

MODERNIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y CRISIS ECONÓMICA: EL INCREMENTO DE ABUSOS EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y LA NUEVA FIGURA DEL “FUNCIONARIO INTERINO TEMPORALMENTE INDEFINIDO”

Modernisation of public employment and economic crisis: the increase of abuses in temporary hiring and the new figure of the “interim civil servant temporarily indefinite”

INMACULADA MARÍN ALONSO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 12/06/2019

Fecha de aceptación: 04/07/2019

SUMARIO: 1. LA EXIGENCIA DE MODERNIDAD Y EFICIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO Y CRISIS ECONÓMICA. 2. LA LENTA RECUPERACIÓN DE DERECHOS LABORALES EN EL EMPLEO PÚBLICO: EL PAPEL DE LAS LEYES PRESUPUESTARIAS Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3. PRIVILEGIOS DEL EMPLEADOR PÚBLICO EN MATERIA DE PERSONAL: DE LA CONCRECIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A PREBENDAS EN CONTRATACIÓN, EXTINCIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 3.1. Privilegios en materia de contratación o nombramiento de personal temporal: el abuso en el uso de los mismos tanto en régimen laboral como funcional. 3.2. Otros privilegios de la Administración Pública en la relación laboral de empleo público. 4. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO EN LA DOCTRINA DEL TJUE Y EL TC. 4.1. El papel de la doctrina del TJUE en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en la Administración Pública. 4.2. La intervención del TC en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo en el empleo público.

RESUMEN: Las exigencias de modernidad de la Administración Pública española y la situación de crisis económica han provocado un incremento del abuso de la contratación temporal bajo régimen laboral y funcionarial. Ello ha generado múltiples cuestiones relacionadas con la evolución del concepto de condición de trabajo conforme a la jurisprudencia del TJUE, así como con el principio de igualdad y no discriminación. A su vez, algunos pronunciamientos judiciales han llegado a dar cobertura a novedosas figuras no sustentadas en el marco legal, como ocurre con el «funcionario interino indefinido», en tanto homólogo al indefinido no fijo bajo régimen laboral, sin perjuicio de la no plena asimilación entre ambas figuras resultantes del abuso en la contratación temporal.

ABSTRACT: The demands of modernity of the Public Administration and the situation of economic crisis have led to an increase in the abuse of temporary contracts under the labor and civil service regime. This has generated many issues related to the evolution of the concept of working condition in accordance with the jurisprudence of the ECJ, as well as with the principle of equality and non-discrimination. At the same time, some judicial pronouncements have even covered novel figures not supported by the legal framework, such as the “indefinite interim civil servant”, as counterpart to the non-fixed indefinite under the labor regime, without prejudice to the not full assimilation between both figures resulting from abuse in temporary hiring.

PALABRAS CLAVE: Empleo público, abuso en la contratación temporal, indefinido no fijo, funcionario interino indefinido, condiciones de trabajo, discriminación.

KEY WORDS: Public employment, abuse in temporary hiring, indefinite non-fixed, interim indefinite civil servant, working conditions, discrimination.

1. LA EXIGENCIA DE MODERNIDAD Y EFICIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO Y CRISIS ECONÓMICA

Han sido muchos los cambios normativos que, para alcanzar una Administración Pública moderna, eficiente y de calidad, se han producido en el empleo público español en los últimos años¹. La adaptación a nuevas realidades sociales y políticas, así como a un entorno cambiante en el ámbito nacional e internacional, ha dado pie a que el empleo público sea considerado un instrumento de cambio al servicio del ciudadano que debe satisfacer intereses variados y contrapuestos y someterse, además, a rigurosos principios de actuación administrativa.

Para entender las transformaciones sufridas en el empleo público de España no hay que olvidar que la Administración Pública representa en este siglo un factor diferencial competitivo entre los Estados y que, para ser competitiva en un mundo globalizado y altamente tecnológico, debe ser ágil, eficaz y eficiente en la prestación de servicios al ciudadano. Desde la perspectiva de la Ciencia de la Administración, tales cambios se enmarcan en una visión amplia de Gobernanza de lo público donde se considera que el interés general puede ser satisfecho mediante el recurso a nuevas formas de organización o de instrumentos jurídico privados sin pérdida de garantías para los ciudadanos, si bien, en tal caso, el sometimiento a los principios de legalidad, interdicción de arbitrariedad, objetividad, libre concurrencia, control del gasto público, publicidad, transparencia o acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad, entre otros, deben garantizarse con independencia de la legislación que regule la actividad administrativa. En esta línea, no solo la organización y funcionamiento de la Administración Pública española recibe influencias del Derecho Privado sino que, también, la gestión de sus recursos humanos se impregna de principios provenientes

.....

1 El objetivo de obtener una Administración Pública moderna, eficaz y de calidad no se ha centrado en una reforma integral de la Función Pública sino que se ha limitado a regular distintos procesos de modernización. La necesidad de modernización de la Administración Pública ya se había hecho palpable en épocas anteriores tal como puede, por ejemplo, en el Plan de Modernización de la Administración General del Estado en 1992, el Plan de Calidad de la Administración Civil del Estado de 1999, el Libro Blanco de Mejora de los Servicios Públicos del año 2000, el Plan de Choque para el Impulso de la Administración Electrónica de 2003, el Plan Moderniza de medidas de mejora de la Administración 2006-2008 o, también, en el actual Plan Estratégico de Impulso y Transformación de la Administración Pública 2018-2020, que dedica su Eje 4, sobre Mejora y modernización del empleo público, a desarrollar un nuevo modelo de empleo público.

del mismo sector o se somete, incluso, de manera exclusiva o parcial, al régimen jurídico laboral².

