



**A/A CONSEJERA DE PRESIDENCIA, INTERIOR, JUSTICIA Y ACCIÓN EXTERIOR**

Desde Trabajadores Unidos le adjuntamos el informe jurídico que ha implementado EJASO ETL GLOBAL, despacho de abogados multidisciplinar, con sede central en Madrid, dirigido por María Emilia Casas, presidenta emérita del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho del Trabajo por la Universidad Complutense de Madrid.

En dicho informe se constata que la FIJEZA directa para los afectados es totalmente constitucional y puede ejecutarse mediante una regularización administrativa.

Este citado informe se le hemos enviado para su conocimiento a través del correo electrónico el día de ayer miércoles 24 de marzo de 2021 al presidente y vicepresidente de Cantabria y, desde Trabajadores Unidos le solicitamos tenga en cuenta lo expuesto en el mismo en las reuniones que Cantabria mantiene con ocasión de la modificación del EBEP de cara a la fijeza como sanción al fraude de ley.

Atentamente, un cordial saludo.

Santander a 25 de marzo de 2021

Fdo.: Isabel Rodríguez Gaitán

Secretaria General de Trabajadores Unidos

Email de contacto: [trabajadores.unidos.cantabria@gmail.com](mailto:trabajadores.unidos.cantabria@gmail.com)

Sindicato Trabajadores Unidos  
C/ Hernán Cortés 57 Principal Derecha 39003  
Santander  
942 313 600

# TEMPORALIDAD DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

## SITUACIÓN, ESCENARIO NORMATIVO Y ALTERNATIVAS

## ÍNDICE

- 1.- La temporalidad abusiva en el empleo público. Escenario inicial
- 2.- Marco regulatorio de referencia. Constitución Española y Derecho de la Unión Europea
- 3.- Trasposición de la normativa comunitaria al derecho interno. Ámbito de aplicación público/privado
- 4.- Normativa estatal de referencia
- 5.- Ámbitos de resolución del problema. Cauce legislativo o solución jurisdiccional
- 6.- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70
- 7.- La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia
- 8.- Derecho a la igualdad y principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública
- 9.- Doctrina del Tribunal Constitucional
- 10.- Conclusiones

### ANEXO I

Normativa estatal y autonómica de selección de empleados públicos

## 1. La temporalidad abusiva del empleo público. Escenario

La temporalidad excesiva y abusiva de las relaciones de trabajo en el sistema español de empleo se ha convertido desde hace ya demasiado tiempo -casi el coincidente con el de nuestro sistema constitucional democrático- en un mal endémico.

En el sector público la temporalidad absorbe las relaciones estatutarias y funcionariales con unas situaciones de trabajo formalizadas como temporales, de larga, y también en ocasiones de muy corta duración encadenadas sucesivamente y en el mismo puesto de trabajo, y mantenidas como "estables" o "permanentes" durante largo tiempo, ante la pasividad del legislador y del empleador público.

No solo por la congelación de la tasa de reposición en la crisis financiero-recesiva de 2008-2014 -la práctica indebida venía de antes y se ha mantenido después- las Administraciones públicas no han convocado las plazas vacantes, que han cubierto mediante relaciones de servicios temporales (de interinidad y eventuales). Los acuerdos de 29 de marzo de 2017 y de 9 de marzo de 2018 entre el Gobierno y los sindicatos CCOO, UGT y CSIF, establecieron los objetivos de rebajar la temporalidad en el ámbito de las Administraciones públicas al 8% en el periodo 2018-2020 y de crear un nuevo empleo público. Siguió las ofertas de empleo público y los procesos de estabilización del empleo temporal puestos en marcha por las leyes de presupuestos para 2017 y 2018 para los años 2018, 2019 y 2020.

La cuestión se ha puesto nuevamente sobre la mesa, como una cuestión pendiente de resolución, con motivo del Acuerdo de Gobierno, suscrito el 30 de diciembre de 2019 entre el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Unidas Podemos (UP), como hoja de ruta para el gobierno de coalición. Dentro de su apartado 1, relativo a "Consolidar el crecimiento y la creación de empleo de calidad", en su apartado 1.16, y en lo referente al Empleo Público, las partes se marcan como objetivo prioritario: "Revisaremos el contrato de interinidad en las Administraciones Públicas, evitando su uso abusivo."

La afirmación, y el objetivo vinculado a la misma, no hace sino reconocer una realidad palmaria; la existencia de un uso irregular de la contratación temporal en el marco de las Administraciones públicas, muy concretamente en lo que se refiere a la figura de los interinos, y, en definitiva, la falta de trasposición efectiva de la normativa europea a

nuestro Derecho interno. De ello es prueba la tasa de temporalidad en el empleo público, que ha seguido creciendo, rozando el 28% en el tercer trimestre de 2020, 5 puntos por encima de la tasa de temporalidad del sector privado.

Se ha instalado en el empleo público la cultura de la temporalidad, de la precariedad y de la inseguridad, que afecta al personal estatutario temporal, funcionarios interinos y personal eventual de las Administraciones públicas, ampliando injustamente las desigualdades y la segmentación, con claros sesgos de género, la inseguridad en el empleo, en las retribuciones y en las carreras profesionales.

## **2º.- Marco regulatorio de referencia. Constitución Española 1978 y Derecho de la Unión Europea**

La situación del empleo público español no satisface los objetivos de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, que incorpora como anexo el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado entre la CES, la UNICE y el CEEP el 18 de marzo de 1999.

Tampoco es acorde con la Constitución, con el derecho fundamental de los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2), ni con el mandato que su artículo 103.3 dirige al legislador de regular el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Se trata de un problema estructural del empleo público español de enorme envergadura. Así se lo ha advertido a España la Comisión Europea (*Infracción nº 2014/4224, C (2015) 1865 final*), alertando del incumplimiento del Acuerdo Marco y de las graves consecuencias sociales, pues los derechos a la estabilidad en el empleo y a una retribución suficiente son componentes primordiales de los estatutos profesionales de las personas.

En el plano del Derecho de la Unión, el trato legal y administrativo diferente del personal estatutario temporal de los servicios de salud y de los funcionarios interinos y del personal eventual en relación con el personal estatutario fijo y con los funcionarios de carrera (y de otro personal administrativo temporal de otros sectores de actividad con normas propias) ha de justificarse en razones objetivas, y no en el hecho de tener una relación de servicios de duración determinada (cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE).



Cierto es que al aplicar la cláusula 5ª, punto 1, del Acuerdo Marco ("Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva" de contratos o relaciones de trabajo de duración determinada) los Estados tienen la facultad de tomar en consideración las necesidades de contratos o relaciones laborales temporales de sectores específicos que prestan servicios públicos de primera necesidad para las personas (como la sanidad, la enseñanza, la justicia, todos ellos con altas tasas de temporalidad) y de categorías de trabajadores. Pero esa facultad no equivale a una dispensa de la obligación de los Estados de establecer medidas adecuadas para, primero, prevenir y, después, sancionar disuasoria, efectiva y eficazmente la utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada en los sectores y ocupaciones en que son necesarias, ofreciendo garantías efectivas y equivalentes de protección de los trabajadores y eliminando las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Así se han pronunciado las Sentencias del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 26 de noviembre de 2014, *Raffaella Mascolo y otras* C-22/13, C-61/13 a 63/13 y C-148/13, EU:C:2014:2401, apdo. 118; Sala Primera, de 8 de mayo de 2019, *Fabio Rossato y Conservatorio di Musica F.A. Bonporti*, C-494/17, EU:C:2019:387, apdo. 51.

Lamentablemente no es infrecuente que los relatos fácticos de las decisiones judiciales, europeas y españolas, se vengam refiriendo, desde hace años, a la "perpetuación indefinida" de nombramientos temporales de muy corta duración (meses, días, o incluso horas en algún caso) en el empleo público en España, que mantienen a los profesionales afectados en una situación de "permanente incertidumbre", pendientes siempre de su posible renovación, situación que, además de incidir negativamente en su estabilidad personal, puede hacerlo también, por razones obvias,

en el desempeño de su labor profesional. O a la "desnaturalización por completo" de la designación temporal de empleados públicos, encubriendo relaciones de carácter indefinido en los servicios públicos. O al "incumplimiento generalizado" en España de la Directiva 1999/70/CE. Esas exposiciones de hechos expresan un mismo fenómeno de prestación de funciones y servicios realmente permanentes y estables, y no temporales o provisionales, a través de relaciones jurídicas temporales. Su manifestación en el sector público ha adquirido una normalidad patológica que se ha hecho resistente.

La falta de determinación del legislador para corregir los abusos del recurso a relaciones de servicios temporales ha hecho que las decisiones judiciales hayan ocupado un papel progresivamente relevante, aunque siempre incierto, en la producción de reglas, lo que hace crecer la complejidad de los problemas y la inseguridad de su solución.

El amplio poder del juez en la interpretación de las normas lo ha convertido en actor principal de la elaboración del Derecho, y en concreto de las fórmulas de empleo del Derecho del empleo público administrativo, en el que la negociación colectiva ocupa un lugar menor que en el sector privado.

### **3.- Trasposición normativa comunitaria al Derecho interno. Ámbito de aplicación público/privado**

Los sucesivos legisladores han fracasado en transponer adecuadamente a nuestro ordenamiento interno la Directiva 1999/70/CE, especialmente a la regulación del empleo público de régimen estatutario y funcional. Ha costado entenderlo entre nosotros. Pero el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, incorporado a la Directiva 1999/70/CE, se aplica indistintamente al empleo privado y al empleo público, según decisiones reiteradas del Tribunal de Justicia, que ha venido señalando que en la definición del concepto de "trabajador con contrato de duración determinada", que contiene la cláusula 3ª.1 del Acuerdo Marco, es decisiva la terminación del contrato o relación laboral con causas en "condiciones objetivas", siendo irrelevante la naturaleza privada o pública del empleador y la calificación del contrato o relación

laboral por los ordenamientos nacionales. La definición europea es garantía de la aplicación uniforme de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco en todos los Estados de la Unión: Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2015, María José Regojo Dans y Consejo de Estado, C-177/14, EU:C:2015:450, apdo. 35; y Sentencia de su Sala Segunda de 13 de septiembre de 2007, Yolanda del Cerro Alonso y Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, C-307/05, EU:C:2007:509, apdo. 29.

En la doctrina científica es virtualmente unánime el reconocimiento de que la citada Directiva no ha sido transpuesta al ordenamiento español en su aplicación al empleo público, en régimen del Derecho del trabajo, pero clamorosamente en régimen de Derecho administrativo.

