motivo de su cese por la reincorporación a su plaza de un liberado sindical, interpuso un recurso ante el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid en el que impugnaba tanto la legalidad de su contrato de trabajo como las condiciones de finalización de éste. Al ser desestimado interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando

Ese mismo día, la misma Sala dictó dos sentencias más sobre funcionarios interinos y personal eventual de la Administración sanitaria que declaran que el régimen actual previsto en nuestro ordenamiento funcional no es compatible con las exigencias que derivan del Acuerdo marco. Estas dos sentencias parecen haber tenido una repercusión mediática inferior. A mi juicio, no porque sean menos importantes o revolucionarias que la otra, sino porque sus efectos y consecuencias para el empleo público todavía están por dibujar. Ambas apuntan a que una de las posibilidades que tiene nuestro ordenamiento para sancionar el uso fraudulento y abusivo de los nombramientos temporales bien pudiera ser la solución apuntada para el empleado laboral de conversión de su contrato temporal en un contrato de trabajo indefinido. Esta figura, de creación jurisprudencial, a día de hoy sólo existe en el ámbito laboral, no en el funcional. A partir de ahí son muchas las dudas que se plantean. ¿Crearemos una figura similar de “funcionario interino indefinido”? De toda esta evolución jurisprudencial y de sus posibles consecuencias pretendo ocuparme en las siguientes páginas.

LA UTILIZACIÓN DEL INTERINO EN LA ADMINISTRACIÓN: SU NOMBRAMIENTO CAUSAL

El actual marco jurídico del interinaje funcional es muy completo, sobre todo si lo comparamos con el establecido en la legislación precedente, en el art. 5 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. La Administración sólo puede recurrir a la figura del interino para el desempeño de funciones propias del funcionario de carrera y por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia (art. 10 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre de 2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, en adelante, TRLEBEP). Se diferencian de los funcionarios de carrera porque les falta el elemento de permanencia en la función, que es característico de los funcionarios de carrera y sobre esta nota básicamente hemos edificado todo su régimen jurídico.

Los funcionarios interinos carecen de vinculación permanente y, en consecuencia, la jurisprudencia ha considerado que no pueden ser equiparados con los funcionarios de carrera (STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª). Esa transitoriedad propia del nombramiento de los funcionarios interinos, así como la exigencia de que su nombramiento obedezca a razones justificadas de necesidad y urgencia, incide necesariamente en la forma en que tales funcionarios han de ser elegidos y nombrados, puesto que si van a ocupar temporalmente y por razones de urgencia plazas destinadas a los funcionarios de carrera, el procedimiento para su designación deberá materializarse de tal forma que esa características puedan ser cumplidas, lo que conduce a que el procedimiento de selección deba ser ágil, ya que en otro caso, tales nombramientos perderían su razón de ser. Este planteamiento, por ejemplo, ha llevado a la STSJ de Valencia de 17 de junio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, a anular un procedimiento de selección de interinos que había previsto un período de prácticas previo para su nombramiento.

que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debía convertirse en indefinida por lo que, en consecuencia, la extinción de tal relación debía implicar el pago de una indemnización. El Tribunal plantea una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la normativa española, del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, con el principio de no discriminación que se establece en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Concluye que la normativa sobre el contrato de interinaje, en la medida en 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” resulta incompatible con el Acuerdo Marco. Esta línea jurisprudencial ya está teniendo su reflejo en nuestro ordenamiento. Así, la STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, Sección nº 03 de lo Social, sentencia número 613/2016-CB, ha declarado que no se puede discriminar a la señora De Diego Porras, por lo que tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es, veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción de su contrato es procedente. En consecuencia, condena al Ministerio a pagar 6.141,85 € en concepto de indemnización.

Con buen criterio, la Sala considera que el período de prácticas no está configurado en la normativa que lo regula para que sea desempeñado por quienes conforman una bolsa de trabajo para ser designados, en su caso, como funcionarios interinos, sino que está previsto para los aspirantes que hayan superado una oposición o concurso oposición. En el caso de los interinos la selección se suele hacer a través de la conformación de bolsas de trabajo constituidas en la mayoría de los casos por quienes no han llegado a superar la totalidad de los exámenes de la oposición o concurso-oposición. Por ello, dada la agilidad que exige la ley para el nombramiento de interinos, se concluye que establecer un período de prácticas previo al nombramiento de los funcionarios interinos es contrario tanto a la naturaleza propia de esta figura funcional de empleado público, como a la característica esencial del procedimiento por el que éstos han de ser designados.

De los artículos 9 y 10 del TRLEBEP, tal como ha expresado la STSJ de Valencia de 17 de junio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, se desprende que, *<<mientras los funcionarios de carrera están vinculados a la Administración Pública a través de una relación estatutaria sujeta al Derecho Administrativo, para la prestación de servicios retribuidos de carácter permanente, siendo tal carácter permanente una de las notas definitorias de su régimen jurídico, los funcionarios interinos se caracterizan precisamente por lo contrario, es decir, por estar vinculados a la Administración Pública para el desempeño de servicios profesionales retribuidos en los supuestos tasados previstos en la ley, cuya nota común es la temporalidad, y sólo cuando existan razones fundadas de necesidad y urgencia. Y así la dicción literal de los supuestos tasados en la ley en los que cabe el nombramiento de los funcionarios interinos hace referencia expresamente al carácter temporal de la ocupación de las plazas destinadas a los funcionarios de carrera, al utilizar expresiones como "sustitución transitoria", "plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce", "programas de carácter temporal", y existencia de vacantes mientras no puedan ser ocupadas por funcionarios de carrera>>.*

Como dirá la STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, los rasgos característicos de esta clase de personal son: **la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio pues se trata de cubrir una necesidad transitoria de la Administración; y que los puestos de trabajo a desempeñar son los propios del funcionario, por lo que no pueden cubrirse mediante contratos temporales. El funcionario interino participa de manera temporal en la Función Pública, pero no se incorpora de manera definitiva a la misma. Estos funcionarios interinos no participan de la seguridad en el empleo.**

La figura del funcionario interino está intensamente regulada, especialmente en lo relativo a su nombramiento y cese. Dado que se trata de una figura temporal, su nombramiento debe realizarse cuando concurra alguna de las causas tasadas previstas y atendiendo a procedimientos ágiles pero que, en todo caso, deben respetar también los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El legislador ha establecido un nombramiento "causal". Sólo se puede nombrar legalmente a un interino cuando la Administración se encuentre con alguno de estos cuatro supuestos tasados:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto⁸.

⁸ El personal funcionario interino de estos programas no debe ocupar plazas de la relación de puestos de trabajo, lo que no impide que, a efectos de determinar su retribución y condiciones de trabajo, se pueda hacer mención expresa a una concreta plaza, pero ello no significa una cobertura de plaza vacante, pues las consecuencias y la forma del cese son bien distintas. Asimismo, según aclara la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, de 1 de julio de 2015, núm. 152/2015, en estos casos, el nombramiento tiene la naturaleza que refleja el acto administrativo, vinculado a un determinado programa con su correspondiente memoria, con una fecha de efectos y, tras esa fecha, se produce el cese automáticamente. Por ello, no existe

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Puede decirse que nuestro legislador ha regulado el régimen jurídico de la interinidad con gran detalle. Estos nombramientos únicamente están justificados en casos excepcionales de indudable y estricta necesidad, en los que resulte inaplazable la cobertura de un puesto, y que los mismos sólo se pueden realizar por un tiempo determinado, que será el imprescindible para que las plazas correspondientes puedan cubrirse por funcionarios de carrera.

El legislador ha previsto también **las causas del cese** y determinadas previsiones que limitan las potestades autoorganizatorias de la Administración en los nombramientos. Como regla general, el cese tiene que producirse cuando finalice la causa que motivó el nombramiento y, en su caso, cuando se produce alguno de los supuestos tasados que motivan la extinción del vínculo que une a los funcionarios de carrera con la Administración.

Como ha expresado la STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, *"Es bien sabido como la interinidad es un sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo que se lleva a cabo de forma no permanente y en atención a razones de urgencia. La interinidad no supone nunca permanencia, sino provisionalidad o temporalidad en el desempeño de una determinada función, en atención a las circunstancias objetivas que pueden concurrir y siendo precisa su provisión, la Administración Pública acude a la interinidad hasta que se cubra la plaza por el procedimiento de provisión que corresponda y por funcionario de carrera. La situación de interinidad, provisional por su propia naturaleza, puede cesar en cualquier momento, sin que existan garantías ni compromiso alguno por parte de la Administración Pública de su prolongación en el tiempo"*.

Si se trata de nombramiento de interinos para la cobertura de plazas vacantes existe un mandato imperativo para la Administración. O bien la Administración amortiza dicha plaza o bien está obligada a incluirla en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la del siguiente ejercicio. Obligar a la Administración a incluir estas plazas en la oferta de empleo público es la medida idónea para evitar el abuso de esta figura de interinaje y cumplir con las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco comunitario.

La crisis económica, no obstante, ha afectado de modo considerable a este supuesto al establecer prohibiciones y limitaciones de incorporación de nuevo personal a la función pública. Como ha declarado de forma inconcusa la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras muchas en la STC 178/2006, de 6 de junio, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio es un instrumento idóneo para limitar la oferta de empleo público como medida de política económica. A partir de ahí, la jurisprudencia ha considerado que la obligación establecida en el art. 10.4 del EBEP de incluir en la OPE las plazas vacantes ocupadas por interinos se vería temporalmente desplazada por las limitaciones que anualmente puedan establecer las correspondientes leyes de presupuestos generales del Estado y la tasa de reposición del empleo público para el período de vigencia que puedan establecer⁹. Para esos períodos no operaría el mandato contenido en el art. 10.4 del EBEP (STS de 2 diciembre 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Estas limitaciones son especialmente polémicas y gravosas para la función

desviación de poder ni voluntad de sustituir un funcionario por otro cuando la Administración decide nombrar a otro funcionario para llevar a cabo un programa similar. El cese se produce por expiración del plazo de vigencia del nombramiento y el programa que servía de causa.