La fundamentación jurídica para la dualidad de regímenes jurídicos de personal al servicio de un mismo empleador se encuentra en el carácter neutro de la Constitución española respecto de la convivencia de diferentes Estatutos de Personal en el ámbito público (art. 35 y 103 CE)³ y en el hecho de que la exigencia de acceso a la Administración Pública bajo los principios de mérito y capacidad (art. 23 CE)⁴ se consigue tanto a través del rígido y formalista Derecho Administrativo como del adaptable y flexible Derecho del Trabajo, disciplinas que a lo largo del tiempo han mantenido una relación compleja y confusa, pasando por distintas etapas de expansión o contracción⁵ que, a día de hoy, continúan planteando problemas jurídicos relacionados con el principio de igualdad y no discriminación.

Conforme a ello, el Estatuto Básico del Empleado Público⁶ distingue al personal de la Administración Pública según la siguiente calificación: personal funcionario (de carrera,

.....

2 Véase la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE nº 236, 2 de octubre que, entre otras figuras, regula las Entidades Públicas Empresariales de ámbito estatal sometidas al Derecho Privado y al régimen laboral en materia de personal (arts. 103-106). En el caso de los organismos autónomos estatales o los organismos públicos estatales, el personal puede ser funcionario o laboral. Anteriormente algunas leyes especiales admitieron nuevos supuestos de contratación laboral e, incluso, insertaron la dualidad de regímenes jurídicos en organismos reguladores encargados de desempeñar importantes funciones públicas –v. gr. la Agencia de Protección de Datos (Ley 5/1992, de 29 de octubre); el Banco de España (Ley 13/1994, de 1 de junio, y su Reglamento Interno aprobado por la Resolución de 28 de marzo de 2000); también la Comisión Nacional de la Energía (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos y art. 42 RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE) o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 48 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones)- o, en su caso, la exclusividad de prestación de servicios en régimen laboral como ocurre, por ejemplo, con el personal al servicio de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin que esta circunstancia se modificara por el EBEP, el cual introdujo la figura del alto directivo laboral en la Administración Pública y, asimiló aún más las instituciones jurídico laborales respecto de los funcionarios públicos, llegando incluso a la equiparación legal entre el colectivo funcional y laboral al servicio de la Administración Pública en numerosas cuestiones o dejando que esa equiparación se consiga a través de una institución importada desde el Derecho del Trabajo como es la negociación colectiva.

3 El art. 35.2 CE señala que: “La ley regulará un estatuto de los trabajadores”, mientras que el art. 103.3 CE establece que “La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. La STC 99/1987, de 11 de junio, entendió la existencia una preferencia por el régimen funcional aunque dejaba en manos del legislador el alcance de cada uno de ellos y las relaciones entre ellos. Actualmente, la dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de la Administración Pública se contempla en el art. 8 del EBEP.

4 El art. 103 CE señala que “la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”; por su parte, el artículo 55 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP de ahora en adelante) prevé que “todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”, así como que “las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

5 Para más detalle, véase MARÍN ALONSO, I.: “El empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Relaciones Laborales* nº 1, 2009.

6 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

interino y eventual), personal laboral (indefinido, fijo e indefinido no fijo) y alto directivo (funcionario o laboral), señalando que el régimen estatutario público será de aplicación para todo el personal funcionario, mientras que la legislación laboral y convencional será de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas⁷ cuando las disposiciones del EBEP no establezcan regulación específica para ellos. Lo dispuesto en el EBEP tiene, por tanto, preferencia aplicativa para el personal laboral al servicio de la Administración Pública⁸.

Un supuesto reciente de dicha prioridad puede verse en la modificación introducida en el art. 7 del EBEP por el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁹, el cual señala que “en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”¹⁰. Tal medida supondrá una beneficiosa simplificación de la gestión pública en la materia, a la vez que facilitará su posterior regulación convencional en las mesas conjuntas de negociación colectiva *ex art.* 36.3 del EBEP aunque, sin duda, presentará nuevos problemas de cara al principio de igualdad y no discriminación en el empleo público pues los derechos concedidos para tales circunstancias no son idénticos para uno y otro tipo de personal. Por su parte, este nuevo distanciamiento con el sector privado vuelve a ahondar aún más en la idea de que, en la práctica, la relación de empleo público laboral se configura como una relación laboral de carácter especial aunque sin catalogarla expresamente como tal.

.....

7 Señala el Art. 7. Normativa aplicable al personal laboral que “El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. A esta previsión el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, ha añadido que pese a ello “en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”.

8 Sobre la aplicación preferente del EBEP en caso de regulación específica de una materia para el personal laboral véase la STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de junio de 2016 –AS 2017/31–.

9 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

10 Véase también la Disposición adicional vigesimosegunda del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019, que igualmente establece que los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas “Resultarán de aplicación al personal laboral de las Administraciones públicas los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia regulados en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones de la presente Ley sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho.»