Ni la cláusula 4ª ni la 5ª del Acuerdo Marco han encontrado correspondencia en el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre; EMPES), ni en el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, proveniente de la refundición de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, con sus modificaciones posteriores; EBEP), ante la insuficiencia de sus medidas (apdos. 5 y 3, *in fine*, del art. 9 EMPES; y apdos. 5 y 4 del art. 10, apdos. 4 y 5 del art. 12 y art. 70 EBEP).

Aunque sobradamente conocidas, por su trascendencia en el objeto del presente informe, y por la claridad en el contraste en sus contenidos, parece oportuno transcribir el contenido de las normas a que hacemos referencia. Hemos de partir de la obligatoriedad que para los Estados miembros tiene el contenido de las normas comunitarias, sobre cuya aplicabilidad, por los principios de eficacia directa y de primacía del Derecho de la Unión elaborados y exigidos con firmeza por el Tribunal de Justicia, no existe duda.

El Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, cuya exposición de motivos pone de manifiesto la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato de los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores, refleja en su Cláusulas 4ª, y especialmente en la Cláusula 5ª sobre medidas de prevención del uso abusivo de la contratación temporal, de aplicación, como ya se ha afirmado, tanto a los trabajadores del sector público como del privado, y cualquiera que sea la naturaleza del vínculo en virtud del cual realizan la prestación de sus servicios:

*“Principio de **no discriminación** (cláusula 4)*

*1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.*

*2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de prorata temporis*

*3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.*

*4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas”.*

*“Medidas destinadas a **evitar la utilización abusiva** (cláusula 5)*

*1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada **los Estados miembros**, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos*

colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, **cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán** de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, **una o varias de las siguientes medidas:**

- **a) razones objetivas** que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- **b) la duración máxima total** de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- **c) el número de renovaciones** de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los **Estados miembros**, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, **determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:**

- **a) se considerarán «sucesivos»;**
- **b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”.**

Sin perjuicio del análisis pormenorizado que se hará más adelante sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación al contenido de estas cláusulas del Acuerdo Marco, y singularmente de la cláusula 5ª, y a modo de avance, resulta oportuno recordar que, como ya se ha dicho con anterioridad, el Acuerdo Marco ha sido objeto de interpretación expresa por parte del Tribunal de Justicia, entre otras en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Florentina Martínez Andrés contra Servicio Vasco de Salud C-184/15 y Juan Carlos Castrejana López frente al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz C-197/15), en el sentido de que se opone a que una norma nacional sea aplicada de modo que, ante una eventual utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que tengan un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, negándose el correlativo derecho al personal que presta servicios sobre un vínculo de carácter administrativo.

La misma Sentencia refleja también que la renovación de nombramientos para prestaciones de servicios duración determinada resulta contraria a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, al tener como soporte la cobertura de necesidades permanentes, y no temporales.

#### 4.- Normativa estatal de referencia

Sin perjuicio del complejo escenario de facultades regulatorias en el ámbito del empleo público sujeto al Derecho administrativo, y de las competencias que en esta materia tienen asumidas las distintas comunidades autónomas, competencias que como veremos han ido ejerciendo en relación a las normas de acceso a su respectiva función pública, en desarrollo del contenido del propio artículo 149.1.18ª de la Constitución Española, existe una normativa estatal básica reguladora del acceso a la función pública en sus distintas modalidades.

Como ya queda apuntado, no cabe duda de que el contenido del Acuerdo Marco, y en concreto de su cláusula 5ª, no encuentra su reflejo, ni mucho menos su transposición plena, en el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, ni en el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, cuyas determinaciones se transcriben, por su especial relevancia al ser objeto de análisis por las sentencias del Tribunal de Justicia.

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

Artículo 9.- Personal Estatutario Temporal.

**3.** *El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:*

- **a)** *Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.*
- **b)** *Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.*
- **c)** *Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.*

*Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine*

en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

**Si se realizaran 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.**

5. Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo”.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público.

“Artículo 10 Funcionarios interinos

- 
- 

4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”.

“Artículo 12 Personal eventual

- 
- 

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”.

*“Artículo 70 Oferta de empleo público*

*1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.*

*2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.*

*3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos”.*

El contraste entre la cláusula 5º del Acuerdo Marco y la legislación interna básica es clara, y de la necesidad de su trasposición, ésta no encuentra acomodo suficiente en la normativa interna.

Una primera lectura nos llevaría a discernir con claridad qué aspectos de la normativa comunitaria figuran regulados en la normativa interna y cuales, por el contrario, no tienen reflejo en la misma. Así, nuestra normativa interna distingue, con claridad, cuales son los supuestos en que las Administraciones públicas puede acudir a la contratación temporal y a las distintas modalidades existentes al efecto, así como las funciones que dicho personal puede asumir. Se recogen, igualmente, los requisitos que deben reunir las pruebas de acceso para el desempeño de esas relaciones temporales, así como los plazos y términos máximos de duración de dichas relaciones.

No puede decirse lo mismo de la regulación sobre las consecuencias que se derivan en los casos de que se produzca una extralimitación de las premisas que habilitan la contratación temporal en el marco de las Administraciones públicas. Frente a la existencia de prescripciones normativas sobre los efectos de la utilización fraudulenta de la contratación temporal en el ámbito privado -en el Estatuto de los Trabajadores y en la sanción de conversión en indefinido del contrato

temporal fraudulento-, la normativa de la función pública no prevé las consecuencias de dicho abuso en el empleo público: ni para los contratados bajo el Estatuto de los Trabajadores (construcción jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la figura de los indefinidos no fijos, que no son más que trabajadores temporales), ni menos todavía para las personas nombrados como personal interno o eventual o como funcionarios interinos en el empleo público regido por el Derecho administrativo.

Es probable que el legislador español no comprendiera, inicialmente, el alcance del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada e interpretase equivocadamente que no era aplicable al sector público y, en concreto, a las Administraciones públicas. Tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha enmendado este incorrecto entendimiento y ha permitido un uso abusivo de la contratación temporal que ha devenido insostenible, dejando su solución a la intervención y el control judicial. Esta decisión no solo contraviene la normativa europea de prevención del abuso, sino que, como veremos, crea un escenario de inseguridad y de falta de determinación claramente nocivo, tanto para los trabajadores directamente afectados como para el propio funcionamiento de las Administraciones de que se trate.

No lo ha considerado así, como veremos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo en sus Sentencias núm. 1.425/2018, de 26 de septiembre, caso *Martínez Andrés* (Rec. cas. núm. 785/2017, ES:TS:2018:3250), y núm. 1.426/2018, también de 26 de septiembre, caso *Castrejana López* (rec. cas. núm. 1305/2017, ES:TS:2018:3251). Pero la insuficiencia de los mandatos normativos contenidos en las citadas disposiciones legales es manifiesta, no admitiendo comparación con las previsiones del Acuerdo Marco.

Las medidas frente a la utilización abusiva de los nombramientos de personal temporal quedan en manos de las propias Administraciones públicas que los realizan (art. 9.3 EMPES y arts. 10.4, 12.4 y 70 EBEP), sin mecanismos de protección de los trabajadores afectados. El artículo 12.4 del EBEP precisa que la condición de personal eventual no puede constituir mérito para la promoción interna.

Estas normas legales no agotan, obviamente, las normas sobre el empleo público temporal en régimen de Derecho público, estatales y autonómicas. Para estas últimas son normas básicas (artículo 149.1.18ª CE). Su aplicación ha dado lugar a decisiones del TJUE, en concreto a las tres famosas Sentencias de su Sala Décima de 14 de septiembre de 2016: *Ana de Diego Porras I c. Ministerio de Defensa*, C-596/14, EU:C:2016:683; *María Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud*, C-

16/15, EU:C:2016:679; y *Florentina Martínez Andrés y Juan Carlos Castrejana López c. Servicio Vasco de Salud y Ayuntamiento de Vitoria*, C- 184/15 y 197/15, EU:C:2016:680.

Ha faltado al legislador español la voluntad política precisa para llevar la Directiva 1999/70 a la legislación estatutaria y funcionarial, materializando el cumplimiento de sus objetivos, y de los del Acuerdo Marco que incorpora, mediante soluciones técnicas adecuadas: ni su cláusula 4ª, ni su cláusula 5ª. El legislador no ha establecido los principios de igualdad de trato y de no discriminación por la temporalidad del vínculo; no ha prevenido los abusos, ni ha dispuesto medidas específicas frente a aquéllos; y no ha discriminado adecuadamente entre el recurso al personal estatutario temporal de los servicios de salud (de interinidad, de carácter eventual o de sustitución) y a funcionarios interinos y personal eventual, acomodado a las causas legales que los justifican, teniendo en cuenta su necesidad en "algunos sectores, ocupaciones y actividades" (cdo. 8 del Acuerdo Marco), frente a su utilización abusiva como situaciones de empleo permanentes, pero sin estabilidad.

El hecho de que no se haya traspuesto a nuestro ordenamiento interno la Directiva 1999/70/CE, y de que la voluntad en tal sentido del legislador no pueda calificarse de diligente, resaltan todavía más la ya de por sí incuestionable trascendencia de la cuestión y la inaplazable necesidad de poner sobre la mesa propuestas tendentes a su resolución. Al margen de la inclusión de la cuestión en el pacto de gobierno suscrito entre los partidos de la coalición actualmente gobernante, la presencia de iniciativas dirigidas a la regularización de la situación resulta una necesidad clamorosa. Recientemente la proposición de ley presentada el pasado mes de febrero por el Grupo Parlamentario de Izquierda Confederal para garantizar, en el ámbito del empleo público, el cumplimiento de la directiva 1999/70/CE (Boletín Oficial del Senado de 16 de febrero de 2021).

En consecuencia, el legislador no ha prevenido ni limitado adecuadamente, conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva inaplicada, la utilización abusiva de situaciones de temporalidad en el empleo público administrativo.

La intervención de la ley es necesaria para corregir los abusos y establecer sanciones disuasorias, cumpliendo el efecto útil de la Directiva, que obliga a los Estados.

### **5.- Ámbitos de resolución del problema. Cauce legislativo v. solución jurisdiccional.**

Una vez situados ante el incuestionable escenario de un problema generalizado de abusos en la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones públicas españolas, la cuestión que debemos discernir es proponer el camino adecuado para encontrar la solución que, en justicia, demanda el problema. Las vías posibles son dos; una general, la legislativa, y otra judicial, aplicable a cada caso.

La solución a través de la vía legislativa exige, como paso previo, la asunción de la existencia de dicho problema; la voluntad de corregir dicha irregularidad y, en definitiva, el compromiso de evitar incurrir nuevamente en esta utilización abusiva de la contratación temporal. El enfoque es, por tanto, general, y la solución política que la ley debe afrontar es doble: hacia el pasado, corrigiendo los efectos del abuso en el personal que lo viene padeciendo, y hacia el futuro, estableciendo una normativa evitadora de los abusos con sanciones realmente disuasorias y efectivas para evitar la posible contravención futura.