⁹ Según dicha Sentencia, tampoco se infringe lo establecido en el artículo 23.2 de la CE por el solo hecho de prohibir la incorporación de nuevo personal al sector público durante 2014. El citado precepto reconoce del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, pero se refiere al acceso cuando se produzcan las convocatorias correspondientes, y siempre con arreglo a los requisitos que determinen las Leyes, uno de los cuales es que autorice la incorporación de nuevo personal con arreglo a la OEP y se efectúen las correspondientes convocatorias.

pública. No responden exactamente a motivos económicos porque en realidad no suponen un ahorro directo al estar ya esos puestos ocupados por vacantes¹⁰.

Esta política, que está pensada para reducir drásticamente el empleo público, ha sido nefasta. Desnaturaliza la estructura de nuestro sistema de incorporación en condiciones de mérito e igualdad a la función pública, permitiendo que el personal interino se mantenga indefinidamente en su puesto de trabajo, sin permitir que adquiriera la condición de funcionario a quien demuestre tener más mérito y capacidad y así lo acredite en un proceso en condiciones de igualdad. Desnaturaliza también la institución del interinaje que, como hemos señalado, se caracteriza por su carácter estrictamente temporal. Conduce directamente hacia la figura que se ha dado en denominar “interino de larga duración”. El propio Tribunal Constitucional mencionó esta expresión para referirse en ese supuesto concreto a una funcionaria que había prestado servicios en la Administración durante más de 5 años¹¹. El hecho de que la Ley de Presupuestos correspondiente no permita sacar en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por interinos permite que la Administración pueda cubrir todas las plazas vacantes con este tipo de funcionarios, sin límite en cuanto a su incorporación y cese, convirtiendo en ordinaria la provisión del puesto por interino, cuando es claramente extraordinaria (STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª).

En los supuestos de nombramiento de un interino por sustitución de un funcionario de carrera, el cese se suele producir cuando se produce la incorporación del funcionario titular. También es posible el cese de un funcionario interino por sustitución cuando la Administración en virtud de su potestad de autoorganización justifique de forma motivada que han desaparecido las razones de necesidad y urgencia que motivaron el nombramiento y que constituyeron los presupuestos habilitantes de este (STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª).

También se han introducido limitaciones temporales para el nombramiento de interinos en los otros dos supuestos, aunque también se ha flexibilizado considerablemente su utilización. En realidad, la introducción de la figura del interinaje para la realización de programas temporales y por acumulación de tareas fue una forma de funcionarizar o de “publicar” lo que de otra manera deberían ser contratos laborales temporales, especialmente contratos para obra o servicio determinados. El interinaje ha resultado especialmente cómodo para la Administración por la propia flexibilidad que permite el Derecho público y porque no genera derechos patrimoniales para el funcionario que ocupa la plaza. Es, al fin y al cabo, una forma de reintroducir en la Administración una figura similar al ya extinto “contrato administrativo”, que fue suprimido porque dejaba a los empleados en una situación de absoluta precariedad.

Pues bien, ante la necesidad de cumplir con los objetivos de la Directiva comunitaria, con la *Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa*, se introdujeron importantes novedades en el régimen jurídico de estos interinos, que han sido absorbidas por el Texto Refundido de la Ley del EBEP de 2015. Así, por una parte, se concretaba la duración máxima del nombramiento para los supuestos de ejecución de programas temporales (tres años ampliables por ley a

¹⁰ En este sentido, e incluso a la vista de lo razonado por el Tribunal Supremo, la STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, ha estimado la demanda planteada por la Asociación para la Defensa de la Función Pública Aragonesa al considerar que no incluir en la Oferta de empleo público las plazas funcionariales ocupadas en el Presupuesto anterior por interinos, no sólo vulnera el ya reiterado art. 10.4 del EBEP y el art. 7.4 de la Ley aragonesa de función pública, sino que también constituye una práctica contraria al principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas, pues como decía la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, “no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos”. Se ha basado para ello en que la prohibición de incorporación de nuevo personal y el establecimiento de una tasa de reposición prevista en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015, no afecta a la obligación de incluir los puestos ocupados por interinos.

¹¹ Véase OCAÑA ESCOLAR, Luis, “La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos”, en *Temas Laborales*, núm. 118/2013, págs. 203-215.

cuatro) y, por otra, se flexibilizaba notablemente la dependencia funcional de los funcionarios interinos. Tanto en los nombramientos por acumulación de tareas como en los nombramientos para la realización de programas temporales el interino puede desarrollar las funciones, tanto en la unidad administrativa en la que ha sido nombrado como en otras unidades en las que pueda desempeñar funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal o estén afectadas por la acumulación de tareas.

De esta manera, en un contexto difícil de reducción del gasto público se posibilita que puedan destinarse recursos a aquellas unidades deficitarias de personal. Significa ello que el interino se ha convertido especialmente en estos últimos años en una figura muy cómoda para la Administración, que puede utilizar con amplios márgenes de libertad allí donde necesite personal y que puede cesar cómodamente sin que ello le genere obligación alguna de indemnizar. Su utilización puede resultar incluso ahora mucho más interesante para la Administración para evitar los posibles efectos de la nueva jurisprudencia comunitaria derivada del asunto De Diego Porras para los contratos laborales de interinidad.

Por lo demás, a los funcionarios interinos se les aplica el régimen jurídico de los funcionarios de carrera en la medida en que éste sea adecuado a la naturaleza de su condición. En la práctica, sin embargo, el carácter tuitivo de la jurisprudencia social comunitaria está extendiendo al interino determinadas instituciones que difícilmente serían compatibles con el carácter urgente, temporal y extraordinario que caracteriza a esta figura. Esto es lo que ha sucedido con los trienios o con algunas modalidades de carrera horizontal del funcionario, tales como el percibo de quinquenios docentes o de sexenios de investigación para los funcionarios docentes.

La temporalidad en la Administración es un importante problema que no deja indiferente a ningún colectivo. A pesar de este gran cuidado que se ha tenido en la regulación de esta figura, la experiencia demuestra que la realidad es muy distinta de la que se recoge en este marco legal y existen importantes abusos en la utilización del interinaje. Los abusos de las interinidades en puestos que deben ser desempeñados por funcionarios de carrera, en plazas estructurales, unas veces provocados por el propio legislador y otras buscados conscientemente por la Administración, ha llevado a la creación de un nuevo concepto de “interino de larga duración”, lo que no deja de ser una figura que encierra en sí misma una gran contradicción.

Tal como puso de manifiesto el informe del Defensor del Pueblo realizado en el año 2003, todo ello afecta al funcionamiento de la propia Administración y de los organismos públicos y perjudica a todas las partes implicadas. Por una parte, a los funcionarios que han accedido a sus empleos superando unas pruebas selectivas y que ven mermadas sus posibilidades de promoción y de movilidad por la presencia de interinos que ocupan puestos que ellos desearían cubrir y, por otra, a los aspirantes a un primer empleo en el sector público, que observan con preocupación cómo la oferta de empleo público es escasa y no recoge muchas vacantes ocupadas por personal con nombramientos provisionales, a pesar del empeño legal que el legislador ha puesto en ello¹² desde el año 2001 y, por último, al propio personal interino que lleva mucho tiempo desempeñando funciones públicas y que desea, como es lógico, la estabilidad profesional. Se han creado en determinados sectores, especialmente en el ámbito sanitario y educativo, importantes bolsas de personal interino que, atendiendo a sus legítimas y entendibles expectativas, generan gran presión en la Administración para la consolidación de las plazas que ocupan interinamente. La situación descrita evidencia que los responsables públicos han realizado en este ámbito una gestión de los recursos humanos no ajustada, en mayor o menor medida, a los principios de eficacia y eficiencia, que ha creado un entramado de intereses contrapuestos, que da lugar a reivindicaciones contradictorias y, en consecuencia,

¹² Con la Ley 24/2001 se modificó el art. 5 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado para obligar a la Administración a incluir en la oferta de empleo público las plazas ocupadas por funcionarios interinos nombrados por razones de necesidad y urgencia. Estas plazas deberían incluirse en la oferta de empleo público inmediatamente posterior a la permanencia de un año del interino en su puesto, salvo que fueran amortizadas, para ser objeto de provisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley, a excepción de las plazas ocupadas por interinos para sustituir a funcionarios con derecho a reserva de puestos de trabajo.

la mayor parte de las veces irreconciliables entre sí¹³. La jurisprudencia comunitaria pretende poner freno a estos abusos, por lo que es previsible que se negocien con los sindicatos cambios de calado en esta materia y, sobre todo, que se vaya poco a poco produciendo un importante cambio cultural en la Administración respecto al modo de hacer las cosas y utilizar la figura del funcionario interino.

LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA Y EL PRINCIPIO DE TRATO IGUALITARIO DE FUNCIONARIOS INTERINOS Y DE CARRERA. ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS.

El régimen jurídico aplicable al funcionario interino ha sufrido en los últimos años una metamorfosis debido a las consecuencias que se derivan de la interpretación del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada¹⁴. La normativa europea parte de un principio básico: el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada o nombramientos de funcionarios interinos o de personal estatutario temporal sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de la Administración y de los empleados en ciertas circunstancias.