Pero en la actual transformación de la relación de empleo público no solo ha desempeñado un papel importante la consecución de principios de eficacia, eficiencia y modernización de la Administración Pública sino, también, la acuciante necesidad de superar la crisis económica y financiera que asoló a toda Europa a partir de 2008. En tal sentido, la profunda crisis económica que padeció España no solo hizo perseverar al legislador español en el intento de obtener una mayor eficacia y eficiencia en la gestión del personal de las Administraciones Públicas sino, también, intentar someter a la Administración Pública a los límites presupuestarios impuestos por Europa para alcanzar los objetivos de déficit público y lograr la sostenibilidad del sistema. Las exigencias económicas provenientes de Europa para evitar el rescate por las autoridades financieras europeas y garantizar la estabilidad de la zona euro evidenciaron la necesidad de obtener unos objetivos comunes en materia de empleo público y luchar de manera conjunta frente a la diversidad de regímenes jurídicos de personal que se dan cita en el empleo público español desde el Siglo XIX¹¹, poniendo en marcha una ingeniería jurídica de lo más variopinta que ha despertado la crítica jurídica de la doctrina científica por fundamentarse, básicamente, en el recorte de derechos laborales para todos los empleados públicos o en la pérdida de garantías en materia de estabilidad.

Las exigencias económicas de Bruselas dieron lugar a la adopción por el legislador español de numerosas medidas de choque en materia de empleo público, las cuales empezaron a notarse a partir de 2010¹² y se asentaron a partir de 2012¹³ con la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 20 de febrero, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral, posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la reforma del mercado laboral y, específicamente, con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad. Desde la perspectiva financiera, las reformas del empleo público se enmarcaron, además, no solo en los límites habituales establecidos en las Leyes anuales de Presupuestos¹⁴ sino, también, en la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, la cual afectó tanto a la contratación o nombramiento de



11 Los orígenes de la diferenciación de regímenes de personal en el empleo público español se remonta al Estatuto López Ballesteros de 1827 aprobado por Real Decreto de 7 de febrero de 1827 al objeto de establecer un régimen diverso al funcional para trabajadores subalternos en la Real Hacienda.

12 Véase el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, BOE nº 126, de 24 de mayo. Las medidas de ajuste que se aplican son similares a las adoptadas en crisis económicas anteriores (v. gr. limitación de vacantes, amortización de jubilaciones, reducción hasta la congelación de la tasa de reposición, supresión de cargos o reducción de la masa salarial, etc).

13 El Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 creó la denominada Comisión para la Reforma de la Administración Pública (CORA) en cuyo seno se elaboró un Informe con 218 propuestas para la reforma de la estructura y el funcionamiento de las Administraciones Públicas. En 2013 se constituyó una Oficina para la ejecución de la reforma de la Función Pública (OPERA) con el fin de seguir el cumplimiento de las medidas. En el informe se contemplan “medidas estratégicas en materia de empleo público”.

14 Las Leyes presupuestarias han establecido anualmente el tope salarial o retributivo de todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Con anterioridad a 1984, dichas normas solo incluían indicaciones no obligatorias respecto del personal laboral.

personal de nuevo ingreso en la Administración Pública como a la extinción de contratos o a la negociación de incrementos retributivos o de cualquier otra medida que supusiera un incremento de gasto público para la Administración Pública¹⁵.

Las medidas adoptadas para afrontar las exigencias presupuestarias europeas fueron tanto estructurales como coyunturales en materia de empleo público¹⁶, provocando, con carácter general, la pérdida o empeoramiento de condiciones de trabajo de los empleados públicos (funcionarios y laborales), a la par del deterioro sufrido por las existentes en el sector privado y, también, el bloqueo de la Administración Pública en orden al acceso de nuevo personal. Así, entre las medidas adoptadas destacan la reducción de la masa salarial en el conjunto del gasto público, la congelación o limitación de la oferta pública de empleo, la amortización de vacantes producidas por jubilaciones u otras causas, el incremento de la edad de jubilación, la recuperación legal de la jornada máxima de trabajo semanal (37 horas y media), la prohibición de aplicar el principio de suplementariedad o norma mínima en determinadas materias, la reducción del empleo público en sectores específicos como la sanidad o la educación, la habilitación legal del despido por causa económica, técnica u organizativa del personal laboral al servicio de la Administración Pública o la suspensión de efectos de los convenios o acuerdos colectivos de los empleados públicos laborales o funcionariales que establecieran mejoras sobre lo establecido por la ley en determinadas materias; se produjo también la congelación de salarios en 2012, 2013 y 2014, la supresión de la paga extra en 2012, la introducción de restricciones a la contratación temporal y la amortización de vacantes, así como la reducción de días de asuntos propios y adicionales, la modificación de las condiciones de acceso y permanencia en situación de incapacidad temporal, el establecimiento de un plan de reducción del absentismo y la modificación del régimen de incompatibilidades y de los permisos sindicales, a la vez que se plegaba el derecho de efectividad de los instrumentos negociadores del personal laboral a la existencia de causa grave de interés general.

Las medidas abordadas tenían, según la Exposición de Motivos de las normas mencionadas, carácter urgente y naturaleza temporal, motivo por el que, en principio, no se



15 La Exposición de Motivos de la ley señala que la difícil situación económica en España “exige aplicar una política económica contundente basada en dos ejes complementarios que se refuerzan: La consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública, y las reformas estructurales [...]”. Esta norma fue consecuencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución Española que introdujo al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico una regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en nuestro país y limita la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por otro lado, esta Ley da cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea.