Frente a esta alternativa, que es la que este Dictamen propone, se plantea la resolución judicial en cada caso de abuso en la temporalidad de las relaciones de empleo público. Esta vía, además de beneficiar al presunto infractor, la Administración que acude a la utilización abusiva de la contratación temporal, haciendo recaer la carga del proceso sobre los afectados, implica situar a los órganos judiciales ante su obligación de interpretación del ordenamiento español de conformidad con el Derecho de la Unión Europea para hacer efectivo el principio de prevalencia y el efecto útil de las Directivas, especialmente cuando las Directivas se invocan frente al Estado, también como Administraciones públicas empleadoras (efecto directo vertical), que no pueden escudarse en la norma interna para evitar la eficacia de la norma comunitaria. Lo que ha acabado sucediendo.

Es de observar la responsabilidad que, a efectos del cumplimiento del Derecho de la Unión, corresponde a los Estados miembros, a todos sus órganos, los judiciales y administrativos incluidos, y no solo al legislador. De modo que cualquier autoridad judicial está plenamente legitimada para ejercer tal responsabilidad, siendo amplísimas las posibilidades que el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ofrece a la consulta prejudicial de los órganos jurisdiccionales estatales sobre la interpretación del Derecho de la Unión.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la eficacia directa vertical e invocabilidad por los particulares ante los órganos judiciales internos del incumplimiento de las Directivas de la Unión frente a las Administraciones y organismos públicos es muy reiterada. La respuesta del Tribunal de Justicia es siempre que los órganos judiciales internos están obligados a interpretar las normas internas conforme a las Directivas para garantizar la eficacia de éstas, dejando inaplicables aquéllas y dispensando a los justiciables la protección del Derecho de la Unión. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es tan reiterada que excusa su cita. Baste con la referencia de la sentencia de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, apdos. 46 1 56 y las allí citadas.

Cuando la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sitúa en el ámbito de la responsabilidad de los Estados la introducción en sus ordenamientos, si no existen medidas equivalentes ya, de medidas eficaces para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, dirige esa obligación a todos los órganos de los Estados, aunque el Estado legislador sea el más adecuado para dar cumplimiento a la Directiva con carácter general. Que eso sea así no salva la responsabilidad de los órganos judiciales, pese a su sumisión a la ley interna, desplazada en su aplicación por la europea. Tales son los efectos jurídicos de la operación de integración del Derecho de la Unión en el nuestro propio (art. 93 CE).

Son numerosas las ocasiones en que los jueces y tribunales internos, españoles y de otros Estados, han solicitado la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE para decidir sobre la corrección jurídica de la norma interna aplicable al caso que han de resolver, y no solo sobre la norma interna, sino también sobre una determinada aplicación administrativa e interpretación

jurisprudencial de la norma interna, que estiman necesaria para dar cumplimiento al Derecho de la Unión o, por el contrario, incompatible con éste.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en ocasiones, también numerosas, sobre la inadaptación a la Directiva 1999/70/CE de nuestra normativa interna en su aplicación judicial y administrativa y en respuesta a consultas de órganos judiciales de otros Estados con parecida o similar problemática a la nuestra sobre la temporalidad del empleo público (Italia, Grecia, Portugal, particularmente). A continuación se expondrá su jurisprudencia.

Sin embargo, la situación jurídica deja mucho que desear, pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha dado lugar a decisiones distintas de los órganos judiciales internos, cuando no contradictorias, de reinterpretación de las del Tribunal de Justicia, en todo caso inseguras, incluso cuando ha hablado el Tribunal Supremo, que ha inaplicado la interpretación del Tribunal de Justicia, bendiciendo el incumplimiento por nuestro ordenamiento interno de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70. Pueden, por ello, las decisiones del Tribunal Supremo ser cuestionadas de nuevo ante el Tribunal de Justicia por jueces unipersonales y tribunales inferiores insatisfechos con la interpretación de la jurisprudencia, a la que, de otra parte, están sujetos por la vía interna de los recursos. Esto es lo que ha sucedido con el abuso en la temporalidad en el empleo público en España.

La conversión de esas relaciones temporales abusivas en indefinidas o fijas -consecuencias de efectos jurídicos no coincidentes, como es sabido, según la creación por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de la figura ya aludida del personal laboral indefinido no fijo, acogida por los arts. 8.2.c) y 11.1 del EBEP-, la "titularización" de las personas afectadas, y la indemnización de los daños sufridos, son los problemas que recurrentemente aparecen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; una jurisprudencia evolutiva que ha ido resolviendo los problemas de interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70/CE con resoluciones que han ido poniendo de manifiesto, con mayor determinación a medida que se han reiterado los problemas, la grave situación de incumplimiento por el Estado español de la Directiva 1999/70/CE, y en concreto de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el

trabajo de duración determinada, por las normas internas y su aplicación judicial/jurisprudencial.

El Tribunal de Justicia ha desautorizado que consideraciones de índole presupuestaria, entre otras, puedan justificar la falta de medidas de corrección y sanción de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5ª, punto 1, del Acuerdo marco (STJUE *Raffaella Mascolo*, apdo. 110). Pero esta determinación será también sacrificada por la interpretación judicial española, en lo que aquí interesa por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

#### **6.- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70**

Convendrá volver al principio: a la Directiva 1999/70/CE.

En 1999, el entonces denominado Consejo de Ministros de la Comunidad Europea aprobó una Directiva, la 1999/70/CE, que extendió a toda Europa el Acuerdo Marco celebrado entre los agentes sociales europeos a propósito de los contratos de trabajo de duración determinada. Desde su primera sentencia en la materia, el asunto *Impact* (ECLI:EU:C:2008:223), el Tribunal de Justicia señaló que los Estados miembros en tanto que empleadores están sometidos a las reglas de la Directiva 1999/70/CE.

En el caso español, el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de esta norma a propósito de la Administración General del Estado (2011), el Servicio Vasco de Salud (2007), la Xunta de Galicia (2010), la Junta de Andalucía (2011), la Universidad de Alicante (2011), la Junta de Castilla y León (2012), la Universidad Pompeu Fabra (2014), el Consejo de Estado (2015), el Ayuntamiento de Huetor Vega (2014), el Servicio Madrileño de Salud (2016), el Ayuntamiento de Vitoria (2016), el Principado de Asturias (2016), la Universidad Politécnica de Madrid (2017), la Comunidad de Madrid (2018), la Universidad de Zaragoza (2018), el Consorcio Sanitario de Terrassa (2018), la Televisión de Galicia, la Comunidad Foral de Navarra (2019), la Universidad de Santiago de Compostela (2019), entre otras Administraciones.

A la vista de este catálogo, no cabe otra conclusión que la necesidad de aplicar la Directiva 1999/70/CE a todo el empleo público en España. Resulta fundamental recordar que el Derecho de la Unión Europea no distingue entre las categorías nacionales de empleo público. La palabra "trabajador" en el marco de la Directiva no se corresponde con personal laboral, sino que afecta a cualesquiera personas que prestan servicios de forma subordinada y retribuida para un empleador, sea cual sea la naturaleza jurídica de su relación de acuerdo con el Derecho nacional, funcionario, laboral o personal estatutario.

La única distinción relevante tiene lugar entre trabajadores con una relación indefinida y trabajadores con una relación de duración determinada, cualquiera que sea su denominación interna. Todo lo que se va a exponer aquí, por lo tanto, afecta a todos los empleados públicos en España.

Como se ha dicho, los contenidos principales de la citada Directiva son las Cláusulas Cuarta y Quinta del Acuerdo que incorpora. La primera de ellas establece la igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos a propósito de sus condiciones de trabajo y fue el centro de la conocida sentencia *De Diego Porras* de 2016 y de otras anteriores y posteriores que han anclado, con unas ciertas garantías, este principio en la legislación y la práctica española. A partir de sentencias como *Del Cerro Alonso* (2007) o *Rosado Santana* (2011), entre otras, se ha establecido el derecho a la igualdad en las percepciones o el cómputo de la antigüedad. Como consecuencia de ellas, la existencia de un trato igual, o proporcional cuando sea el caso, ha avanzado de forma notable en nuestro sistema.

El castigo del abuso en la contratación, no obstante, no está incluido en el contenido de esta Cláusula.

Es la segunda de ellas, la Cláusula Quinta, la que es el centro de la atención de este Dictamen y su contenido actúa precisamente en la prevención del abuso en la contratación y en el eventual incumplimiento por parte de España en la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que venimos analizando, en lo que respecta al empleo público.

El abuso en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas en España es objeto de atención de la Unión Europea desde, al menos, 2015.

En efecto, el 26 de marzo de 2015, la Comisión Europea trasladó al Ministerio de Asuntos Exteriores una carta de emplazamiento a propósito de los numerosos incumplimientos por parte de España de la Directiva 1999/70/CE. En ella se exponían con rotunda claridad todas las materias que se consideraban afectadas, invitando al Gobierno a formular las observaciones que considerara oportunas. Tras ello, la Comisión emitiría, o no, el dictamen motivado recogido en el artículo 258 TFUE, que pone en marcha el mecanismo del recurso por incumplimiento.

Junto a ese procedimiento, es imprescindible señalar la denuncia múltiple CHAP (2013) 01917, presentada ante la Comisión Europea. Ante el gran número de denuncias señalando una posible vulneración del derecho de la Unión Europea relacionada con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE en el ámbito de la Administración Pública española, particularmente por lo que se refiere a la situación de los funcionarios públicos en situación de interinidad, la Comisión activó un procedimiento único bajo un solo número de referencia CHAP (2013) 01917.

En la última comunicación publicada por la Comisión Europea en el marco de este procedimiento se puede leer lo siguiente:

*“El 6 de junio de 2020, la Ministra de Política Territorial y Función Pública, Carolina Darias, anunció la puesta en marcha de un proceso legislativo para la preparación de una futura reforma en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público con el objetivo de modificar la actual regulación de los empleados con contrato de duración determinada que trabajan en el sector público de conformidad con la legislación de la Unión Europea tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia. La Comisión está siguiendo de cerca dicho proceso legislativo para evaluar la conformidad de futuras modificaciones con el Acuerdo Marco y la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia. El procedimiento de infracción 2014/4334 relativo a la*

*posible incompatibilidad del derecho español con la cláusula 5 del Acuerdo Marco se mantiene abierto”.*

Como se puede deducir claramente de este texto, el Gobierno es consciente de la situación de incumplimiento y parece el momento apropiado para una reforma de la legislación en esta materia. Ha de recordarse, además, que el incumplimiento ante la Unión Europea puede proceder de cualquier órgano, ya sea ejecutivo, legislativo o judicial. Por lo tanto, se incumple de la misma manera no aplicando un Tribunal la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que no adaptando la legislación para corregir los desajustes condenados por esta.