Todas las disposiciones contenidas en el Acuerdo marco se aplican también a las modalidades temporales de prestación de servicios en la Administración, con total independencia, pues, de su naturaleza jurídica. Ello significa que los distintos tipos de contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas y los nombramientos del personal eventual y los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público deben respetar los principios contenidos en dicho Acuerdo y, entre ellos, resulta esencial el principio de no discriminación y la interpretación que al mismo le ha dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así lo han reconocido expresamente, entre otras, las Sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, apartado 56; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, apartado 38; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, apartados 28 y 29; de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, apartado 67 y la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-16/15), asunto Pérez López, apartados 24 y 25.

El núcleo principal del Acuerdo viene dado por el establecimiento en su cláusula 4 del “principio de no discriminación”. Según dispone el precepto, 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. Traducido este principio al ámbito estatutario significa que, el funcionario interino no puede recibir del legislador ni de la Administración un trato menos favorable que el previsto para los funcionarios de carrera. Éste principio ha de convertirse en un criterio básico para los gestores de los recursos humanos en la Administración. Este principio se ha considerado como un principio básico y fundamental de la política social comunitaria, por lo que no puede ser objeto de interpretaciones restrictivas.

Esta nueva regulación tiene como objetivo proteger las relaciones temporales de trabajo para mejorar su calidad. Para ello establece unas condiciones mínimas de protección y las garantías para la aplicación del principio de no discriminación entre el empleado temporal y el fijo en todas las condiciones de trabajo. Se pretende impedir que un vínculo temporal pueda ser utilizado por la Administración para privar a dichos trabajadores (también a funcionarios interinos y personal eventual) de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida o a los funcionarios de carrera.

¹³ Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público, Informe del Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, págs. 13 y 14.

¹⁴ Sobre este tema nos remitimos al excelente trabajo de ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep, *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, nº 8 de la colección de Estudios de Relaciones Laborales, Barcelona, 2015.

Este principio ha sido recogido también expresamente por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, reformulado en positivo como el “**principio igualitario**” entre trabajadores temporales y fijos y, en consecuencia, también entre funcionarios interinos y de carrera. A él se refieren expresamente, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 104/2004, de 28 de junio, la STC 232/2015, de 5 de noviembre o la STC 71/2016, de 14 de abril. Según esta doctrina constitucional, si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias entre funcionarios interinos y de carrera, las diferencias han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las expliquen razonablemente. Para establecer distinciones, pues, han de tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, no siendo suficiente la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública. Tampoco la menor dificultad que tiene los procesos selectivos que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo (STC 71/2016, de 14 de abril). Obviamente, el reto está en hacer compatibles esta aspiración básica con nuestros principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Como el principio igualitario afecta a todas las condiciones de trabajo entre el funcionario interino y su Administración, el concepto y delimitación de lo que haya de entenderse por “condiciones de trabajo” adquiere un valor esencial a la hora de determinar qué aspectos del régimen jurídico del interino deben ser iguales a los del funcionario de carrera. A ello se referiría indirectamente el art. 10 del TRLEBEB de 2015 al determinar que al funcionario interino se le aplicará el régimen del funcionario de carrera en todo lo que sea compatible con su naturaleza jurídica. Sin embargo, este precepto ha quedado ciertamente desfasado en la medida en que vía jurisprudencial se han reconocido a estos empleados derechos que, al menos en el plano teórico, no serían compatibles con su carácter temporal y de urgencia. Pensemos, por ejemplo, en el reconocimiento de trienios, de quinquenios o de sexenios o en el reconocimiento del nuevo derecho de carrera horizontal prevista en el art. 17 del TRLEBEP.

Nos encontramos aquí con un importante problema para el operador jurídico, para el gestor de los recursos humanos, que puede encontrarse con instituciones que no son compatibles con la naturaleza jurídica del interinaje y que, sin embargo, tendrá que aplicar por mor de la jurisprudencia comunitaria, creando así una situación de grave inseguridad jurídica en la gestión del personal.

Por la influencia del Derecho social comunitario acontece, pues, que esta “compatibilidad” entre ambas naturalezas jurídicas nos va a venir delimitada directamente por la jurisprudencia europea. Se ha considerado que en el concepto jurídico de «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, hay que incluir **los trienios** (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 47, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58, y el auto de 18 de marzo de 2011), **los sexenios** por formación permanente (véase, en este sentido, el auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, apartado 38); **las normas relativas a los períodos de servicio que han de prestarse a efectos de acceder a un grupo superior o al cálculo de los períodos de servicio requeridos para poder ser objeto de un informe de calificación anual** (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 46 y jurisprudencia allí citada). También deben incluirse en este concepto jurídico la carrera horizontal, ya sea el nuevo derecho del interino a participar en un **plan de evaluación, como el derecho a recibir el correspondiente incentivo económico o complemento retributivo** que se derive de ella en caso de evaluación positiva (Álvarez Santirso, Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15). En este último asunto ha considerado que la evaluación positiva en el plan de evaluación no tiene ninguna repercusión en el sistema de promoción o de progresión profesional, sino que se traduce exclusivamente en un complemento salarial. A partir de ahí ha concluido que un elemento retributivo en forma de incentivo debe, como condición de trabajo, concederse a un trabajador con contrato de duración

determinada en la misma medida que a un trabajador fijo. Como puede apreciarse, toda esta jurisprudencia sólo tiene sentido cuando el interinaje se desnaturaliza y nos encontramos con un interino de larga duración.

Además de este principio esencial para configurar el nuevo régimen jurídico del funcionario interino, hemos de tener en cuenta el contenido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco. Este precepto es importante porque a él recurre expresamente la última jurisprudencia comunitaria que vamos a comentar. Impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Según dispone dicha cláusula, “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”.

La jurisprudencia comunitaria sólo admite que la Administración pueda tratar a un funcionario interino (personal eventual o empleado laboral temporal) de forma distinta al funcionario de carrera (o al laboral fijo) si, siendo ambas situaciones jurídicas “comparables”, existe una justificación por razones objetivas. Surgen así dos conceptos jurídicos indeterminados que han de ser concretados con especial delicadeza para cada caso específico que se plantee, toda vez que las consecuencias para la Administración y para el funcionario interino pueden ser muy importantes.

A) El concepto de “comparabilidad” entre las situaciones del funcionario interino y el de carrera

El concepto de «**trabajador con contrato de duración indefinida comparable**» se define en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco como “un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”. Su apreciación corresponde a los jueces y tribunales españoles¹⁵. Para evaluar si el funcionario interino es comparable al funcionario de carrera hay que atender a si ambas figuras realizan un trabajo idéntico o similar en la Administración, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales. Así, por ejemplo, en el asunto **Álvarez Santirso**, se trataba de analizar si la situación del profesor interino de un instituto era equiparable a la de los profesores funcionarios de carrera de la Administración educativa asturiana a efectos de determinar sus posibilidades de participación en el modelo de carrera horizontal diseñado por el legislador autonómico y del reconocimiento del correspondiente complemento retributivo que la evaluación positiva llevaba anejo. Según ha considerado el Auto de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15, se desprende de las indicaciones realizadas en el auto de remisión de la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional español que “estas dos categorías de profesores ejercen funciones similares y están sometidos a obligaciones idénticas, en particular en lo que atañe a los criterios aplicados en los planes de evaluación referidos a la formación, a la contribución a los objetivos del centro y

¹⁵ Corresponde, en principio, al órgano jurisdiccional remitente, y no al Tribunal de Justicia, pronunciarse sobre si los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos se hallan en una situación comparable (véanse, por analogía, el auto de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10, apartado 39; las sentencias de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 67, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 43 y jurisprudencia citada; el auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, y el Auto Álvarez Santirso, de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15).

a la participación en sus actividades”. En consecuencia, la única diferencia entre el funcionario interino y un profesor funcionario candidato a la admisión a un plan de evaluación es la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vincula a su empleador, sin que exista una razón objetiva que justifique tal diferencia de trato.

B) El concepto comunitario de “razones objetivas”

En este sentido, es preciso tener en cuenta que, a efectos de interpretar el concepto de “razones objetivas” que pueden justificar la diferencia de trato entre el interino y el funcionario de carrera, no es suficiente con que dicha diferencia de trato esté prevista en una “norma nacional general y abstracta o en un convenio colectivo¹⁶”. De hecho, en el asunto Álvarez Santirso este factor de discriminación entre interinos y funcionarios de carrera tenía apoyo en la ley autonómica, que expresamente excluía a los funcionarios interinos del derecho de carrera horizontal. Sin embargo, ello resulta indiferente a efectos comunitarios.

Las razones objetivas a las que se refiere el Acuerdo no equivalen forzosamente a “razones previstas por el legislador” o que hayan sido previamente negociadas con los sindicatos a través de un Pacto, de un Acuerdo o de un convenio colectivo para los empleados laborales temporales de la Administración. Tampoco la mera alegación de la crisis económica y la necesidad de ahorrar pueden ser consideradas como razones objetivas justificadoras de una diferencia de trato. Así, por ejemplo, lo ha considerado la STC 71/2016 de 14 abril. En ella, por ejemplo, ha declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2013 en la medida en que, como medida de ahorro ante la situación de crisis económica, había previsto para ese año una reducción de jornada laboral y salario de un 20% para todos los funcionarios interinos y para el personal laboral de la Administración con contrato temporal o indefinido. En este caso es claro que la diferenciación no se establece por razón de la naturaleza del trabajo que se desempeña, sino por el hecho de que este personal no tiene una relación de empleo fija con la Administración, sin que el argumento meramente económico justifique tal medida.

Las soluciones son siempre casuísticas y deben atender a las circunstancias de cada uno de los casos que se planteen. En todo caso, la mera temporalidad del vínculo que une al funcionario interino con la Administración no se puede considerar a efectos comunitarios como una razón objetiva de la diferencia de trato.