16 Para ARENILLA SAEZ, M.: “Cuatro décadas de modernización vs reforma de la Administración Pública en España”, *Revista de Ciencias Sociales* nº 5, 2017, pág. 312 “se trata de una serie de medidas clásicas no estructurales que mantienen la inalterabilidad del modelo de función pública. Así, entre nosotros no se aplican apenas medidas de carácter estructural como la redistribución de efectivos; la revisión profunda de la cartera de servicios; la reasignación o redistribución de funciones o servicios entre los niveles gubernamentales; o la externalización y privatización”.

aprovechó la posibilidad de implantar medidas estructurales que cambiasen el modelo de función pública. No se introdujo, pues, ninguna medida que permitiera la redistribución del personal en régimen funcionarial según las necesidades del empleador público o que facilitara llevar a cabo alteraciones a lo pactado con el trabajador (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o la movilidad geográfica o funcional del personal laboral), ni la posible reasignación de funciones o la modernización del sistema de acceso a la función pública, así como tampoco la introducción de la cultura del rendimiento o la posibilidad de externalizar determinados servicios públicos, por ejemplo. El objetivo que el legislador pretendía conseguir era, principalmente, el ahorro del coste público, tal como demuestran las medidas estratégicas en materia de empleo público contenidas en el informe CORA, desarrollado por la Comisión para la Reforma de la Función Pública en base al Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012¹⁷.

La recuperación de las condiciones laborales perdidas durante la crisis será, a partir de entonces, un proceso lento y complejo, si bien el impacto sufrido por el personal al servicio de la Administración Pública será irreversible, quedando para siempre en la memoria de los mismos que la seguridad de la que gozaban antes de 2012 se relegó a una mera quimera y que el empleador público, pese a su función constitucional, puede convertirse en el mayor precarizador del empleo (v.gr. el incremento de la temporalidad en sectores como el educativo o el sanitario¹⁸) y en el más dictatorial de los empresarios a través de la imposición de condiciones laborales y la merma del derecho de la negociación colectiva.

2. LA LENTA RECUPERACIÓN DE DERECHOS LABORALES EN EL EMPLEO PÚBLICO: EL PAPEL DE LAS LEYES PRESUPUESTARIAS Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La situación económica en España comenzó a revertir lentamente a partir de 2014, produciendo en el empleo público lo que la doctrina ha llamado “efecto muelle”, es decir, el retorno paulatino a la situación jurídica anterior¹⁹. Muestra de ello es la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma admi-

17 Sobre este ahorro puede consultarse el Informe del Ministerio de Hacienda y Administración Pública publicado en la página web de transparencia <http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/>.

18 Según la EPA entre 2008 y 2013, debido a la falta de presupuesto, se redujeron en el sector sanitario 320.000 empleos temporales. Además, la temporalidad en 2015 era del 30,48% y en 2016 el 31,6% del personal.

19 ARENILLA SAEZ, M.: “Cuatro décadas de modernización vs reforma de la Administración Pública en España”, *Revista de Ciencias Sociales* nº 5, 2017, pág. 313.

nistrativa, por la que se amplió el número de días reconocidos en el EBEP para la atención de asuntos particulares (cinco días *ex art.* 28.Cuatro de la ley); también el Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, supuso un tímido intento de retomar la situación jurídica anterior ya que vuelve a modificar el número de días de permiso por asuntos particulares hasta alcanzar el sexto día que por tal motivo existía antes de 2012, a la vez que incrementó, por antigüedad, los días de permiso por asuntos particulares y de vacaciones reconocidos en el EBEP. Esta norma, además, respecto de las retribuciones, recupera parte de la paga extraordinaria y adicional del año 2012, siendo la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, la que previó la devolución de una cuarta parte de la paga extraordinaria suprimida en diciembre de 2012, con efectividad a partir de enero de 2015.

No obstante, han sido impulsos particularmente decisivos en la recuperación de las condiciones laborales del empleo público en España la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 y la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, las cuales incrementaron la oferta de empleo público y la tasa de reposición con el fin de incorporar nuevos efectivos a la Administración Pública²⁰, a la vez que la última norma libera de importantes restricciones a la negociación colectiva en materia de incapacidad temporal. En este último aspecto resulta interesante observar el renovado interés del legislador en regular mediante el mismo instrumento jurídico y con el mismo alcance el hipotético contenido negociador para todo el personal público, pues la novedad que introduce la Ley 6/2018 no radica únicamente en permitir alcanzar a los empleados públicos el cien por cien de los complementos retributivos en materia de incapacidad temporal por contingencias comunes, sino en establecer que dicha mejora debe hacerse a través de la contratación colectiva para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, es decir, con independencia de la naturaleza jurídica de su vínculo –público o privado- o de su adscripción a un concreto régimen de Seguridad Social –Régimen General o Regímenes Especiales de funcionarios públicos²¹-. El régimen retributivo durante las



20 La LPGE para 2017 estableció que la tasa de reposición para determinados ámbitos y sectores alcanzaría el 100% de las bajas producidas, así como el 50% de los restantes sectores. En desarrollo de esta norma, véase el RD 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017 (BOE nº 162, de 8 de julio).