Parece oportuno, por último, destacar que la abundancia de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos españoles sobre esta materia ha desembocado en una curiosa práctica, la solución por auto de muchas ellas. Conforme al artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, *“cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.*

Queda claro, pues, que para el Tribunal de Justicia los problemas de la articulación de la Directiva 1999/70/CE ya no generan dudas. El asunto ha trascendido a la labor de los Tribunales y debe ser resuelto de manera general por el legislador. Nos encontramos, por tanto, ante la necesidad de adoptar medidas que prevengan el abuso en la contratación por parte de la Administración Pública.

Sentada la aplicabilidad, es necesario, por tanto, que la legislación en materia de empleo público que se aplica a todos los afectados contenga medidas eficaces de transposición de la Cláusula Quinta y prevengañ ese tipo de abusos en las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia es muy amplia, por lo que el análisis se centrará ahora en el caso reciente más relevante del panorama nacional, que ha suscitado la atención tanto de la Comisión Europea como del Gobierno español. Baste con recordar, a

modo de síntesis de todo lo previo, que ya la sentencia *Pérez López* (EU:C:2016:679), en 2016, insistió en que la Directiva 1999/70/CE impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de por lo menos una de las medidas enumeradas en la citada Directiva cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Es obvio que remitir a soluciones parciales aplicadas por los Tribunales no supone el cumplimiento de dicha obligación.

Tiene, en efecto, **enorme importancia la reciente sentencia de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz, Berta Fernández Álvarez y otras y Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)** (ECLI:EU:C:2020:219). Los casos estudiados en ella se refieren a personal estatutario temporal en plazas cuya provisión definitiva no fue convocada en el plazo de tres años al que se refieren los artículos 10 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público. Pero, recuérdese, la doctrina que contiene es aplicable a todo el empleo público temporal, con independencia de su régimen en España y su denominación. Sobre la base de la mencionada *Pérez López*, la sentencia *Sánchez Ruiz* ha vuelto a insistir en la necesidad de mecanismos, todavía inexistentes, para prevenir el abuso en la contratación temporal.

El primer matiz que ha hecho la sentencia es situar, sin ningún género de duda, la prórroga de un mismo contrato en el ámbito de la Directiva. Tan abusivo resulta encadenar un contrato tras otro como proceder a prórrogas sucesivas. La interpretación literal estricta queda por lo tanto descartada por el Tribunal de Justicia, que en el fallo es implacable: **no se puede excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada» (...) una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de**

**proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo.**

Para rematar la cuestión, el Tribunal de Justicia **ha descartado la relevancia del consentimiento del empleado público**. El Acuerdo "se basa implícita pero necesariamente en la premisa de que el trabajador, debido a su posición de debilidad respecto del empleador, puede ser víctima de una utilización abusiva, por parte de este, de relaciones laborales de duración determinada sucesivas, aun cuando el establecimiento y la renovación de esas relaciones laborales se hayan consentido libremente". Aceptada de buen grado o impuesta contra toda resistencia, la prórroga es abusiva.

En síntesis: **la cobertura de vacantes de forma prolongada a través de contratos de interinidad prorrogados por la inactividad de la Administración en su provisión definitiva es abusiva.**

Esta habitualidad ha sido severamente criticada por el Tribunal, que ha insistido en algo ya afirmado en Pérez López: "**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**". Las interinidades de larga duración, por lo tanto, no encajan en el régimen de la Directiva 1999/70/CE y deben ser eliminadas de la práctica española o al menos severamente penalizadas. Recuérdese que este fue un punto de acuerdo de la Comisión de Expertos designada a propósito del caso *De Diego Porras*.

Hay que destacar, además, que la sentencia Sánchez Ruiz menciona específicamente que "se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales" sobre la capacidad de renovación de contratos de forma extendida. El señalamiento directo que se hace a los Tribunales, que no es ni mucho menos habitual en la práctica del Tribunal de Justicia, llama la atención sobre la práctica de determinados órganos, en especial de la jurisdicción contencioso-administrativa, que desobedece sistemáticamente la regulación de la Unión Europea, haciendo caso omiso del principio de primacía.

Estos criterios han sido reafirmados en la muy reciente sentencia de 11 de febrero de 2021, *M. V. y otros y Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) «Dimos Agiou Nikolaou»*, por lo que deben entenderse consolidados en la práctica del Tribunal de Justicia. En esta sentencia, el Tribunal ha añadido una precisión de enorme importancia a propósito de la legalidad de la prórroga de los contratos: “carece de pertinencia el hecho de que la prórroga o la renovación de los contratos de trabajo se derive de actos legislativos emanados del Parlamento griego. En efecto, procede señalar que el efecto útil del Acuerdo Marco se vería comprometido por una interpretación que permitiera la prórroga unilateral de la duración de un contrato de trabajo de duración determinada mediante una intervención legislativa”. Las prórrogas como las consideradas son en todo caso abusivas, sea cual sea su fuente.

Llegados a este punto resulta imprescindible analizar la viabilidad de las distintas que pueden ser incorporadas a la legislación española sobre empleo público y su conformidad con el texto y el espíritu jurisprudencialmente declarado de la Directiva 1999/70/CE.

La sentencia *Sánchez Ruiz* ha llevado a cabo un minucioso análisis de las medidas posibles que recoge la Cláusula Quinta, al que se añadirá lo dicho por el Tribunal de Justicia en otros pronunciamientos sobre distintos Estados miembros. Debe recordarse que es necesario que exista alguna de ellas, aunque la Cláusula se plantee como un catálogo abierto de opciones para los Estados. Es necesario que algo en el Derecho nacional se corresponda con lo recogido en ella, puesto que lo contrario supondría privar de su efecto útil a la norma europea. La exigencia es mínima: **que sean sanciones efectivas y disuasorias.**

En repetidas ocasiones, el Tribunal de Justicia ha señalado que no es necesario que exista una obligación general, derivada de la Directiva, de transformación de los contratos temporales abusivos en contratos indefinidos. Ha admitido incluso que pueden establecerse regímenes distintos en el empleo privado y en el empleo público. Pero esto no quiere decir en modo alguno que sea una medida descartable. Simplemente, no es la única posibilidad.

De hecho, si no se aplica, tiene que haber otra medida igualmente efectiva. Y esa búsqueda le corresponde a los Tribunales nacionales. En España, nada ocupa esa posición. Nada disuade a las Administraciones

Públicas de contratar abusivamente. Y nada las disuadirá en el estado actual de las cosas.

Procede, por lo tanto, analizar las consideraciones que ha hecho el Tribunal de Justicia para intentar determinar cuál sería la medida o medidas más apropiadas para su incorporación al Derecho español.

El análisis hasta ahora realizado nos conduce, irremisiblemente, a una primera conclusión de insuficiencia de las medidas adoptadas hasta ahora por España para la incorporación a su derecho interno del contenido de la Directiva 1999/70/CE.

Para el Tribunal de Justicia, la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos» y la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente no son medidas derivadas de la Cláusula Quinta. Solo podrían ser "medidas legales equivalentes", como mucho.

A propósito de la primera, el propio Tribunal, bien informado, ha señalado que *"en realidad dichos plazos no se respetan y estos procesos son poco frecuentes (...) Su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador"*. Lo reflejado en los artículos 10 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, por lo tanto, no sirve para cumplir el deber de transposición de la Directiva 1999/70/CE.

A este respecto, las Conclusiones en el caso *Sánchez Ruiz* de la Abogada General Kokott aportan matices que podrían ser tenidos en cuenta. De la afirmación *"el juzgado remitente se refiere a un «proceso selectivo de libre concurrencia», de lo que se deduce que también pueden participar en él candidatos que no hayan sufrido un uso abusivo de nombramientos sucesivos, sin que parezca que se tome debidamente en consideración ese abuso (por ejemplo, mediante un nombramiento preferente en caso de que hayan superado el proceso selectivo)"*, puede concluirse que sería conforme con el Derecho de la Unión Europea tanto un proceso restringido para quienes hubieran sufrido un abuso en su contratación

como un proceso general en el que se otorguen preferencias por este hecho.

La sentencia *Sánchez Ruiz*, en segundo lugar, entierra definitivamente la utilidad del "indefinido no fijo" en su apartado 102. El Tribunal de Justicia ha acogido íntegramente los argumentos proporcionados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para señalar que esa falsa estabilidad no es la medida que busca la Directiva. Esta figura de creación jurisprudencial, aunque fue apuntada en el caso *Pérez López* como una posible vía de remedio, ya no tiene recorrido en Derecho español. Al estar la provisión definitiva sometida a la celebración de una prueba, conserva el carácter de un contrato de duración determinada, por lo que no logra otorgar la estabilidad.

La tercera medida, la concesión de una indemnización equivalente a la que se concede por despido improcedente, no puede ser considerada como tal. El Tribunal exige, para que pueda ser considerada como una medida legal equivalente los siguientes requisitos: *"debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada"* y *"es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula"*.

No hay ninguna medida en el Derecho vigente en España que cumpla esos dos requisitos.

Debe notarse que no se está discutiendo que ante los Tribunales, en un caso concreto, se pudiera obtener una indemnización. Se está señalando la necesidad de una regla de carácter general y de aplicación automática y específica, no recogida en ningún texto legal actualmente.

Procede, por lo tanto, buscar medidas en otras legislaciones.

a) El pago de una indemnización

En la sentencia *Santoro* (ECLI:EU:C:2018:166) de 2018, el Tribunal se ha pronunciado a propósito de la validez de una indemnización compensatoria por el abuso en la contratación temporal. La línea jurisprudencial a propósito del empleo público en Italia es casi tan

considerable como la española y ha ido atravesando sucesivos episodios del que destaca este por su relevancia y su claridad.

En efecto, la sentencia estudia si, ante la prohibición de transformar contratos en indefinidos, la indemnización prevista por la legislación italiana se puede considerar como una medida efectiva y disuasoria, dentro de los parámetros de transposición de la Directiva 1999/70/CE. El Tribunal de Justicia la ha considerado válida en estos términos: *“una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”*.

Se trata por lo tanto de una indemnización con un doble contenido, que podría servir de inspiración a una posible reforma española. En primer lugar, existiría un baremo basado en la antigüedad del trabajador, en la que debería computarse todo el periodo de servicio. En segundo lugar, habría que establecer una serie de presunciones que compensaran por lo que se dejó de hacer mientras duró el abuso. La normativa italiana prevé que esta indemnización sea fijada por el juez correspondiente, que es quien declara la existencia del abuso.