CONSECUENCIAS DE ESTA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DEL FUNCIONARIO INTERINO

1. EN EL RECONOCIMIENTO DE LA ANTIGÜEDAD Y LOS TRIENIOS

Aunque la Directiva disponía de dos años para su transposición, hasta el año 2001, no fue hasta la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando se modificó el régimen relativo a los trienios correspondientes a los servicios prestados por los funcionarios interinos. En su art. 25 establecía por vez primera de forma expresa el reconocimiento de trienios para los interinos por los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto, que tendrían efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo.

En este reconocimiento legal fue decisiva la jurisprudencia comunitaria dictada en esta materia. Fundamental fue, por ejemplo, la Sentencia de **Del Cerro Alonso** de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, que ha desarrollado la doctrina fundamental sobre la interpretación de la citada cláusula 4,1 del Acuerdo. En ella se planteaba una reclamación de trienios por parte de la señora Del Cerro Alonso, que

¹⁶ Así lo ha considerado la jurisprudencia comunitaria, entre otras muchas, en sus sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartado 57, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 54; auto de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartado 40; sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 72, y auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, apartado 47).

había sido auxiliar administrativa en diversos hospitales del País Vasco durante más 12 años al momento de solicitar que se le reconocieran sus trienios, hasta que en julio de 2004 obtuvo una plaza como “personal fijo de plantilla”.

En dicha sentencia sostuvo el Tribunal que el principio general de no discriminación no puede ser interpretado restrictivamente al perseguir que los trabajadores temporales gocen de las mismas ventajas que los trabajadores fijos comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas. Estimó irrelevante que el empleo presentase elementos que caracterizan a la función pública. La Sentencia Del Cerro Alonso ha afirmado, además, que la remuneración, incluida una prima de antigüedad como el trienio, es una condición de trabajo a efectos de interdicción de discriminación, y que el Acuerdo marco, de aplicación directa frente a la Administración Pública, puede fundamentar la pretensión de un empleado con un contrato de duración determinada de que se le aplique un trienio o prima de antigüedad reservado únicamente a los trabajadores fijos por el Derecho nacional.

Esa doctrina se ha confirmado en jurisprudencia posterior, buena parte de ella sobre asuntos españoles. Destaca la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, **Gavieiro e Iglesias**, C-444/09 y C-456/09; en estos asuntos acumulados, las Sras. Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, ambas profesoras, solicitaron a la administración gallega los trienios no prescritos anteriores a la entrada en vigor del EBEP en 2007, períodos en que ambas habían trabajado como interinas. En el mismo sentido, el Auto de 18 de marzo de 2011 Montoya Medina, C-273/10; la Sentencia de 8 de septiembre de 2011 Rosado Santana, C-177/10; el Auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11 o la Sentencia de 9 de julio de 2015, C-177/14, que reconoce el abono de trienios al personal eventual. Ahora nos referiremos a ella con algo más de detalle.

Esta doctrina se ha reconocido incluso al **personal eventual** regulado en el art. 12 del TRLEBEP, esto es, a aquel tipo de personal que es nombrado por razones estrictamente de confianza para realizar tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la "confianza". Así lo ha venido a reconocer la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, Sala tercera, asunto C-177/14, en el asunto María José **Regojo Dans** contra Consejo de Estado. Todo ello a pesar de que en este caso se alegaba, con buen criterio, la especial naturaleza jurídica de este peculiar tipo de personal, que realiza funciones estrictamente de confianza y asesoramiento especial y que puede ser nombrado y cesado libremente, sin someterse a las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En este sentido, su especial naturaleza jurídica no se asemeja a la de las restantes modalidades de empleados temporales, ya sean funcionarios interinos o empleados laborales¹⁷. Ello justificaría, a juicio del Abogado del Estado, la inexistencia de un trato discriminatorio respecto del resto de empleados públicos. Se alegaba además que el reconocimiento de trienios resultaba incompatible con la permanencia forzosamente temporal de este tipo de empleos que, por su propia naturaleza, tiene un especial componente de precariedad, así como las dificultades para establecer la relación de “comparabilidad” con la figura del funcionario de carrera, toda vez que resultaba muy difícil acreditar la identidad o similitud de funciones entre ambas categorías de personal, sin que el hecho de haber desempeñado durante más de treinta años un puesto de personal eventual se desvirtuase el carácter de confianza de estos puestos de trabajo.

En este caso se daba la peculiaridad –por no decir absoluta irregularidad- de que la señora Regojo había prestado servicios en el Consejo de Estado y en otros órganos constitucionales como personal eventual -y en ocasiones incluso como contratada laboral- durante más de treinta años, realizando funciones que a veces se confundían con las propias del funcionario y que rebasaban el límite legal de "asesoramiento y

¹⁷ Véase al respecto a MAYOR GÓMEZ, Roberto, “Comentario a la Sentencia dictada por la Sala tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015 (asunto C-177/14) sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE de contratación de duración determinada al personal eventual: trienios”, en *GABILEX*, 2016.

confianza especial", expresando a veces cometidos profesionales de colaboración en típicas actividades administrativas.

Es importante tener en cuenta estas circunstancias de los casos concretos analizados por la jurisprudencia comunitaria, toda vez que va a ser elemento común en todas ellas la existencia de irregularidades escandalosas. Ello tal vez explique los pronunciamientos tan tuitivos que se están produciendo en los últimos años, y especialmente en las polémicas sentencias dictadas en septiembre de 2016 en cuanto al derecho a la indemnización de los contratados laborales interinos, de las que se ocupará el siguiente ponente.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo relevante es analizar, de forma concreta y casuística, los cometidos profesionales en su condición de personal eventual, y comprobar si son o no idénticos o análogos a los de un funcionario de carrera para verificar si se encuentran en una situación comparable, e igualmente para determinar si concurre o no alguna razón objetiva que justificara un trato diferenciador en cuanto al cobro de los trienios, sin que la forma de nombramiento o cese, el carácter de confianza o la naturaleza temporal del cargo impliquen una justificación objetiva, por ser en sí mismo un aspecto formal.

Pues bien, aunque el Tribunal europeo remite a los órganos judiciales internos para analizar las características de cada caso concreto que se planteen y hacer el análisis de comparabilidad entre el empleado temporal y el fijo, considera que el mero hecho de que se califique a un trabajador de eventual en virtud del Derecho nacional o de que su contrato de trabajo presente algunos aspectos particulares, como, por ejemplo en el presente asunto, su carácter temporal, su nombramiento o cese libres o el que se considere que dicho trabajador desempeña funciones de confianza y de asesoramiento especial, carecerían de relevancia a este respecto, para no desvirtuar la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y su aplicación uniforme en los Estados miembros. A partir de ahí declara que los "trienios", como complementos salariales de antigüedad que se reconocen en la legislación española, están incluidos dentro del concepto de "condiciones de trabajo" que se contiene en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco¹⁸.

En este caso, no obstante, se daba la circunstancia de que durante todos estos años la funcionaria había realizado en muchas ocasiones tareas que eran más bien propias de los funcionarios de carrera.

2. EN EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE CARRERA HORIZONTAL Y DE LOS CORRESPONDIENTES INCENTIVOS O COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS

Hace ya unos cuantos años que se vienen aplicando a los funcionarios interinos los mismos derechos retributivos correspondientes a las retribuciones complementarias relacionadas con la carrera horizontal que se aplican a los funcionarios de carrera, y ello a pesar de que esta institución difícilmente sería compatible con la naturaleza jurídica de esta institución que, en la medida en que supone una progresión en las perspectivas de mejora y de desarrollo profesional del funcionario, casa sólo a duras penas con la naturaleza estrictamente temporal y de urgencia que caracteriza a esta figura. Los pronunciamientos que se han producido hasta ahora no afectan a la modalidad de la carrera vertical, la que implica progresión en la estructura de puestos mediante el cambio de puestos de trabajo. La jurisprudencia se ha referido principalmente a las distintas modalidades de evaluación positiva de los funcionarios que no va ligada a un sistema de ascenso o de progreso profesional, sino que se traduce única y exclusivamente en la obtención de un incentivo económico.

¹⁸ Por todo lo anterior, en respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera planteadas por el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que "La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente".

En relación con los complementos retributivos por formación permanente, esto es retribuciones complementarias, el Tribunal de Justicia en su **Auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11**), declaro: "que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables." En este caso se reconocía el derecho de los interinos a los llamados **sexenios**, a través de la reclamación formulada por la señora Lorenzo Martínez, profesora de instituto de la Junta de Castilla y León.

A pesar de que la recurrente había completado más de seis años de antigüedad y había cursado la formación necesaria para ello, al igual que sus compañeros, no se le había reconocido la correspondiente retribución por sexenios porque la misma sólo estaba legalmente prevista para los funcionarios de carrera. La Administración, con buen criterio, había alegado la especial naturaleza de este complemento y de la figura del interino. No se trata simplemente de un derecho vinculado directamente a la antigüedad, a diferencia de lo que ocurre con los trienios, sino que tiene una finalidad de incentivar al funcionario y por ello va ligado a la carrera profesional del profesorado que se desarrolla dentro de cada uno de los cuerpos funcionariales a los que puede pertenecer el funcionario. A partir de estos planteamientos, su extensión a los profesores interinos parecía ciertamente poco compatible con la naturaleza del interino, cuyo nombramiento se vinculaba con un puesto de trabajo concreto que necesitaba ser temporalmente cubierto por razones de urgencia e interés público. Ello explica que se le negara la posibilidad de hacer carrera administrativa y, por consiguiente, de recibir el correspondiente complemento que, además, no se devengaba automáticamente, sino tras acreditar y validar una determinada formación docente. Al respecto dirá la Sala que:

"En relación con los complementos retributivos por formación permanente, como los controvertidos en el litigio principal, si bien incumbe en principio al juez remitente determinar su naturaleza y sus objetivos, procede observar que de la información proporcionada al Tribunal de Justicia por dicho órgano se desprende que estos complementos deben considerarse también «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. En efecto, como se deduce de los apartados 15 y 16 del presente auto, estos complementos constituyen un complemento salarial cuya concesión depende de la duración de los períodos de servicios prestados, como los trienios a los que se refiere el apartado anterior, y de haber cursado un determinado número de horas de formación en el marco de un régimen que tiene carácter obligatorio para el conjunto del profesorado no universitario que presta servicios para la Comunidad Autónoma de Castilla y León, a fin de alcanzar el objetivo consistente en mejorar la calidad de la enseñanza."