21 Los empleados públicos en España no disponen de un régimen jurídico común de protección social, sino que vienen protegidos por diferentes regímenes de seguridad social pese a que exista cierta similitud o paralelismo en el contenido y régimen jurídico de las prestaciones. El personal laboral de la Administración Pública se encuadra en el Régimen General de la Seguridad Social pero los funcionarios públicos pueden encuadrarse, bien en el Régimen General o bien en Regímenes Especiales. Los mecanismos de protección de los funcionarios públicos se articulan en dos modelos diferentes: las clases pasivas, por un lado, y el mutualismo administrativo, por otro. El sistema de Clases Pasivas es común para todos los funcionarios públicos y se regula en el texto refundido por el que se aprueba el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, desarrollado por el RD 172/1998, de 11 de febrero,

situaciones de incapacidad temporal no solo vuelve a ingresar en el campo de lo negociable en sus ámbitos respectivos sino que se extiende, además, a colectivos excluidos hasta el momento de la facultad negociadora en dicha materia²², ampliándose así la materia negociable para los empleados públicos²³. Se establece así que cada Administración Pública pueda negociar el complemento económico por incapacidad temporal hasta alcanzar de nuevo el cien por cien de las retribuciones percibidas por los empleados públicos, pero más que un retorno a la situación jurídica anterior al art. 9 del RD Ley 20/2012 se produce, en realidad, una regulación *ex novo* de esta materia pues, a partir de la Ley 6/2018, se legisla en común para todos los empleados públicos (en sentido unívoco) en situación de incapacidad temporal²⁴. La negociación colectiva parece resurgir de sus cenizas y alzarse nuevamente como el instrumento que mejor facilita la convergencia de condiciones de trabajo entre los servidores públicos, dando con ello nuevas expectativas a los interlocutores sociales y al diálogo social.

En todo caso, la recuperación de los derechos individuales y colectivos de los empleados públicos se articula con la participación de las organizaciones sindicales del personal de la Administración Pública y se plasma, principalmente, en el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 29 de marzo de 2017, en el Acuerdo de 30 de mayo de 2017 por el que se modifica el Acuerdo de 29 de octubre de 2012 sobre asignación de recursos y racionalización de



mientras que el sistema del mutualismo administrativo difiere según el ámbito específico del que se trate. Así, nos encontramos, por un lado, con la Mutualidad de los Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), regulada por el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, y su desarrollo reglamentario (RD 375/2003, de 28 de marzo); por otro lado, con la Mutualidad del personal al servicio de las Fuerzas Armadas (ISFAS), regulada en el Real Decreto Legislativo 1/2006, de 9 de junio (desarrollado por el RD 1726/2007, de 21 de diciembre) y, por último, con la Mutualidad del personal al servicio de la Administración de Justicia (MUGEJU) que se regula por el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio (desarrollado por el RD 1026/2011, de 15 de julio).

22 Para el personal integrado en el Mutualismo Administrativo se prevé expresamente que “de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, *previa negociación colectiva*, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, este podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal” (DA 54^a). Se amplía así para este personal el papel que la negociación colectiva ha desempeñado hasta el momento pues, hasta ahora, era la ley la que fijaba la retribución a percibir por este personal durante la situación de incapacidad temporal sin la intervención de los interlocutores sociales. Esta ley especial introduce sorpresivamente para el personal integrado en el mutualismo administrativo una nueva materia negociadora no recogida expresamente en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 37) ni en su normativa específica de seguridad social y camina a la par de lo establecido en esta materia para el personal laboral y funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. Para este último personal, en definitiva, se mantiene el papel habitual de la contratación colectiva aunque liberado ahora de la restricción establecida en el RD Ley 20/2012 respecto de los topes máximos.

23 Véase el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes.

24 En detalle puede verse MARÍN ALONSO, I.: “La incapacidad temporal de los empleados públicos en el régimen general de la seguridad social y el mutualismo administrativo: régimen retributivo y negociación colectiva”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n° 18, 2019.

las estructuras de negociación y participación y en el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo de 9 de marzo de 2018. En esta línea, el Plan Estratégico de Impulso y Transformación de la Administración Pública para el período 2018-2020 prevé, en su Eje 4 sobre Mejora y Modernización del empleo público, un principio transversal de participación donde las medidas adoptadas “deben tener en cuenta la opinión, necesidades y expectativas de los agentes implicados en las diferentes políticas, fomentado el diálogo social y la participación de la sociedad”. Tales Acuerdos representan, sin duda, una importante novedad en el empleo público tras el retroceso sufrido por el derecho a la negociación colectiva para afrontar la crisis económica, retroceso que, pese a todo, se mantiene en el mismo lugar para todos los empleados públicos.

Sentada la caótica situación anterior, conviene hacer un breve recorrido sobre los aspectos, novedosos o no, que actualmente acaparan la atención del legislador, de los tribunales de justicia y de la doctrina científica en materia de empleo público. Todos engarzan, en realidad, con la dualidad de regímenes jurídicos de personal en la Administración Pública y permiten entrever nuevas perspectivas de aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el empleo público. Pero, en todo caso, es el incremento de la contratación o nombramientos de duración temporal y el abuso o utilización irregular de tales empleos lo que se percibe como el problema principal actual en el sector público, siendo las consecuencias de esta precarización el centro de interés de nuestros Tribunales y, más recientemente, del TJUE, el cual está teniendo una influencia decisiva para avanzar en la protección de los derechos laborales de todos los empleados públicos.