Es imprescindible que la indemnización tenga el doble componente, puesto que uno solo de sus integrantes no previene de forma suficiente el abuso.

Resulta además relevante la consideración que el Tribunal hace a propósito de determinadas medidas contenidas en la legislación italiana, que no existe en el Derecho español. Si bien la sentencia encomienda al Tribunal verificar su efectividad, las acepta como adecuadas al marco de la Directiva 1999/70/CE: *“el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la*

*evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción".*

El legislador español podría valorar la posibilidad de introducir una medida similar a esta y dotar de los mecanismos apropiados para su puesta en práctica.

La indemnización, por lo tanto, es una medida apropiada de transposición. Es necesario preguntarse si es una medida eficaz con vistas a su introducción en el Derecho español del empleo público, a la vista de la ausencia de otro tipo de medidas, como se ha constatado anteriormente.

En primer lugar, ha de valorarse el coste económico. La indemnización debería construirse sobre la que se otorga al despido improcedente, introduciéndose una cláusula específica por este motivo de extinción en el Estatuto Básico del Empleado Público. El baremo de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades, está aceptado como efectivo y disuasorio en nuestro sistema.

Tomando como base para un cálculo teórico un caso como el del Sr. Sánchez Ruiz, calculado sobre la fecha de nombramiento (2/11/99) y la fecha de reclamación (21/12/16) y un salario hipotético de 21.268,22 euros (C1, Grupo Administrativo), la indemnización resultante supondría una cuantía de 41.793,51 euros, de acuerdo con el instrumento de cálculo del CGPJ.

La continuación de esta simulación pasa por aceptar los porcentajes de la sentencia Pérez López sobre la temporalidad del personal del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, rebajándolos por pura prudencia del 25% al 20% de 50.000 empleados. Si, siempre de forma teórica, se acepta que el Sr. Sánchez Ruiz es el "empleado medio" a efectos de cálculo, el coste para la Administración sería de 417.935.100 euros, solo en ese departamento. Parece una cantidad inasumible políticamente.

En segundo lugar, ese sería el precio de la expulsión del personal contratado abusivamente. Sería necesario proceder a organizar un proceso selectivo de dimensiones desconocidas hasta ahora en el empleo público español para poder seguir prestando esos servicios.

Dadas las actuales condiciones sociales, presupuestarias y sanitarias, el establecimiento de una indemnización, aunque pudiera ser un mecanismo conforme con la Directiva 1999/70/CE, no parece la medida más oportuna para el Derecho español.

b) La estabilización en el empleo con carácter definitivo

El reciente auto JS de 30 de septiembre de 2020 (ECLI:EU:C:2020:760) ha matizado lo ya dicho (traducción no oficial): "**La cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe absolutamente, en el sector público, la conversión de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de duración indefinida, en la medida en que dicha legislación no contenga, en relación con ese sector, otras medidas eficaces para prevenir y, en su caso, sancionar el uso indebido de sucesivos contratos de duración determinada**".

La prohibición de estabilización es contraria al Derecho de la Unión Europea, mientras no existan medidas alternativas. Esto quiere decir que el silencio no es una transposición correcta. No establecer medidas eficaces y disuasorias supone un incumplimiento de las obligaciones de España. En el marco del recurso ya comentado, puede terminar conllevando la imposición de una multa pecuniaria por parte del Tribunal de Justicia, como ya sucedió en el caso de los estibadores portuarios.

Descartadas todas las medidas que se han expuesto anteriormente, ya por motivos jurídicos, ya por motivos económicos o sociales, parece claro que la forma más simple de que España adapte su legislación en materia de empleo público a la Directiva 1999/70/CE es **incorporando la regla de transformación de los contratos temporales abusivos en contratos indefinidos**. Es preciso reparar en que **el Derecho de la Unión Europea no prescribe en modo alguno la transformación en funcionario, sino que deja abierta la posibilidad a la creación de figuras laborales dotadas de verdadera estabilidad**.

Es importante recalcar esta situación: el Derecho de la Unión Europea debe respetar la libertad de los Estados miembros para organizar sus sistemas nacionales de empleo público, dentro del respeto a los compromisos con la organización internacional. El Tribunal de Justicia jamás impondrá una determinada categoría nacional, puesto que esa decisión queda fuera de sus competencias, limitadas estrictamente a la interpretación del Derecho de la Unión Europea. La secuencia consta, pues, de dos partes: la necesidad de prevención del abuso, establecida en términos generales en el Derecho de la Unión; y la fijación de la medida concreta para ello, establecida en términos específicos en el Derecho de cada Estado miembro.

La primera vez será de forma masiva y excepcional. La inscripción de una norma como esa en nuestra legislación, que además incorpore elementos de la responsabilidad patrimonial personal de los responsables, cerrará la vía a numerosos fraudes del futuro.

No puede olvidarse, por último, la contundente afirmación del Tribunal de Justicia en la sentencia MV antes indicada: *"todas las autoridades de los Estados miembros están sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de las disposiciones del Derecho de la Unión, incluso cuando dichas autoridades modifican su Constitución"*.

Consecuencia de ello son las palabras claras del fallo de la sentencia: "cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, (...) la obligación del órgano jurisdiccional remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes del Derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de esa interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, **aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público"**.

**Si tal es la obligación del juez, mayor es la obligación del legislador de ofrecer una solución de carácter general.**

## 7.- La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

El hecho de que la Directiva 1999/70/CE se aplique indistintamente al personal temporal laboral y en régimen de Derecho administrativo no significa que esa aplicación y, en concreto, la de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, una vez constatada la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, deba emplear las mismas técnicas y correr la misma suerte en el empleo sujeto al Derecho del trabajo y al Derecho administrativo, respectivamente, siempre que, en ambos casos, el ordenamiento interno cuente con medidas disuasorias efectivas y para sancionar los abusos y cumplir la Directiva 1999/70/CE. Lo ha dicho tantas veces el Tribunal de Justicia que excusa la cita concreta de sus sentencias.

No ha habido convergencia entre la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para los trabajadores temporales de las Administraciones públicas y la de la Sala de lo Contencioso-administrativo para el personal estatutario temporal y los funcionarios interinos y el personal eventual. Sus soluciones frente a la temporalidad inusualmente larga y sucesiva, y, en todo caso, abusiva, han sido distintas, remarcando la existencia de dos ordenamientos paralelos de la temporalidad en el empleo público.

Pese a la Sentencia del Tribunal de Justicia *Florentina Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud y Juan Carlos Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria*, C- 184/15 y 197/15, acumulados, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo desautorizó, en esos casos, la aplicación de la figura del indefinido no fijo a las relaciones temporales estatutarias y funcionariales.

Las soluciones jurisprudenciales y judiciales contencioso-administrativas son complejas y están enredadas en una legislación interna que soporta un alto nivel de incumplimiento de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y que no está dotada de técnicas eficaces para impedirlo, frente a la cual los jueces y tribunales han adoptado y adoptan diferentes posiciones, también en relación al Tribunal de Justicia.



Dejando la Sentencia *Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud*, C-16/15, que abordó exclusivamente la temporalidad del personal estatutario eventual de los servicios de salud, la Sentencia dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y 197/15, *Martínez Andrés y Castrejana López c. el Servicio Vasco de Salud y el Ayuntamiento de Vitoria*, afirmó que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, se opone a la aplicación por los tribunales españoles de normas del ordenamiento interno (relativas al personal estatutario temporal eventual y a funcionarios interinos), en supuestos de utilización abusiva de relaciones de duración determinada y de sucesivos nombramientos temporales - mediante trece prórrogas de un primer nombramiento por "necesidades de servicio" sin solución de continuidad, en un caso; durante casi veinte años en el otro-, de la que resulte que se reconoce "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" (apdo. 54). Y añadió, sobre el principio de efectividad, que el Acuerdo Marco "se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión" [apdo. 64].

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó los recursos de apelación de la Sra. *Martínez Andrés* y del Sr. *Castrejana López* en sus Sentencias 618/2016, de 12 de diciembre (rec. núm. 625/2013), y 608/2016, también de 12 de diciembre (rec. núm. 735/2013), en las que anuló sus respectivos ceses por el carácter fraudulento de su nombramiento de carácter temporal eventual y de funcionario interino y consideró las relaciones de servicios como

indefinidas no fijas y prolongadas en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza, o hasta su amortización, o hasta su conversión en estructural. Al cese, justificado en las señaladas causas, ordenó la Sala crípticamente que percibirían los interesados "la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales" (FD 2º).

Recurridas las sentencias de apelación por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo 1.425/2018, de 26 de septiembre, caso *Martínez Andrés*, estimó parcialmente el recurso de casación al considerar errónea la aplicación por la sentencia apelada de la doctrina de la jurisdicción social sobre los trabajadores indefinidos no fijos a las relaciones estatutarias temporales abusivas (además de aquella indemnización futura). La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo identificó en el mandato básico del art. 9.3, *in fine*, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud la medida efectiva y disuasoria para evitar los abusos en la sucesión de las relaciones estatutarias temporales, en consecuencia, *la norma de transposición de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco en su aplicación a este personal*.

Según el Tribunal Supremo, la sanción del abuso de la temporalidad, abuso comprobado en el desempeño de funciones permanentes y estables, no temporales o provisionales, bajo la cobertura de sucesivos nombramientos temporales, no requiere de ninguna mutación de la situación jurídica de quien la ha padecido, ni mediante el recurso al expediente de la interinidad, para alcanzar los mismos efectos que resultan de la indefinición sin fijeza, ni al de esta construcción de la jurisdicción social, sino del cumplimiento de la ley que palmariamente se ha incumplido.

Conforme a tal premisa, la Sección Cuarta de enjuiciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resolvió el caso, sentando los criterios interpretativos sobre las cuestiones que, según el Auto de admisión del recurso de casación (Auto de la Sección 1ª de la Sala de 30 de mayo de 2017), presentaban interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, reinterpretando la sentencia del Tribunal de Justicia. La primera cuestión, ante la división al respecto de juzgados y salas del orden contencioso-administrativo, era: "Si,

constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos [...] debe, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación". Se refería la segunda a "si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento".