Otro buen ejemplo de esta extensión de derechos retributivos y de carrera se encuentra en el reciente **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016**, Sala Décima, en el asunto C-631/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Oviedo (Asturias). El conflicto enfrenta en este caso a don Carlos Álvarez Santirso y a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias.

Conviene tener en cuenta que este asunto es ya una cuestión pacífica y concretamente clarificada. Ello explica que haya sido resuelta mediante Auto, toda vez que, en virtud de lo dispuesto en el art. 99 de su Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado. Y esto es lo que ha sucedido en este supuesto. Ya existe una consolidada línea jurisprudencial al respecto que ha considerado que el principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional. Dicha línea jurisprudencial se manifiesta en diversas

sentencias del Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819; el auto de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10, no publicado, EU:C:2011:167; la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557; el auto de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, no publicado, EU:C:2012:67; las sentencias de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, y de 12 de diciembre de 2013, Carratù, C-361/12, EU:C:2013:830, y el auto de 7 de marzo de 2013, Bertazzi y otros, C-393/11, no publicado, EU:C:2013:143).

Al respecto, y sobre el principio de primacía del Derecho Comunitario, también debe traerse a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre, recaída en un recurso de amparo sobre la presunta violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁹. En dicha Sentencia el Tribunal recuerda que, efectivamente, dejar de aplicar, una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2CE) si existe una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004 , FFJJ 9 a 14). Ahora bien, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria. En este caso, recuerda el Tribunal que ya existe una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁰. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio).

En todo caso, como consecuencia de la resolución de esta cuestión prejudicial en el caso Álvarez Santirso, podríamos decir que el incentivo de carrera de los funcionarios docentes debe reconocerse también a los interinos que cumplan las condiciones y requisitos previstos en el correspondiente plan de evaluación aplicable a los funcionarios de carrera. En este caso se trataba de un incentivo de 206,53 euros mensuales para los funcionarios del subgrupo A1 y de 132,18 euros para los funcionarios del subgrupo A2.

Sigue así el Tribunal la línea jurisprudencial ya consolidada respecto de la aplicación a los interinos del mismo régimen que se aplica a los funcionarios de carrera, salvo que existan razones objetivas que justifiquen una diferencia de trato (sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, y autos de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10 y Lorenzo Martínez, C-556/11). En concreto se había planteado una petición de decisión prejudicial sobre la

¹⁹ Como se ha indicado, esta Sentencia no resuelve un supuesto de trienios, sexenios o no discriminación, sino la correcta aplicación del Derecho Comunitario. MARTÍN ALONSO, Nicolás, "El principio de no discriminación y su aplicación a la retribución de los empleados públicos de carácter temporal. Comentario a la STC 232/2015, de 5 de noviembre", Noticias Jurídicas, 12 de febrero de 2016. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10863-el-principio-de-no-discriminacion-y-su-aplicacion-a-la-retribucion-de-los-empleados-publicos-de-caracter-temporal-comentario-a-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre-i/>

²⁰ Recuerda el Tribunal Constitucional que, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma reiterada, los jueces y tribunales de los Estados miembros están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido, sin embargo, que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, de 5 de marzo de 1996). Por ello, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional, incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10 y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía del Derecho Comunitario, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcertado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea (STC 145/2012, de 2 de julio).

compatibilidad de la normativa autonómica asturiana relativa a la carrera en la Administración educativa del Principado y la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

El asunto conocido en esta sentencia tiene su causa en la impugnación del sistema de incentivos de carrera que realizó un profesor interino que, pese a haber prestado servicios docentes durante más de 16 años en la Administración, había sido excluido por la Consejería de Educación del primer Plan de evaluación de la función docente por no ser funcionario de carrera.

Se analiza para ello la Ley del Principado de Asturias 6/2009, de 29 de diciembre, de Evaluación de la Función Docente y sus Incentivos, que establece los planes de evaluación para poder disfrutar de este complemento de carrera, en los que se tiene en cuenta, entre otros aspectos, el absentismo, la función tutorial de los profesores, su participación en proyectos de innovación docente, su mayor dedicación, el desempeño de cargos directivos o su participación en la consecución de objetivos colectivos del centro de trabajo. Ahora bien, según el art. 2 de dicha norma, sólo podrán acogerse a ellos los funcionarios de carrera pertenecientes a los cuerpos docentes que acrediten el requisito de 5 años de antigüedad en el cuerpo. En consecuencia, la norma no permitía la participación en este programa de los funcionarios interinos, aunque éstos, como sucede con el recurrente, cumplieran sobradamente con el requisito de antigüedad de los 5 años que la ley establecía.

Tras analizar el principio de no discriminación entre los trabajadores indefinidos y trabajadores con un contrato de duración determinada, reconoce la Sala la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo. Ahora bien, en este caso no se ha justificado que el desempeño de las funciones docentes por parte de los profesores que son funcionarios de carrera y los que son interinos exija cualificaciones académicas o experiencias profesionales diferentes, sino que las funciones son similares y ambos tienen las mismas obligaciones docentes. Además, recuerda el Tribunal que la evaluación positiva en el Plan de evaluación no tiene ninguna repercusión en el sistema de promoción o de progresión profesional, sino que se traduce exclusivamente en un complemento salarial.

Todo ello le permite concluir la incompatibilidad de la norma con el mencionado Acuerdo Marco, toda vez que, un elemento retributivo en forma de incentivo debe, como condición de trabajo, concederse a un trabajador con contrato de duración determinada en la misma medida que a un trabajador fijo. A su juicio, *“la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin que exista ninguna justificación por razones objetivas, la participación en el Plan de evaluación de la función docente y el incentivo que se deriva de ella, en caso de evaluación positiva, únicamente a los profesores cuya relación de servicio es por tiempo indefinido, al ser funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores cuya relación de servicio es de duración determinada, al ser funcionarios interinos”.*

Quiere ello decir que, desde una estricta perspectiva del Derecho Comunitario, son compatibles con la Directiva las diferencias entre los funcionarios de carrera y los interinos que afecten a la provisión de puestos de trabajo, esto es, a que se puedan establecer determinados requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos; a la restricción del acceso a la promoción interna sólo a los funcionarios de carrera o a la posibilidad de que se exija a los funcionario tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo para su acceso.

Esta jurisprudencia ha tenido ya su reflejo en varios pronunciamientos judiciales españoles. Así, por ejemplo, y tan sólo por citar alguno de ellos, podemos traer a colación la STSJ de Valencia de 21 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia núm. 803/2015. La sentencia estima parcialmente el recurso planteado por la Asociación de Interinos de la Generalitat valenciana contra el Decreto 186/2014, de 7 noviembre, del Consell, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño, del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat. Se anulan los preceptos del reglamento que excluyen del sistema de

evaluación a los funcionarios interinos con más de cinco años de antigüedad y, en consecuencia, impide que los interinos puedan percibir el correspondiente complemento retributivo de carrera profesional. En este caso se analiza el derecho de los interinos a la carrera profesional horizontal, que se desarrolla sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y valorándose el rendimiento evaluado y acreditado como consecuencia de la valoración de su trayectoria y actuación profesional y de los conocimientos adquiridos y transferidos.

La administración sostiene que nos encontramos ante un supuesto de trato diferenciado entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos que se justifica por razones objetivas. Se trata de un concepto retributivo vinculado a la formación que persigue incentivar al funcionario de carrera en el conocimiento experto. Para la gestión de la carrera profesional se valora la actuación del personal, empleado público: su trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos, realizados, los conocimientos adquiridos, su implicación con la organización y sus objetivos y fines. Para la asociación de interinos recurrente, sin embargo, la exclusión de los funcionarios interinos de la Generalitat Valenciana con más de 5 años de antigüedad desempeñando las mismas funciones o de análoga naturaleza que quienes tiene la condición de funcionario de carrera, ocupando la misma plaza, dentro del mismo servicio o unidad administrativa, del sistema de evaluación previsto viola la Directiva, pues la única justificación para su exclusión es la del carácter temporal de sus nombramientos.

Pues bien, la Sala da respuesta a la impugnación aplicando directamente la jurisprudencia comunitaria. Parte del análisis del concepto de "trabajador con contrato de duración indefinida comparable» se define en la cláusula 3, apartado 2, del Acuerdo marco como "un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña». Para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo idéntico o similar, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable (auto Montoya Medina, y la sentencia Rosado Santana). En este caso, concluye que existe una discriminación, toda vez que, por una parte, al funcionario interino no se le exige para ser nombrado cualificaciones académicas o una experiencia distinta de la exigida al funcionario de carrera y, por otra, ejercen idénticas funciones y están sometidos a las mismas obligaciones²¹.

3. EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS "SERVICIOS PREVIOS" A LOS EFECTOS DEL CÓMPUTO DEL TIEMPO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROMOCIÓN INTERNA

En este caso tenemos que traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, en el **asunto Rosado Santana**. El pronunciamiento tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo andaluz ante la denegación por parte de la Junta de Andalucía del derecho del funcionario, el señor Rosado, a participar en una convocatoria de promoción interna para el ingreso al Cuerpo General de Administrativos de dicha Comunidad²².

En aplicación de la legislación funcionarial se exigía el cumplimiento de varios requisitos: poseer el título de Bachiller Superior o título equivalente o, alternativamente, poseer una antigüedad de diez años como

²¹ En un sentido similar se pronuncia también la STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, sentencia núm. 917/2012. La Sala anula diversos preceptos del reglamento de carrera horizontal de los funcionarios autonómicos asturianos. Se impugna en este proceso el Decreto 37/2011 de 11 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias y, más concretamente, las Disposiciones Transitorias en cuanto establecen, para el cómputo del periodo de cinco años de servicios efectivos, que los servicios prestados como funcionarios de carrera en cuerpos o escalas correspondientes a los distintos grupos de clasificación profesional, se computarán en un porcentaje del 70%, que se contiene en la Disposición Transitoria Primera.2 y en el último párrafo de la Disposición Transitoria Segunda.2

²² Véase OCAÑA ESCOLAR, Luis, "La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos", en *Temas Laborales*, núm. 118/2013, págs. 203-215.

funcionario de carrera en cuerpos pertenecientes al grupo D, o de cinco años y haber superado un curso específico en el Instituto Andaluz de Administración Pública. La convocatoria había establecido que, a estos efectos, no se computarían los servicios previos reconocidos como personal interino o laboral en cualquiera de las Administraciones Públicas u otros servicios previos similares. En este caso, el señor Rosado Santana fue apartado del procedimiento porque no se le computó los servicios prestados como funcionario interino y, en consecuencia, no cumplía con el requisito de los diez años de antigüedad exigidos por el legislador.

Tras analizar las circunstancias concretas del caso, el Tribunal recuerda que los Estados miembros tienen margen de apreciación en la organización de sus propias administraciones públicas. En principio estas pueden, sin infringir la norma comunitaria, restringir el acceso a la promoción interna a funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente anterior al que es objeto del proceso selectivo. No obstante, en ese margen de apreciación, los criterios utilizados deben ser transparentes para poder ser controlados y evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos o las relaciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional. Si el trato diferente en relación con un proceso selectivo resulta de la necesidad de tener en cuenta requisitos objetivos, relativos a la plaza que dicho procedimiento tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al funcionario interino con su empleador, el mismo puede estar justificado.

En este caso, y según los datos aportados por el juzgado, había quedado acreditado que durante el tiempo en el que el funcionario interino permaneció en su puesto realizó las mismas funciones que los funcionarios de carrera en situación “comparable”, esto es, que tenían diez años de antigüedad en los cuerpos de funcionarios correspondientes al grupo D. Si las funciones del interino no se hubieran correspondido con las de los funcionarios de carrera, el interesado no se hubiera encontrado en una situación comparable en los períodos de servicio transcurridos como tal. A partir de ahí, concluyó el Tribunal que, el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada, no constituye una razón objetiva para darle un trato diferente respecto del funcionario de carrera.

4. ¿DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE? LA APLICACIÓN DE MEDIDAS EQUIVALENTES A LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CONTRATOS LABORALES EN INDEFINIDOS EN CASO DE NOMBRAMIENTOS ABUSIVOS DE FUNCIONARIOS INTERINOS O DE PERSONAL EVENTUAL ESTATUTARIO.

Hasta ahora todas las sentencias europeas se habían aplicado a determinados aspectos de la dinámica de las relaciones de trabajo entre los funcionarios interinos y la Administración y el propósito fundamental había sido la extensión del principio de no discriminación a la Administración, a las relaciones funcionariales, en aspectos relativos fundamentalmente con los derechos económicos y de carrera. Estas tres nuevas sentencias de 14 de septiembre de 2016 dan un paso más porque se aplican a cuestiones nuevas relacionadas con la extinción y cese del personal funcional (en rigor no hay despido) sobre las que antes no se había pronunciado y ponen el foco en la obligación del Estado de prevenir y sancionar los comportamientos abusivos en la contratación temporal. Se inicia una nueva fase que puede tener consecuencias económicas importantísimas para una Administración que tiene más de 300.000 interinos.

Las dudas sobre el reconocimiento de este posible nuevo derecho a la indemnización cuando se produce el cese se han planteado fundamentalmente a raíz de dos Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016. En ambas se analizan las consecuencias que se derivarían de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada para el caso de nombramientos temporales sucesivos de carácter abusivo en las Administraciones Públicas. Los asuntos sobre los que se pronuncia el Tribunal se refieren tanto a la figura del funcionario interino como del personal estatutario eventual, que vendría a ser el equivalente a aquél en el ámbito específico de la sanidad, y tratan sobre lo que se ha denominado “funcionarios interinos de larga duración”, esto es, que a través de diversos nombramientos sucesivos han prestado servicios para una Administración Pública durante muchos años. Conviene analizar

por separado los asuntos que se tratan en las mismas y la solución que se apunta en ambas por ser ciertamente complejas en cuanto a sus efectos prácticos en nuestro ordenamiento jurídico.

En la primera de ellas analiza los asuntos **Martínez Andrés y Castrejana López** (C-184/15 y C-197/15). Resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La primera de las cuestiones versaba sobre personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud, categoría prevista en el art. 9 de la *Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural y extraordinaria y cuyo nombramiento fue objeto de trece prórrogas, motivadas no de forma específica sino de manera genérica invocando “necesidades del servicio”. La segunda cuestión se refería a un arquitecto que, después de prestar servicios en un Ayuntamiento durante varios años con dos contratos laborales sucesivos de duración determinada para ejecutar un programa, fue nombrado funcionario interino para la ejecución de ese mismo programa, condición en la que prestó servicios durante catorce años más²³.

En ambos casos, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que se ha producido una utilización abusiva de la contratación de duración determinada, según establece el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. En relación con el personal temporal eventual, la inespecífica motivación del nombramiento y de las sucesivas prórrogas no permiten apreciar si estas se utilizaron realmente para satisfacer necesidades temporales o permanentes de la Administración. El tribunal remitente pone de manifiesto que la situación del Sr. Castrejana López es especialmente llamativa, dado que, si se hubiera mantenido su relación laboral inicial con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, habría disfrutado de las disposiciones protectoras relativas a la extinción de una relación laboral, derecho que, no obstante, le ha sido denegado, tanto por la normativa nacional como por la jurisprudencia relativa a esta normativa, debido a su condición de funcionario interino. En este caso, además, el TSJ del País Vasco llama la atención sobre el largo período temporal del nombramiento (más de diecisiete años). A partir de aquí, el Tribunal recuerda al plantear las cuestiones prejudiciales que en España la jurisprudencia ha elaborado el concepto de “trabajadores indefinidos no fijos” para los supuestos de contratos laborales temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones públicas, con la importante consecuencia de que la duración indefinida del contrato implica que éste no está sometido a plazo.

Se plantea como objeto de la cuestión prejudicial si es compatible con la mencionada Directiva una norma nacional o la práctica de los tribunales nacionales, que no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos (relaciones de servicio reguladas por el Derecho administrativo) el derecho al mantenimiento de su relación de servicio o, más bien, a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente previstos, mientras que para los empleados contratados temporalmente de forma irregular sí se les reconoce el derecho a la conversión de su relación temporal en indefinida a través de la nueva figura creada jurisprudencialmente del “trabajador indefinido no fijo” (relación jurídica regulada por el Derecho laboral).

²³ Se trataba de un programa de ordenación urbana suscrito con fecha 22 de noviembre de 1995 entre el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y el Instituto Foral de Bienestar Social en orden a favorecer la eliminación de las barreras urbanísticas y arquitectónicas y contribuir a la consecución de la accesibilidad del entorno urbano para las personas con movilidad reducida. Tras la celebración de dos contratos laborales temporales, el 22 de enero de 1998, el Concejal-Delegado del Área de Función Pública modificó la condición jurídica del Sr. Castrejana López, nombrándole funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para la ejecución del mismo convenio; la fecha de finalización del nombramiento era la de conclusión de dicho programa de ordenación urbana. El 10 de noviembre de 1998, el Ayuntamiento dictó nueva resolución por la que se daba por finalizada la relación de servicio del Sr. Castrejana con efectos al 31 de diciembre de 1998 por conclusión del mencionado programa de ordenación urbana. Sin embargo, el 11 de enero de 1999, el Ayuntamiento revocó dicha resolución ya que el programa había prorrogado su vigencia. Mediante Decreto de 10 de diciembre de 2012, se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del Sr. Castrejana López con el Ayuntamiento porque el programa había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones públicas.

Recuerda el Tribunal que el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, pero no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales (incluidas las judiciales) 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. Sin embargo, las modalidades de aplicación de tales medidas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos. Ahora bien, las medidas de ejecución que establezcan los Estados 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).