3. PRIVILEGIOS DEL EMPLEADOR PÚBLICO EN MATERIA DE PERSONAL: DE LA CONCRECIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A PREBENDAS EN CONTRATACIÓN, EXTINCIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Pese a que la Administración Pública empleadora actúa sin *imperium* respecto de su personal, no puede olvidarse que esta disfruta de numerosos privilegios en la gestión de sus recursos humanos, laborales o funcionariales. Estas ventajas parten, no obstante, de una prebenda anterior que, aunque diluida por obra de la doctrina del TC y la letra de la ley, aún goza de visibilidad en la práctica del empleo público: la posible elección de vínculo jurídico que ate a los empleados públicos con cada Administración Pública. En tal

sentido, es la ley la que, conforme a la doctrina del TC²⁵, determina los criterios generales para que un puesto de trabajo o unas determinadas funciones se desarrollen por uno u otro tipo de personal²⁶, pero la concreción de los mismos y la decisión final corresponde a la Administración Pública conforme a sus necesidades organizativas, sobre todo, cuando las mismas no son permanentes.

3.1. Privilegios en materia de contratación o nombramiento de personal temporal: el abuso en el uso de los mismos tanto en régimen laboral como funcionarial

En relación a los privilegios del empleador público en materia contractual laboral puede apreciarse que a la Administración Pública se le permite la posibilidad *ab initio* de contratación temporal ilimitada bajo régimen laboral. Esto ocurre, por ejemplo, con los trabajadores contratados como personal investigador y docente al servicio de las Universidades Públicas o con contratos vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión, cuyas funciones son idénticas a las del personal docente o investigador funcionario²⁷. Además, a través de la particular figura del trabajador «indefinido no fijo» -que es la denominación que recibe quien alcanza la condición de indeterminación por declaración judicial como reacción al abuso o fraude en la contratación temporal-, el empleador público cuenta con la posibilidad de cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que discrecionalmente proceda a su cobertura definitiva o a su amortización, sin que se establezca ningún régimen sancionatorio cuando la inactividad de la Administración Pública favorece el desempeño del mismo durante largos períodos de tiempo²⁸.

Por su parte, bajo el régimen contractual administrativo, la Administración empleadora también cuenta con la posibilidad de contratar *sine die* funcionarios interinos para desempeñar temporalmente, por razones justificadas de necesidad y urgencia, determinados



25 La STC 99/1987, de 11 de junio, resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública donde determinó que era la ley –y no la Administración Pública- la que debía establecer los puestos a desempeñar por funcionarios públicos.

26 La relación de puestos de trabajo que pueden desempeñarse en régimen laboral se encuentra en el aún vigente art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, y las funciones a desempeñar se delimitan en atención a lo dispuesto en el art. 9 del EBEP para los funcionarios cuando señala que “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

27 La Disposición Adicional 15ª del TRET permite que la limitación de la duración máxima del contrato para obra o servicio en la Administración Pública no se aplique a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión superior a tres años.

28 Esta circunstancia puede deberse, incluso, en Administraciones de escasa dimensión a supuestos de connivencia entre el trabajador y el representante de la entidad pública.

puestos que deben ser cubiertos por funcionarios de carrera, abocando ello a situaciones de gran precariedad e inseguridad laboral cuando el empleador público incumple la exigencia de proceder a su cobertura definitiva o amortización, o incurre en situación de fraude²⁹. Esta última situación ha dado lugar a una reciente polémica en el orden contencioso-administrativo relacionada con la ausencia de reproche legal ante situaciones abusivas por parte del empleador público, articulando una nueva figura, la de «funcionario interino indefinido», a la que formalmente se le niega la asimilación del régimen jurídico privado relacionado con el trabajador indefinido no fijo, pero a la que se le adjudican los principales efectos de la misma: la no finalización del contrato o nombramiento hasta la cobertura definitiva de la plaza³⁰.

Todo ello genera bolsas de temporalidad elevada, separadas por el particular régimen jurídico que le da cobertura y que provocan importantes desigualdades fácticas entre unos y otros en materia de condiciones de trabajo.

El legislador, además, no establece límites a la duración máxima de determinados contratos como, por ejemplo, el contrato de interinidad (público –*ex art. 10.1 a) y b) EBEP*– o privado –*ex art. 15.5 TRET*–) o topes a las renovaciones excesivas de los mismos como ocurre, por ejemplo, con la contratación de funcionarios interinos por proyecto *ex art. 10 c) EBEP* que no se someten a un tope de renovaciones sino, únicamente, a un tope temporal máximo de cada contrato. Se une a ello que en el marco de las Administraciones Públicas no existen medidas disuasorias efectivas para evitar la contratación temporal ya que, por ejemplo, bajo régimen jurídico privado o laboral, la conversión del trabajador temporal en «indefinido no fijo» solo otorga a este una situación de temporalidad indefinida (en la medida que este no deja de ser un trabajador temporal³¹) mientras que, bajo régimen público o administrativo, no se establece ninguna medida o consecuencia para una posible situación fraudulenta o abusiva en la contratación temporal. Así, en la Administración Pública tenemos una «imposibilidad relativa» de transformar un contrato temporal en indefinido a través del trabajador indefinido no fijo y una «imposibilidad absoluta» de transformar en funcionario de carrera a un funcionario interino que ha sufrido abusos o fraude en su contratación. Se observa con ello que, bajo el régimen jurídico privado, se produce una comedita acción disuasoria de los abusos pero poco satisfactoria al mantener el carácter temporal de la contratación y, bajo el régimen jurídico público, se produce

.....