Negó el Tribunal Supremo que la solución jurídica aplicable, anulado el cese administrativo de la Sra. Martínez Andrés, fuera la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la doctrina elaborada "con tanto acierto" por la jurisdicción social sobre la base del ordenamiento laboral, de la que, sin embargo, no dejó de recordar las dudas de inconstitucionalidad que dieron lugar al ATC 124/2009, de 28 de abril. La solución demandada por el Derecho interno y acomodada a la interpretación del Tribunal de Justicia radica en la subsistencia y *continuidad* de la relación de empleo **como personal estatutario temporal de carácter eventual** de la Sra. Martínez Andrés, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria de Euskadi -cumpliendo la norma básica del último párrafo del artículo 9 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud- valorase, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por la Sra. Martínez Andrés, la procedencia de la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, pero sin obligación de crearla, pese a la interpretación del Tribunal de Justicia. En consecuencia, de ser esa decisión negativa por no apreciar la Administración afectada un déficit estructural de puestos fijos, la única medida que la Sentencia del Tribunal Supremo le impone frente a la situación comprobada de abuso es la de mantener "la coherencia" de su decisión -¿la coherencia del abuso?-, "acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su

presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas" [FFDD 15°. C), 1ª y 2ª, y 16ª]. ¿Cómo? Dado que se ha comprobado que los supuestos legales no se dan, o bien se efectúa un nuevo nombramiento acomodado a la ley, lo que no deja de ser un nuevo nombramiento temporal sucesivo, o bien se decreta su terminación, o bien se crea una plaza estructural y se convoca un concurso selectivo.

No es de extrañar que en la crítica a esta interpretación, cuyo nuevo incumplimiento por la Administración no es evitable ya que no genera consecuencia alguna, y que, por tanto, no garantiza la aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, se haya destacado que la solución a los abusos de larga temporalidad dada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se sustancie en más temporalidad. En una temporalidad corta, para cumplir la ley, frente a una temporalidad larga, sin que ninguna medida eficaz impida de nuevo la conversión de la corta en larga, salvo la denuncia de la persona afectada.

En esta jurisprudencia la utilización abusiva de los nombramientos temporales acarrea el derecho a indemnización, aunque el Tribunal Supremo desconfíe de la eficacia disuasoria de esta medida para garantizar la eficacia de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, "por razón del *quantum* reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización" [FD 15°. C), 1ª], y por los múltiples condicionamientos a que somete su reconocimiento: depende de las circunstancias singulares del caso; su reconocimiento, si procede, debe efectuarse en el mismo proceso en que se declare la existencia de la situación de abuso; requiere que la parte demandante lo solicite, invoque en el momento procesal oportuno los daños y perjuicios causados y el concepto o conceptos en que lo han sido, y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho la realidad de tales daños y/o perjuicios, no pudiendo quedar para ejecución de sentencia más que la fijación o determinación del *quantum* de la indemnización debida. Por si fuera poco, el Tribunal Supremo precisa que "el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso", "y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público" [FFDD 15°.C), 3ª, y 16ª].

La misma solución ha aplicado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo 1.426/2018, también de 26 de septiembre, en el caso *Castrejana López*, considerando como norma de transposición de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la norma básica del artículo 10.1 del Estatuto básico del empleado público, aplicable al Sr. *Castrejana López* en su condición de funcionario interino de la Administración local. Esta sustitución normativa presenta mayores complejidades, a la vista de la regulación, que conocemos del artículo 10.1 del EBEP. El supuesto aplicado al Sr. *Castrejana López* había sido el contenido en la letra c) del mencionado precepto legal, sobre el que nada dice el Tribunal Supremo, que, en cambio, parece razonar con la obligación que el artículo 9.3, *in fine*, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud impone a las Administraciones sanitarias al referirse a la valoración por el Ayuntamiento recurrente de la necesidad y posibilidad presupuestaria de incrementar los puestos de trabajo de la plantilla, que no se obtiene de la regulación legal que dice aplicar.

El Tribunal Supremo vuelve a confiar el remedio del abuso de la temporalidad del personal en régimen de Derecho público al mantenimiento de la relación funcional interina con sus derechos propios, económicos y profesionales: la solución jurídica, insiste, no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino "la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 [...] del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público" [FFDD 17º.C), 2º, y 18º).

Considera el Tribunal Supremo que al "dar cumplimiento a esa norma, en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observado después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de

ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se dé alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas" [FFDD 17º.C), 3º, y 18º].

En cuanto a la indemnización del afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales, reitera el Tribunal Supremo su determinación circunstancial en cada caso, siendo necesario que el demandante invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto le fueron causados, debiendo acreditar por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho la realidad de tales daños y perjuicios [FFDD 17º.C), 4º, y 18º).

La sentencia del TS, en sus conclusiones, entra en contravención con el contenido de la jurisprudencia del TJUE, entre otros en los siguientes aspectos:

- Se otorga a la propia Administración contratante, y que hubiese podido incurrir en un abuso en la utilización de las modalidades de prestación de servicios temporales, la facultad de valorar las circunstancias concurrentes en su supuesto determinado para establecer si el servicio que se presta responde a una necesidad temporal o estructural. Esta valoración "de parte", como elemento determinante de la medida a adoptar frente a la temporalidad en que incurre la propia Administración, no es efectiva ni, desde luego, disuasoria.
- Se concede a la Administración que, en caso de que como resultado de la evaluación efectuada, no se aprecie déficit estructural de puestos fijos, la resolución de la relación "...impidiendo .... Que perdure la situación de precariedad ...". El agravio al trabajador temporal es doble; por una parte no se resuelve su situación de precariedad y, por si fuera poco, se faculta a la Administración para que extinga dicha relación.

La constatación de una situación de abuso y de cobertura, de facto, de necesidades estructurales por medio de relaciones temporales y de

funcionarios interinos, más allá de los supuestos previstos en la norma, debe operar como premisa de la necesaria creación de una plaza estructural y, en consecuencia, establecer el carácter indefinido del puesto ocupado por el trabajador temporal.

La solución contraria supondría, no solo una palmaria vulneración de la normativa de la Unión Europea y de la jurisprudencia expuesta del Tribunal de Justicia, sino una clara consagración de la facultad de arbitrariedad en su actuación por las Administraciones públicas, contraria al contenido de la Constitución Española (art. 9.3), al margen de una lesión evidente de los derechos e intereses de los trabajadores objeto de abuso por la contratación temporal, sin que, como queda señalado con anterioridad, pueda recurrirse a otras medidas compensatorias del abuso incurrido, medidas que ni revestirían el carácter disuasorio que requiere el Derecho de la Unión ni implicarían compensación a la lesión sufrida por el trabajador, según también el Derecho de la Unión.

Tampoco es de extrañar que, frente a esta jurisprudencia, los juzgados de lo contencioso-administrativo volviesen a plantear cuestiones prejudiciales, resultado de lo cual ha sido la importante **sentencia de 19 de marzo de 2020, Domingo Sánchez Ruiz, Berta Fernández Álvarez y otras y Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)**, consecuencia de las cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia por el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 8 de Madrid y el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid.

## **8.- Principio de igualdad en el acceso a la función pública**

La jurisprudencia, especialmente la correspondiente a la jurisdicción contencioso-administrativa, viene manteniendo la inviabilidad de dotar a los funcionarios interinos de una condición de trabajador estable, en los mismos términos que los funcionarios de carrera, sobre la base de que dicha situación supondría un atentado al principio de igualdad, al otorgar iguales derechos a los interinos frente a los funcionarios de carrera sin que se hubiese observado un proceso de acceso conforme a las exigencias legales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Como se comprobará en la referencia normativa contenida en el Anexo I del presente informe, la totalidad de la normativa reguladora de los procesos de acceso de los funcionarios interinos recoge la exigencia de que las citadas pruebas se ajusten a los principios mencionados, en los mismos términos que los funcionarios de carrera. La citada exigencia, aplicable en las distintas pruebas de acceso, impediría considerar vulnerado el principio de igualdad, en una eventual solución de consolidación de empleo público temporal irregular.

No se produciría, por tanto, agravio alguno al principio de igualdad por extender la igualdad de trato en cuanto a la extensión de su relación entre los funcionarios de carrera y los interinos.

No podemos ignorar el hecho, recogido en diversas sentencias, de que en algunos supuestos, la adquisición de la condición de interino pudiera haberse producido a través de mecanismos ajenos a las garantías constitucionales citadas. No obstante, no puede considerarse, en modo alguno, que sea este el escenario general. La presunción de validez y legalidad contenida en el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, plasmación de los principios de legalidad, art. 9.3 y 103 de la Constitución, unido a la exigencia ya expuesta de sometimiento de las pruebas de acceso a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, hace que la totalidad de los trabajadores que se encuentren vinculados con la Administración gocen de la presunción favorable de haberse sometido a la aplicación de tales principios,

Lo que, en ningún caso es asumible es que, sobre la base de la supuesta existencia de casos de acceso irregular a la función pública, ya sea en la condición de interino o de cualquier otra, se ponga en duda el cumplimiento de las exigencias de legalidad que rigen estos procesos.

Y mucho menos todavía que dicha presunción la pudiese hacer valer u operase en supuesto beneficio o protección de la Administración incumplidora. Por último, el recurso a la supuesta protección de la igualdad en un supuesto de existencia de vulneración de la norma nos conduciría al principio de "igualdad en la ilegalidad", cuya inaplicación ya ha sido establecida por nuestro Tribunal Constitucional. No puede ampararse en un supuesto perjuicio del derecho de igualdad ante la ley la Administración que genera, con el uso abusivo de la contratación temporal, una situación de ilegalidad a la que, por otra parte, y como ya queda afirmado, no ha establecido consecuencia, tal y como le exige la Directiva 1999/70/CE interpretada por el Tribunal de Justicia.

Las recurrentes alusiones a la supuesta quiebra de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública a que hace referencia la jurisprudencia, como argumento de autoridad para eludir reconocer el carácter indefinido del vínculo a los afectados por uso abusivo de la contratación temporal, chocan de forma abierta con la regulación de los mecanismos de acceso a dicha función que recogen, no solo el EBEP, sino también la normativa que todas y cada una de las Comunidades Autónomas se han dado para regular el acceso a la relación administrativa temporal. La exigencia de sometimiento a pruebas de acceso de acuerdo con la igualdad, mérito y capacidad en absoluto es exclusiva de los funcionarios públicos, sino que, por ejemplo, es exigencia inexcusable para la condición de personal interino.

### **9.- Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad y los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones y cargos públicos y a la función pública.**

La jurisprudencia constitucional sobre el derecho que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución, que el legislador estatal básico y los legisladores autonómicos de desarrollo han de configurar fijando las condiciones de acceso -y promoción- a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 de la Constitución), está sintetizada, entre otras, en la STC 130/2009, de 1 de junio. Afirma el Tribunal Constitucional que "el artículo 23.2, en relación con el 103.3 CE, instituye un derecho de acceso en condiciones de igualdad, al que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública (STC 302/1993, de 21 de octubre), así como, en principio y salvo excepciones, las llamadas "pruebas restringidas" para el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, de 14 de febrero; 151/1992, de 19 de octubre; 4/1993 de 14 de enero; 60/1994 de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero; o 12/1999, de 11 de febrero)" (FJ 3).