En consecuencia, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En cualquier caso, el Derecho europeo no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. Ahora bien, 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. Al tratarse de acceso a la Administración, cualquier solución por la que se opte requerirá el cumplimiento escrupuloso de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Aunque corresponde, en todo caso, a los Tribunales nacionales y no al Tribunal de Justicia europeo realizar esta labor interpretativa del Derecho interno, el Tribunal sí quiere dar algunas orientaciones a los Tribunales españoles y por eso añade ciertas precisiones para la aplicación correcta del Acuerdo marco. En la medida en que al plantearle la cuestión el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ya calificaba como abusivos los nombramientos sucesivos en cuestión y advertía de que el Derecho español contaba con una solución eficaz para prevenir la utilización abusiva de contrataciones sucesivas en las Administraciones Públicas pero sólo para el personal laboral pero no para el personal regido por el Derecho Administrativo –a saber, la transformación de la relación laboral en indefinida-, advierte al Tribunal Superior de Justicia que a dicho personal administrativo que sea objeto de nombramientos sucesivos le debe ofrecer una solución equivalente a la del personal laboral que haga eficaces los derechos que el ordenamiento europeo les reconoce. Es decir, que, aunque el Derecho nacional no prevea esa solución, los Tribunales nacionales están autorizados, en virtud del Derecho europeo, a aplicarla a los casos concretos para sancionar la utilización abusiva de relaciones laborales sucesivas regidas por el Derecho administrativo.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia declara que *“el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar”*.

La otra Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 trata exclusivamente la situación del personal estatutario eventual. Nos referimos al **asunto Pérez López**, (C-16/15), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid respecto del personal estatutario temporal en los servicios de salud autonómicos. En este caso

se trataba de una enfermera que había sido nombrada por el Servicio Madrileño de Salud en sucesivas ocasiones, abarcando los nombramientos un período temporal de más de cuatro años²⁴. Tras agotar la vía administrativa de recursos, la señora Pérez López interpuso un recurso contencioso-administrativo en el que alega, en esencia, que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente. En consecuencia, la sucesión de nombramientos de duración determinada incurría en fraude de ley y la relación de servicio debía transformarse.

El Tribunal de Justicia analiza y se centra en profundidad en la regulación que hace el artículo 9 de la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, que prevé los supuestos que habilitan a la Administración sanitaria para nombrar a personal estatutario temporal en cualquiera de las tres modalidades que crea: como interinos, como personal de sustitución o como personal eventual²⁵. Se centra en el análisis del personal eventual, toda vez que es el que afecta a la enfermera recurrente, aunque sus planteamientos y reflexiones serían también extrapolables a las demás figuras temporales previstas en aquel precepto.

Para entender la solución que se apunta en la sentencia conviene tener muy presente el contenido concreto de la cuestión prejudicial que plantea el Juzgado madrileño. Según el juzgado remitente, la normativa española (art. 9 del Estatuto Marco) no contiene medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada y permite que la Administración pueda apreciar libremente las razones que justifican la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada y la oportunidad de crear una plaza estructural que responda a las necesidades de los servicios de salud. Ahora bien, considera que, incluso en el caso de que se cree dicha plaza, se mantendrá la situación precaria de este personal estatutario, ya que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal.

Asimismo, el Juzgado muestra sus dudas en lo que atañe a la compatibilidad de este precepto con el principio de no discriminación tal como está formulado en la cláusula 4 del Acuerdo marco. Señala que el personal estatutario temporal eventual de los servicios de salud es comparable a estos efectos con el personal eventual previsto en el Estatuto de los Trabajadores y que existiría una situación de discriminación en la medida en que para éstos sí se ha previsto el derecho a una indemnización de 12 días de salario por

²⁴ La Sra. Pérez López fue nombrada personal estatutario temporal eventual como enfermera en el Hospital Universitario de Madrid durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 3, del Estatuto Marco, el nombramiento indicaba como causa justificativa la «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», y como contenido y descripción de la prestación el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial». Tras el primer nombramiento, fueron emitidos nuevos nombramientos de la Sra. Pérez López en siete ocasiones, con una duración de tres, seis o nueve meses, todos con idéntico contenido, de modo que la Sra. Pérez López prestó servicios sin solución de continuidad durante el período comprendido entre el 5 de febrero de 2009 y el 31 de marzo de 2013. Su cese se produjo como consecuencia de una Orden de la Consejería y básicamente por motivos económicos, por la necesidad de ahorrar.

²⁵ Esta Ley optó definitivamente por la naturaleza pública y funcional del personal sanitario, calificando la relación que los une con la Administración como una «relación funcional especial». En su art. 9 define al personal estatutario temporal, que es aquel que puede ser nombrado por los servicios de salud por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario. Se les aplica el régimen del personal estatutario fijo en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición.

Los nombramientos de personal estatutario temporal pueden ser de **interinidad, de carácter eventual o de sustitución**. El nombramiento de carácter interino se utiliza para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Su cese se produce cuando se incorpore personal fijo o cuando se amortice la plaza. El nombramiento de sustitución se expide 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. Más problemático es el nombramiento de carácter eventual, que está previsto para tres 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 y c) para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Se produce el cese 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.

cada año trabajado cuando cesa su relación y disfrutan de una cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, consistente en que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido²⁶. En los apartados 65 y siguientes de la sentencia se analizan estas pretensiones y finalmente considera el Tribunal que **la diferencia de trato entre el personal estatutario eventual y el personal eventual regulado en el Estatuto de los Trabajadores no es discriminatoria porque no son situaciones jurídicas “comparables” en la medida en que están sometidas a diferente régimen jurídico**. Es decir, aunque la Directiva y el Acuerdo marco se aplican tanto a los empresarios como a las Administraciones Públicas, a los trabajadores y a los funcionarios, no mezcla los regímenes jurídicos²⁷. Esto es, los funcionarios interinos y, en su caso, el personal estatutario eventual, sólo son comparables con los funcionarios de carrera y, en su caso, con el personal estatutario fijo. La normativa comunitaria, pues, no obliga a establecer situaciones “cruzadas” de comparabilidad entre el régimen laboral y el funcional.

La ley ha regulado esta figura con gran detalle en su art. 9, aunque concediendo importantes márgenes de discrecionalidad a la Administración. Así, ha previsto que, si se realizan 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, **procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro**. Ahora bien, llega a la conclusión de que la Ley no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales.

El Tribunal se basa en los datos y en la apreciación concreta que realiza el Juzgado remitente, que llega a calificar de “mal endémico” la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal. Así, parte de la base de que en el servicio madrileño alrededor del 25 % de las 50.000 plazas de plantilla de personal facultativo y sanitario están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal, llegando en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años. Sólo teniendo en cuenta estos datos se entiende la profundidad de la solución aportada por el Tribunal al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas. Es más, en el argumento número 55 de la sentencia llega a afirmar que “existe un déficit estructural de puestos de personal fijo”.

Pues bien, tras este análisis, la Sentencia vuelve a insistir sobre **la obligación que tienen todos los Estados miembros de la Unión Europea de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada**. Para ello están obligados a la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera la cláusula 5 del Acuerdo, gozando, en este sentido, de un importante margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en dicha cláusula o de adoptar medidas equivalentes atendiendo a las necesidades de cada sector o categoría de empleados.

²⁶ ¿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?»

²⁷ 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. Esta diferencia de trato sólo podría 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 (apartados 67 y 68 de la sentencia).

Aunque la normativa europea no haya contemplado sanciones, sí obliga a la adopción de medidas proporcionadas y que sean lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de los objetivos del Acuerdo marco. Además, tales modalidades 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**), así lo ha considerado, entre otras, en las Sentencias de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, apartado 62 y jurisprudencia citada; en la de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, apartado 77 y en la de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15.

En su análisis tiene en cuenta la naturaleza del servicio público que se presta. Argumenta que en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede, por tanto, constituir una razón objetiva que justifique tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de nuevas necesidades, toda vez que la Administración debe de contar con el suficiente marco de flexibilidad que le permita adecuar constantemente el personal sanitario con el número de pacientes. Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria ha puesto un límite claro: **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**. Concluye, así, que la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, contradice la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, apartado 58).

Todo ello le permite concluir que la redacción actual del art. 9 de la Ley 55/2003 se opone a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco en la medida en que deja un excesivo margen de libertad a la Administración al permitir que pueda recurrir a sucesivos nombramientos temporales cuando en realidad se trata de necesidades permanentes y estables y, en consecuencia, de puestos estructurales y en la medida en que no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales²⁸.

Significa ello que en este caso la compatibilidad del art. 9 de la Ley 55/2003 pasa simplemente por evitar realizar una concatenación de nombramientos temporales cuando en realidad hay una necesidad estructural que requiere la creación de un nuevo puesto de trabajo.

Nótese que en este caso no se obliga a aplicar a estos nombramientos temporales como personal estatutario eventual la misma solución que prevé el Estatuto de los Trabajadores para el trabajador laboral eventual. La solución no es la misma que la aportada en la sentencia anterior donde directamente aplica a los interinos y personal eventual la misma solución que a los contratados laborales temporales (conversión en indefinidos u otra medida similar equivalente y no menos favorable).