29 El art. 10.4 del TREBEP señala que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deben incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Por su parte, el art. 70 del TREBEP señala respecto de las plazas de nuevo ingreso que, en todo caso, la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse en el plazo improrrogable de tres años.

30 SSTs de 26 de septiembre de 2018 –RJ 2018/4062–, dictadas frente al Servicio Vasco de Salud y frente al Ayuntamiento Vitoria-Gasteiz, respectivamente.

31 Al respecto, véase el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *Asunto León Medialdea contra el Ayuntamiento de Huétor-Vega*, C-86/14.

una impunidad absoluta para la Administración Pública en su calidad de empleador, lo cual le otorga ventajas competitivas frente al empleador privado³².

Además, la imposibilidad de adjudicar la sanción del régimen laboral a los mismos supuestos del régimen funcional por tratarse de prestaciones de servicios sometida a naturaleza diferente deja un reguero de insatisfacción aún mayor entre los empleados públicos, y reabre con intensidad el debate sobre la objetividad y razonabilidad de esa diferencia³³. En todo caso, es la falta de efecto disuasorio para los funcionarios temporales, o el efecto ineficaz en el caso de los trabajadores en régimen laboral, lo que propaga el fraude en la contratación temporal pues la Administración Pública no sufre consecuencias adecuadas por el incumplimiento de la ley.

Recuérdese que la Cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, dispone que “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 [...]”. Corresponde, así, a cada Estado decidir las medidas aplicables frente al abuso en la contratación temporal y las consecuencias de las mismas, pero siempre que estas sean efectivas y disuasorias y no compliquen el ejercicio de los derechos del trabajador, pudiendo existir diferentes consecuencias en el sector público y en el privado siempre que la medida utilizada sea proporcionada y efectiva para evitar los abusos. Las medidas, por tanto, deben garantizar que se consiga la estabilidad en el empleo, sin que la norma comunitaria establezca diferencias por el carácter público o privado del empleador.

De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensa-

.....

32 Y ello pese a que el art. 70 del EBEP establezca la obligación de ejecutar la oferta de empleo público en el plazo improrrogable de tres años para plazas de nuevo acceso. No se prevé en dicho precepto ninguna medida sancionatoria en caso de incumplimiento del plazo mencionado ni tampoco previsión ni consecuencia para los empleados públicos que desempeñen sus funciones profesionales en la Administración durante largo tiempo.

33 Al respecto, véase, MARÍN ALONSO, I.: “El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza”, *Revista de Derecho Social* n° 84, págs. 217 y ss; también, ALFONSO MELLADO, CL.: “¿Interino indefinido? Dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018”, *Revista de Derecho Social* n° 84, págs. 147 y ss.

ble poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Para que una normativa nacional, de conformidad con el Derecho de la Unión, prohíba de forma absoluta la transformación de un contrato de duración determinada en uno indeterminado en caso de sucesión de contratos temporales debe obedecer a que dicho ordenamiento jurídico interno cuente ya, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o nombramientos de duración determinada.

En esta línea, una reciente doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, contenida en la sentencia de 26 de septiembre de 2018³⁴, ha considerado que la sanción adecuada frente al abuso en la contratación temporal de los funcionarios interinos es la no finalización de la relación entre las partes, manteniendo pues los derechos profesionales y económicos de los empleados, si bien niega una asimilación a la situación de trabajador indefinido no fijo existente para el personal laboral³⁵. No obstante, pese a esta negativa a establecer una asimilación con el personal laboral, resulta obvio que las consecuencias son las mismas, es decir, la continuidad de la relación laboral hasta la amortización o cobertura reglamentaria definitiva, sin perjuicio de las matizaciones que se verá en materia de indemnización³⁶.

Surge así, en consecuencia, una nueva figura de creación jurisprudencial al estilo de lo ocurrido con la figura del trabajador indefinido no fijo en régimen laboral. Los empleados temporales laborales o funcionariales podrán mantener vivo el vínculo con su empleadora frente a situaciones de abuso en la contratación o nombramiento temporal. El funcionario interino temporal también deviene funcionario interino indefinido hasta la cobertura definitiva de la plaza ocupada, en salvaguarda, por un lado, de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública y, por otro, del derecho a la estabilidad y seguridad del empleado público y de las exigencias de la normativa europea respecto de la evitación de abusos.

La diferencia entre uno y otro régimen jurídico es, de momento, que el contrato del trabajador indefinido no fijo precisa el abono de la indemnización tasada en el ordena-

.....

34 RJ 2018/4062-.

35 SSTs de 26 de septiembre de 2018 –RJ 2018/4062-. Tales sentencias se presentan contra el Servicio Vasco de Salud –rec. nº 785/2017- y contra el Ayuntamiento Vitoria-Gasteiz –rec. nº 1305/2017-.