La libertad de los legisladores está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad. Los requisitos o méritos han de establecerse "con carácter general" y no mediante referencias individualizadas y concretas» (STC 50/1986, de 23 de abril) o *ad personam* (STC 148/1986 de 25 de noviembre) por más que puedan determinarse luego los sujetos a incluir (STC 67/1989, de 18 de abril).

La valoración de los méritos de los funcionarios interinos y contratados en situación precaria, valorándose su antigüedad o los servicios prestados, no constituye, ni directa ni indirectamente, la referencia individualizada, singular específica y concreta, de por sí lesiva del derecho a la igualdad (STC 67/1989, FJ 2).

La Constitución reconoce un derecho de acceso a las funciones públicas cuyas condiciones de ejercicio corresponde a los legisladores establecer -en el ámbito de sus competencias- en condiciones de igualdad, lo que es incompatible con la integración automática de determinados colectivos y, salvo excepciones, con las desautorizadas -por la legislación básica estatal- e inconstitucionales "pruebas restringidas", "cerradas" o "específicas", destinadas a los contratados temporales e indefinidos no fijos, al personal laboral fijo, al personal estatutario temporal, a los funcionarios interinos, de corta o larga duración- para adquirir la condición de personal funcionario o estatutario fijo o de personal laboral fijo (STC 111/2014, FFJJ 2 y 5, precedida y seguida de otras muchas).

El Tribunal Constitucional ha admitido que no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre con **un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima**, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública (STC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

No ha apreciado el Tribunal Constitucional la excepcionalidad en los casos de las SSTC 238/2015, de 19 de noviembre, y 154/2017, de 21 de diciembre.

No obstante, **la situación de excepcionalidad podría apreciarse en la obligación del Estado español de cumplir la Directiva 1999/70 y la jurisprudencia del TJUE.**

Sobre la validez del reconocimiento de los servicios prestados como mérito único en la fase de concurso para favorecer la consolidación del

personal no permanente (contratados o interinos, ingresados además a través de un concurso público de méritos) en la función pública, la jurisprudencia constitucional ha declarado (STC 83/2000 de 27 de marzo, FJ 4) que "la consideración de los servicios prestados no es ajena a los conceptos de 'mérito y capacidad' del art. 103.3 CE, ya que 'el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados' por la Administración convocante (SSTC 67/1989 FJ 3, y, en igual sentido STC 60/1994, FJ 6; 185/1994, FJ 6)".

Pero la jurisprudencia constitucional ha advertido que dicha posibilidad no es ilimitada: en ningún caso se puede convertir ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente, al tener que respetarse en todo caso, también para los interinos y contratados, los principios constitucionales de mérito y capacidad (STC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5.A)).

Corresponde al legislador estatal básico aprobar una ley, o reformar las existentes, para declarar al personal que ha sufrido una relación temporal abusiva por las Administraciones, sin opción de haber participado en mecanismos de selección con los requisitos de mérito y capacidad, como personal fijo a extinguir, sin acceso al régimen funcional. Ese personal no puede responder del incumplimiento de la legalidad por las Administraciones a través de la figura del indefinido no fijo que es indefinidamente no fijo, esto es, temporal.

## 10.- Conclusiones

A la vista de lo expuesto, se derivan las siguientes conclusiones:

1- La Directiva 1999/70/CE se aplica a todo el empleo público en España. La palabra "trabajador" en el marco de la mencionada Directiva no se corresponde con personal laboral, sino que afecta a cualesquiera personas que prestan servicios de forma subordinada y retribuida para un empleador, sea cual sea la naturaleza jurídica de su relación de acuerdo con el Derecho nacional, funcionario, laboral o personal estatutario.

2- Los contenidos principales de la citada Directiva son las Cláusulas Cuarta y Quinta del Acuerdo que incorpora. La primera de ellas establece la igualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos a propósito de sus condiciones de trabajo. La Cláusula Quinta actúa precisamente en la prevención del abuso en la contratación temporal y exige que en los ordenamientos internos existan sanciones efectivas y disuasorias para prevenir el abuso.

3- Esas sanciones efectivas y disuasorias para prevenir el abuso no existen en el ordenamiento interno español, por lo que las Administraciones públicas han establecido relaciones de empleo temporales abusivamente y lo siguen haciendo.

4- El procedimiento de infracción 2014/4334 relativo a la posible incompatibilidad del Derecho español con la cláusula 5 del Acuerdo Marco se mantiene abierto, incompatibilidad que ha reconocido recientemente el Gobierno Español al expresar su voluntad de modificar la actual regulación de los empleados con contrato de duración determinada que trabajan en el sector público de conformidad con la legislación de la Unión Europea, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia (6 de junio de 2020).

5- Siendo tan reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el incumplimiento por la legislación española de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE, que no han remediado los órganos jurisdiccionales españoles, ni el abuso generalizado en las relaciones de trabajo temporales en el empleo público español, la única vía posible para cumplir con el Derecho de la Unión es la reforma legal de nuestro ordenamiento, en concreto del EBEP y de otras normas legales.

6- La reciente sentencia de 19 de marzo de 2020, *Domingo Sánchez Ruiz, Berta Fernández Álvarez y otras y Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)* ha vuelto a insistir en la necesidad de mecanismos, todavía inexistentes, para prevenir el abuso en la contratación temporal, derivados de la prórroga de un mismo contrato o del encadenamiento de un contrato tras otro, incumpliendo las Administraciones públicas su obligación legal de organizar en el plazo de tres años (artículos 10 y 70 del EBEP) un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la plaza vacante.

7- La citada sentencia ha determinado con toda claridad que la cobertura de vacantes de forma prolongada a través de contratos de interinidad prorrogados por la inactividad de la Administración en su provisión definitiva es abusiva, sin que sea relevante la voluntad del abusado.

8- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia rechaza que pueda admitirse que puedan renovarse nombramientos de duración determinada para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios públicos incluidas en la actividad normal del personal fijo (estatutario o funcional).

9- La sentencia de 11 de febrero de 2021, *M. V. y otros y Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) «Dimos Agiou Nikolaou»*, ha avanzado esa jurisprudencia, señalando que las prórrogas son en todo caso abusivas, aunque procedan de la ley, e incluso de la Constitución, efecto muy grueso que puede ocasionar conflictos con los Tribunales constitucionales, como ya los ha ocasionado en el pasado.

10- La organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada no son medidas derivadas de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, efectiva para evitar los abusos. Los artículos 10 y 70 del EBEP se incumplen y no tienen efectos negativos para las Administraciones públicas.

11- Tampoco es medida efectiva de prevención de los abusos la transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos», pues siguen siendo empleados temporales, sujetos a una prueba de acceso, sin estabilidad.

12- La concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente tampoco lo es, pues ni está prevista para atender a las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco ni es disuasoria y efectiva. Podría introducirse y debería ser disuasoria y efectiva.

13- El reciente auto JS de 30 de septiembre de 2020 ha precisado que "La cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe absolutamente, en el sector público, la conversión de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de duración indefinida, en la medida en que dicha legislación no contenga, en relación con ese sector, otras medidas eficaces para prevenir y, en su caso, sancionar el uso indebido de sucesivos contratos de duración determinada".

14- La prohibición de estabilización es contraria al Derecho de la Unión Europea, mientras no existan medidas alternativas.

15- Al no existir medidas alternativas en el Derecho español, la solución a la infracción del Derecho de la Unión ha de articularse a través de una reforma legal que, hacia el pasado, establezca la estabilización del personal temporal como personal fijo a extinguir y hacia el futuro opte por establecer esta medida u otras alternativas, como las indemnizatorias, eficaces, por disuasorias, de los abusos en la temporalidad en el empleo público. En todo caso, tendría que suprimir la figura del "indefinido no fijo" en el ámbito laboral, desautorizada por el Tribunal de Justicia.

16- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige la observancia del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y el cumplimiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE).

17- El Tribunal Constitucional entiende que la valoración de los méritos de los funcionarios interinos y contratados, valorándose su antigüedad o los servicios prestados, no constituye, ni directa ni indirectamente, una valoración *ad personam*, específica y concreta, de por sí lesiva del derecho fundamental a la igualdad.

18- Además, el Tribunal Constitucional ha admitido que no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional,

expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública.

19- El cumplimiento del Derecho de la Unión, de la Directiva 1999/70 y de la jurisprudencia del TJUE, y la estabilidad del personal temporal de larga duración de las Administraciones públicas, respecto del que éstas han incumplido la legislación vigente y el plazo de tres años para organizar los procesos selectivos de cobertura de vacantes, podría legitimar una situación excepcional que permitiese la desigualdad de trato en favor del personal eventual, interino y contratado temporal.

20- La consideración de los servicios prestados tampoco es ajena, en la jurisprudencia constitucional, a los conceptos de 'mérito y capacidad' del art. 103.3 CE, ya que el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados por la Administración convocante. Ahora bien, no ha admitido el Tribunal Constitucional "en ningún caso" que se pueda convertir ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente, al tener que respetarse en todo caso, también para los interinos y contratados, los principios constitucionales de mérito y capacidad. Habrán de valorarse otros méritos, pero la desigualdad de trato antes razonada permitiría evitar una fase de oposición.

21- Tanto la normativa estatal, como las autonómicas, en la regulación de la selección del personal al servicio de las Administraciones públicas, exigen la observancia en dichos procesos de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

22- Es la ley la que, en nuestro ordenamiento interno (arts. 23.2, 103.3. y 35.2 CE) está llamada a reparar la infracción del Derecho de la Unión otorgando estabilidad a las personas en relaciones temporales abusivas de empleo al servicio de las Administraciones públicas mediante su conversión en personal fijo a extinguir, sin acceso al estatuto funcional. Y a hacerlo con urgencia ante la situación de incumplimiento generalizado de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70 ante la inexistencia en nuestro ordenamiento de medidas efectivas y eficaces, disuasorias de ese incumplimiento.