Es decir, tal como parece apuntarse en este pronunciamiento, de una forma incluso más clara que en la Sentencia anterior que acabamos de comentar de la misma fecha, el Derecho Comunitario no impone necesariamente aplicar para el ordenamiento administrativo funcionarial el mismo régimen protector que

²⁸ La cláusula 5 del Acuerdo marco se opone a una normativa interna en la medida en que permite la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables; Y, asimismo, no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

ha previsto el ordenamiento laboral, que convierte el contrato de trabajo temporal irregular en un contrato de trabajo indefinido. A partir de ahí y a los meros efectos de cumplir con las exigencias de protección de la Directiva comunitaria para esta concreta modalidad de nombramientos temporales, tal vez bastaría con modificar simplemente la literalidad del art. 9 para cambiar el tiempo verbal que utiliza el precepto y obligar directamente a la Administración a crear un nuevo puesto de trabajo. Se trataría de restringir la discrecionalidad administrativa que la norma concede a la Administración y convertir la potestad discrecional de decidir si crea o no un puesto en una potestad reglada. Al fin y al cabo, la concatenación de nombramientos para realizar exactamente las mismas funciones no hace sino demostrar que, efectivamente, existe una necesidad estructural de la Administración que requiere la creación de un nuevo puesto de trabajo que, en todo caso, deberá ser cubierto a través de los correspondientes procesos selectivos y respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Esta nueva línea jurisprudencia ya está teniendo sus primeros efectos. Podemos traer a colación la STSJ de Andalucía, de 30 de septiembre de 2016, Sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección primera (apelación 221/2016). Ha revocado la sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Sevilla y estimado el derecho de la funcionaria recurrente “a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición. Ello se entiende, como se razona en aquella sentencia, sin perjuicio de las facultades de la Administración para la amortización del puesto de trabajo o para el caso de mantenerlo someterlo al correspondiente proceso selectivo al que debería concurrir el provisionalmente contratado que habría de someterse y estar a los resultados de ese proceso sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y sin que quepa sin más la resolución del contrato por expiración del plazo consignado en el mismo”. En este caso se trataba de una funcionaria que había sido objeto de numerosos y sucesivos nombramientos de naturaleza eventual, como auxiliar administrativo, en diversos hospitales andaluces, desde el mes de diciembre del año 2011, con un carácter sustancialmente interrumpido hasta el último nombramiento producido el 1 de marzo de 2015, respecto del que no se deja constancia de su fecha de finalización. Ante esta situación e invocando directamente esta jurisprudencia comunitaria solicitaba “la obtención de un nombramiento indefinido y que se le reconociera como personal laboral con relación laboral de carácter indefinido”. Pues bien, aunque la sentencia considera que no se puede modificar por vía de sentencia la naturaleza de los nombramientos eventuales o de sustitución, si le reconoce su derecho a mantenerse en el puesto, toda vez que los sucesivos nombramientos venían a evidenciar la existencia de necesidades organizativas que no eran provisionales.

A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿Y AHORA QUÉ?

Del análisis de las sentencias y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los que hemos hecho referencia en las páginas anteriores podemos extraer algunas conclusiones que orienten a nuestros legisladores (tanto al legislador básico como a los distintos legisladores de desarrollo) y a la Administración a la hora de aplicar las condiciones de trabajo a los interinos.

1. En primer lugar, la Administración debe hacer un gran esfuerzo por cambiar su cultura jurídica y evitar a toda costa la utilización abusiva de la interinidad. Todos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se producen ante casos de interinos llamados “permanentes” o “de larga duración”. En estas condiciones se pervierte la naturaleza jurídica del interino y a partir de ahí se explica que la existencia de un vínculo temporal con la Administración no haya sido considerada por la jurisprudencia comunitaria como motivo suficiente como para no aplicar al interino las mismas “condiciones de trabajo” del funcionario de carrera, esto es, su mismo régimen jurídico en cuanto a derechos, deberes o situaciones administrativas, por ejemplo. Ello supone una importantísima novedad respecto a lo que ha sido la tradición en nuestro ordenamiento jurídico funcional hasta hace tan sólo unos años.

2. En segundo lugar, con independencia de lo que pueda decir incluso el propio legislador, básico o estatutario, la desigualdad de trato entre ambas categorías sólo tendría cobertura cuando la misma esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de trabajo de

que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes. La mera temporalidad del vínculo no justifica la desigualdad de trato entre ambas figuras. Sólo estos criterios permiten 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.

A partir de ahí, la jurisprudencia comunitaria reconoce un importante marco de actuación para los Estados miembros en relación con las potestades de organización de sus Administraciones públicas, lo que les permite la posibilidad de establecer un régimen jurídico distintos para los funcionarios interinos en determinadas instituciones. Así, se ha considerado que las Administraciones pueden, sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo marco, establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo (sentencias de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 76, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 57, y auto de 7 de marzo de 2013, Bertazzi y otros, C-393/11, no publicado, EU:C:2013:143, apartado 43).

3. En tercer lugar, corresponde a los órganos internos de cada Estado apreciar dichas circunstancias. Serán los jueces y tribunales españoles los órganos encargados de comprobar si la situación del funcionario interino es comparable a la de otro funcionario público de carrera de esa Administración. Además, están habilitados para inaplicar incluso una norma con rango de ley que desconozca esta línea jurisprudencial. Así se ha apuntado recientemente en la STC 232/ 2015, en la que se resalta la aplicación directa y preferente del Derecho Comunitario sobre las leyes, reglamentos y actos administrativos en materia funcionarial. No hemos de olvidar que el principio de igualdad de trato se ha configurado como uno de los principios fundamentales de la política social europea, por lo que no puede ser interpretado de una forma restrictiva. Distinta es la posición en la que se encuentra la Administración. El principio de legalidad le obliga a cumplir con las normas.

4. Aunque el Derecho Comunitario establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas y de protección de los empleados temporales, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. Corresponde al Estado español 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. Aunque existe un importantísimo marco de actuación para los ordenamientos internos, existen unas exigencias de equivalencia y de efectividad, que expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión. A partir de ahora se presenta para el Estado español un marco abierto, pero deberá adoptar algunos cambios importantes en materia funcionarial. En todo caso, las medidas que se adopten deben respetar dos principios comunitarios esenciales en esta materia:

- A) Principio de equivalencia: Las medidas que se adopten no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno. ¿Significa esto que las medidas deben ser al menos las previstas para los contratados laborales temporales, que implican la conversión de su contrato temporal en indefinido? Como recuerdan los puntos 39, 40 y 41 de la STJ de la UE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López, así como la jurisprudencia allí citada), “la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada”. Significa esto que la normativa comunitaria no obliga a que la Administración española adopte para los funcionarios interinos (y para el personal estatutario eventual) la misma solución que ha previsto nuestra jurisprudencia, primero, y después el legislador básico estatutario (art. 11 del TRLEBEP), para los empleados públicos contratados

temporal e irregularmente. Ahora bien, sí debe adoptar una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

En virtud de la función de orientación que corresponde al Tribunal Europeo, y por tanto, sin que sea obligatorio, se sugiere en el punto 53 de esta misma sentencia que, en la medida en que en el ordenamiento funcional no existe una medida equivalente de protección similar a la que existe para sus empleados laborales temporales, **“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”**.

Se deja abierta la puerta hacia la instauración de una especie de “funcionario interino indefinido” en claro paralelismo con la figura del “contratado indefinido”. En todo caso, la solución final que se adopte no puede suponer, bajo ningún concepto, la adquisición de funcionario de carrera porque ello pugnaría con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

- B) Principio de efectividad: las medidas que adopte el Estado español no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por las normas comunitarias. En este sentido, sobre la forma de materializar esta tutela para el funcionario interino, aunque el TJUE remite a las normas procesales internas, la mera opción de que el funcionario tenga que ejercitar una nueva opción ante un tribunal diferente para determinar la sanción apropiada una vez declarada judicialmente la existencia de utilización abusiva de contratos (o nombramientos) 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” (puntos 63 y 64 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos Martínez Andrés y Castrejana López). Significa ello que corresponde al mismo Juzgado o Tribunal que conoce del asunto establecer la concreta protección al funcionario.

5. Es previsible que ante las expectativas creadas por esta nueva línea jurisprudencial se genere una importantísima conflictividad judicial buscando la aplicación de la doctrina apuntada en la sentencia Martínez Andrés y Castrejana. Asimismo, es previsible que se produzcan presiones para que las Administraciones Públicas procedan a realizar procesos extraordinarios de consolidación de empleo para regularizar la figura de los interinos de larga duración²⁹. En este sentido, la Disposición Transitoria cuarta del TRLEBEP sería insuficiente porque sólo afectaría a los que tenían ya esta condición con anterioridad al 1 de enero de 2005. Todos los interinos que pueden llevar incluso hasta 11 años de prestación de servicios quedarían fuera de la cobertura de este supuesto. Además, todos estos procesos deben ser respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y concurrencia competitiva. Lo razonable sería una nueva intervención por parte del legislador básico estatal. En todo caso, habría que tener en cuenta que se trata de procesos extraordinarios que, como ha recordado la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, la persona que ocupa interinamente estas plazas

²⁹ El Auto del Tribunal Supremo de 3 marzo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, ha acordado plantear al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad sobre las prescripciones de la disposición transitoria novena de la Ley 7/2003, de 25 de abril, de Protección de la Salud, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la medida en que establecía un doble sistema especial de valoración de los interinos en el procedimiento selectivo previsto para que el personal interino al servicio del cuerpo de farmacéuticos titulares pudiera acceder a la condición de funcionario del cuerpo de titulación superior de la Generalidad, Salud Pública. El establecimiento de una regla especial de valoración de los servicios prestados en funciones propias de las plazas convocadas puede suponer una posible infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, en lo que disponen sobre el derecho a la igualdad con carácter general y sobre el derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas. En concreto, los apartados 9.2 (letra b) y 9.3 de su disposición transitoria novena establecen un turno de reserva especial que, dentro del concurso-oposición libre que regulan, se reconoce únicamente al personal mencionado en el apartado 9.1 pero que no se halle en las situaciones de la letra a); un turno especial cuyo contenido o virtualidad se concreta en la posibilidad de que al colectivo beneficiario de dicho turno se le aplique una “especial valoración” y, como consecuencia de ello, una superior puntuación en los servicios profesionales que como mérito pueden ser alegados y acreditados en el proceso selectivo.

que habrían de regularse por responder a necesidades estructurales no tiene garantía alguna, primero, de que vaya a superar dicho procedimiento, y segundo, de que se le vaya a adjudicar el puesto que venía ocupando temporalmente en el caso de que lo supere, pues los puestos se ofertarán para todos los candidatos que lo hayan superado y se adjudicarán por el orden que ocupen en la lista de seleccionados. Nunca se podrá hablar de un derecho subjetivo a favor de los recurrentes en el sentido de que se les reserven sus puestos.