23.- La figura propuesta encuentra apoyo normativo reciente en la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que, en su disposición final trigésima cuarta, prevé una modificación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. En concreto, en su apartado 3, modifica el artículo 87 de la mencionada Ley en relación a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público estatal. Al abordar los distintos pasos en los que una entidad pública empresarial, o Agencia Estatal, se transforme en entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación del sector público, el Real Decreto que lleve a cabo la transformación conllevará, entre otros efectos, *"la posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada o en la Administración General del Estado."* El precepto contempla que *"La adaptación, en su caso, de personal que conlleve la transformación no supondrá, por sí misma, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en la entidad transformada."* Pero, al tiempo, establece un mecanismo por el cual ***"La integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición de "a extinguir", debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades de la entidad donde se integren."***

24- Reconocida legalmente la existencia de la figura -también en otras ocasiones anteriores-, el camino para la creación de una categoría de personal de carácter indefinido con la posible denominación de "personal estabilizado", de carácter excepcional, resulta una vía apropiada y constitucional para la resolución de una situación de uso abusivo extendido de las situaciones de empleo temporal en las Administraciones y organismos públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales, que se traduce en una infracción flagrante del Derecho de la Unión Europea, de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE.

25- La propuesta de reforma legislativa que acoge este Dictamen para proporcionar estabilidad a las personas trabajadoras que sufren los abusos de la temporalidad en el empleo público, y para la adopción de medidas disuasorias y efectivas que eviten los abusos en el futuro, es coincidente con la voluntad del Gobierno español expresada en el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* -en el marco del Plan de

Recuperación de la Unión Europea "Next Generation EU-, que ha propuesto un "Plan de modernización de las Administraciones públicas con el fin de mejorar la eficiencia de los recursos humanos, reduciendo los altos niveles de temporalidad y precariedad" (4. Una Administración para el siglo XXI. 11. Modernización de las Administraciones públicas").

Madrid, a 8 de marzo de 2021

**María Emilia Casas Baamonde**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Complutense de Madrid  
Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional  
Of Counsel EJASO ETL Global

**NOMBRE PEREZ  
SEOANE RICARDO  
- NIF 36075998S**

Firmado digitalmente por NOMBRE PEREZ  
SEOANE RICARDO - NIF 36075998S  
Nombre de reconocimiento (DN):  
1.3.6.1.4.1.16533.30.1-SEOANE, sn=PEREZ,  
givenName=RICARDO, serialNumber=36075998S,  
title=Abogado, st=Vigo, c=ES, o=Ilustre Colegio de  
Abogados de Vigo / ICAVI / 2080, ou=36211 /  
1116, cn=NOMBRE PEREZ SEOANE RICARDO - NIF  
36075998S, email=rpseoane@ejaso.com  
Fecha: 2021.03.16 19:52:23 +01'00'

**Ricardo Pérez Seoane**  
Abogado Estudio Jurídico Ejaso

## ANEXO I

Normativa estatal y autonómica de selección de empleados públicos.

A pesar de su carácter prolijo, resulta ilustrativo un repaso a la normativa vigente en esta materia, tanto a nivel estatal como autonómico:

### NORMATIVA ESTATAL

- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- *Artículo 10. Funcionarios Interinos*  
2.- *La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.*

### NORMATIVA AUTONÓMICA

- Ley 2/2015. De 29 de abril, de empleo público de **Galicia**.
- *Art. 24. Adquisición y pérdida de la condición de personal funcionario interino.*  
1º.- *La selección del personal funcionario interino se realizará mediante procedimientos ágiles que respetarán, en todo caso, los **principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y libre concurrencia.***
  
- Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de **Asturias**.
- *Selección de personal Artículo 44. La Administración del Principado de Asturias seleccionará a su personal funcionario y laboral previa **convocatoria pública, que garantice, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.***

- Ley 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública de la Comunidad Autónoma de **Cantabria**.

- De la Selección del personal, de la provisión de puestos de trabajo y de la promoción profesional.

Art. 41. 1º.- La Administración de la Diputación Regional de Cantabria seleccionará su personal funcionario y laboral de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de oposición, concurso o concurso-oposición libre en los que se **garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como el de publicidad**.

2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar, incluyendo, a tal efecto, las pruebas prácticas que sean precisas.

- Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública **Vasca**.

- Selección del personal. Artículo 25. 1. Las Administraciones Públicas vascas seleccionarán su personal, funcionario o laboral, mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de oposición, concurso o concurso-oposición libres, en los que se **garanticen los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad**.

- Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de **La Rioja**.

- Artículo 21 Criterios de selección. Oposición, concurso, concurso-oposición. 1. La Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de conformidad con los postulados del artículo 103 de la Constitución **seleccionará a todo el personal**, ya sea funcionario o laboral fijo, con **criterios de objetividad en función de los principios de igualdad, méritos y capacidad**, así como el de publicidad y previa convocatoria pública a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres

- Decreto 104/2020, de 29 de diciembre, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2020.

Art. 3.- 1.- En la **selección de su personal**, la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Autónomos, **garantizarán además de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad**, los principios de:

- Publicidad de las convocatorias y sus bases.

- Transparencia
  - Imparcialidad de los órganos de selección y sus miembros
  - Independencia y discrecionalidad técnica de los órganos de selección
  - Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
  - Agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos selectivos.
- Decreto foral legislativo 251/1993, de 30 de agosto, del Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de **Navarra**.
  - Artículo 89.- La **selección del personal** contratado en régimen administrativo se efectuará mediante **convocatoria pública** y a través de pruebas basadas en los **principios de mérito y capacidad**.
  - Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de **Aragón**.
  - **Artículo 7 1.** Es personal interino el que, por razones de necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento, ocupa puestos de trabajo vacantes que corresponden a plazas de funcionarios en tanto no sean provistas por éstos. También podrán ocupar, provisionalmente, puestos de trabajo en sustitución de funcionarios que disfruten de licencias, o se encuentren en alguna situación con dispensa de asistencia, que otorguen derecho a la reserva de la plaza, mientras persistan tales circunstancias.
  - **2.** Los interinos deberán reunir los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas a los funcionarios para ocupar las plazas vacantes.
  - **3.** El personal interino cesará cuando dejen de ser necesarios sus servicios o cuando la plaza que ocupen sea cubierta por un funcionario.
  - **4.** Las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios.
  - **5.** La **selección del personal** funcionario interino se realizará mediante listas de espera derivadas de los procesos selectivos y

listas supletorias de las anteriores en caso de inexistencia o agotamiento de aquellas. En los casos en que no existan o se agoten dichas listas y concurra una manifiesta urgencia en la provisión del puesto, esta cabrá efectuarla a través del Servicio Público de Empleo. En todo caso, quedarán **garantizados los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.**

- Decreto 88/2018, de 22 de mayo, del Gobierno de **Aragón**, por el que se aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de selección, nombramiento y cese de los funcionarios interinos de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia, transferidos a la Comunidad Autónoma de Aragón y se crea el fichero de datos de carácter personal con el mismo nombre  
Exposición de Motivos: "...Los **principios de igualdad, mérito y capacidad** que configuran el acceso a los Cuerpos Nacionales al servicio de la Administración de Justicia, se constituyen en el elemento fundamental de la nueva regulación para la selección y nombramiento de funcionarios interinos en el ámbito territorial gestionado por la Comunidad Autónoma de Aragón..."
- Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en **Cataluña** en materia de función pública.
  - Artículo 42 *Principios de la selección*. De acuerdo con los principios enunciados por el artículo 103.1 de la Constitución, la Administración de la Generalidad **selecciona todo su personal con criterios de objetividad, en función de los principios de igualdad, mérito y capacidad** de los aspirantes, y mediante convocatoria pública. En el proceso de selección se debe acreditar el conocimiento de la lengua catalana, tanto en la expresión oral como en la escrita.
  - Comunidad Valenciana. LEY 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública **Valenciana**
  - Artículo 16. Personal funcionario interino.
    - 6. La **selección**, que será objeto de regulación reglamentaria, **deberá realizarse** mediante procedimientos ágiles que respetarán los **principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad**, a través

de la constitución de bolsas de trabajo vinculadas al desarrollo de las ofertas de empleo público.

- Región de **Murcia**.
- Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia  
Artículo 27 Selección: sistemas  
1. El personal integrante de la Función Pública Regional será seleccionado mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de oposición, concurso-oposición o concurso, en los que **se garantizará en todo caso la libre concurrencia, así como los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.**
- Andalucía.
- Ley 6/1985, de 28 de noviembre de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía. (última modificación 24.07.2019)  
*Art. 39.1.- Reglamentariamente se regularán los diversos sistemas de **selección del personal**, tanto funcionarial como laboral fijo, en los que han de quedar siempre garantizados **los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad**. La adecuación entre las condiciones personales de los titulares a las funciones propias de los puestos de trabajo que puedan ser ocupados se asegurará por el contenido de las pruebas de selección y, en su caso, pro las prácticas o cursos de formación. A tal efecto, los procedimientos de selección podrán incluir pruebas de conocimientos generales o específicos, pruebas prácticas, tests psicotécnicos y cualesquiera otros sistemas que resulten adecuados para asegurar la objetividad, racionalidad y funcionalidad del proceso de selección.*
- Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de **Extremadura**.
- Artículo 96. **Selección del personal** funcionario interino y del personal laboral temporal. 1. La selección del personal funcionario interino y del personal laboral temporal se realizará mediante **procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad**. El procedimiento de selección del personal funcionario interino y del personal laboral

temporal se regulará reglamentariamente y consistirá en la creación de listas de espera o bolsas de trabajo, pudiéndose acudir excepcionalmente al Servicio Público de Empleo de Extremadura..

- Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de **Castilla-La Mancha**.
  - Artículo 8. Nombramiento de personal funcionario interino.  
3. El nombramiento de personal funcionario interino deberá producirse a través de **procedimientos ágiles en los que se cumpla escrupulosamente con los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad.**
  
- Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de **Castilla y León**
  - Artículo 15. Personal interino.  
3. La selección de personal interino deberá efectuarse atendiendo a los **principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. En todo caso, para ocupar el puesto de trabajo vacante, deberán reunirse los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a los correspondientes Cuerpos, Escalas o Especialidades como funcionarios**
  
- Decreto 50/2001, de 6 de abril, por el que se regulan los procedimientos de cobertura interina de puestos de trabajo reservados a personal funcionario en la Administración de la **Comunidad de Madrid**
  - Artículo 2. Procedimientos de selección de funcionarios interinos.  
2. En cualquier caso, la selección de funcionarios interinos se efectuará respetando los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.
  
- Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la **comunidad autónoma de las Illes Balears**
  - Artículo 15 Personal funcionario interino  
3. Los procedimientos de selección de este personal se establecerán reglamentariamente y respetarán los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, así como obedecerán a criterios de celeridad y eficiencia.
  
- Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública **Canaria**.

- Artículo 65. Personal Interino.
- 2. La selección de los interinos tendrá lugar por un sistema de **convocatorias públicas que garanticen la publicidad y concurrencia en la selección y el mérito y capacidad de los seleccionados.**