36 Resulta curioso que las mencionadas sentencias prevean la aplicación del artículo 7 del Código Civil, el cual señala que “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. Se reconoce, pues, la posibilidad de fijar una indemnización de daños y perjuicios a fijar en el proceso. No obstante, señala que el concepto de daño y perjuicio debe estar ligado a la situación de abuso “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”

miento³⁷ mientras que la del funcionario interino indefinido dependerá de la reclamación de daños que, en su caso, se plantee por el empleado público. Téngase en cuenta que, entre las medidas propuestas por la Directiva, no se incluye el pago de una indemnización como medida desincentivadora de la contratación temporal, sin perjuicio de que si la legislación nacional la establece, esta deba ser eficaz y, además, no menos favorable a las aplicables en situaciones similares reguladas por el ordenamiento interno (principio de equivalencia). Así, aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco³⁸

La problemática gira ahora sobre una concreta condición de trabajo: la indemnización por finalización del mismo³⁹. La existencia de tal indemnización solo se prevé en la contratación bajo régimen laboral, aunque no en todas las modalidades contractuales temporales. El legislador español introdujo dicha indemnización para adaptarse a la Directiva 1999/70/CE, pero lo hizo solo para dos de las tres modalidades contractuales de contratos temporales legalmente admitidos, esto es, para el contrato para obra o servicio determinado y el contrato eventual, excluyendo expresamente a los contratos de interinidad, tanto por sustitución de un trabajador con derecho de reserva de puesto de trabajo como por cobertura de vacante mientras dura el procedimiento para ello.

De la intervención en esta materia por parte del TJUE se deduce que la fijación de dicha indemnización no parece ser una medida acorde con la finalidad que deben garantizar los Estados conforme a la Cláusula 5 de la Directiva. Nuestro TS, por su parte, entiende en su sentencia de 13 de marzo de 2019, respecto del contrato de interinidad por sustitución, que “la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los [contratos para obra o servicio o los eventuales], no solo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasorio frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto la misma, precisamente, por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento”. Considera, pues, que la única medida

.....

37 Al respecto, STJUE de 21 de noviembre de 2018, *Diego Porras*, C-619/17, y la reciente STS de 13 de marzo de 2019 –JUR 2019/103968– que para el supuesto del contrato de interinidad por sustitución entiende que no cabe ni la indemnización de 20 días por año trabajado en caso de despido objetivo ni la indemnización de 12 días por año correspondiente a otras modalidades contractuales temporales por fin de contrato. No obstante, se está a la espera de un próximo pronunciamiento del TS en relación con la indemnización debida en caso de interinidad por vacante.

38 Véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04; de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardino*, C-53/04; de 7 de septiembre de 2006, *Vassallo*, C-180/04, y de 3 de julio de 2014, *Fiamingo y otros*, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, y el auto de 11 de diciembre de 2014, *León Medialdea*, C-86/14.

39 STJUE 14 de septiembre de 2016, *Asunto Diego Porras*, C- 595/14.

adoptada en nuestro ordenamiento para satisfacer la Cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnización de 12 días”. La justificación de tal doctrina se sustenta en que “por más que, *a priori*, pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a la reserva de trabajo”.

Añade este pronunciamiento que es decisivo entender que el puesto de trabajo ocupado temporalmente por el interino por sustitución no desaparece y que, además, debe garantizarse el derecho al trabajo de la persona sustituida y “nada de ello concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET”. Se concluye, por tanto, que el contrato de interinidad por sustitución de otro trabajador que tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo no genera, en caso de extinción, indemnización alguna, volviendo a la situación jurídica existente antes de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Diego Porras*, C-596/2014⁴⁰. En todo caso, el TS no se ha pronunciado aún sobre la interinidad por vacante -en cuyo caso no resultarían de aplicación los argumentos mencionados-, ni tampoco sobre la polémica de la larga duración de los contratos temporales tal como sí hace la STJUE de 5 de junio de 2018, *Asunto Montero Matías*, C-677/16 respecto de la interinidad por vacante. Supone ello, en definitiva, que la controversia jurídica se mantendrá abierta e interesante durante más tiempo.

3.2. Otros privilegios de la Administración Pública en la relación laboral de empleo público

Junto a los mencionados privilegios en relación a la contratación o nombramiento de personal temporal, también existen otras prebendas o especialidades que, de manera más o menos visible, han favorecido al empleador público en materia de empleo. Pueden mencionarse, por ejemplo, el carácter restrictivo de la aplicación en la Administración Pública de las reglas específicas sobre encadenamiento de contratos temporales⁴¹, o la garantía

.....

40 Recuérdese que este pronunciamiento entendió que para el caso de extinción de un contrato de interinidad debía abonarse una indemnización de 20 días de salario por año por tratarse de un supuesto equiparable a un despido objetivo.

41 La Disposición Adicional décimoquinta del ET dispone que “3. Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley”.

de readmisión existente solo para el personal laboral fijo –y no temporal o indefinido no fijo⁴²- en supuestos de despido disciplinario injustificado -y no en caso de despido objetivo o colectivo-, así como la posibilidad que existía en el antiguo art. 52 e) del ET de extinguir a menor coste contratos indefinidos vinculados a proyectos de carácter finalista financiados por otras Administraciones Públicas⁴³ -causa actualmente englobada en la Disposición Adicional décimosexta del ET⁴⁴- o, también, la posibilidad de inaplicar lo pactado en convenios o acuerdos colectivos por razones de interés general apreciado por la propia Administración parte del acuerdo.

El empleador público, además, ha pretendido atribuirse otras ventajas o beneficios a través de normas adjetivas o presupuestarias que le permitan no aplicar la normativa laboral protectora de los derechos de los trabajadores en supuestos como la sucesión empresarial o el rescate de servicios públicos⁴⁵. Ello se aprecia claramente en la LPGE de 2017 cuyas Disposiciones Adicionales Vigésimo Sexta y Trigésimo Cuarta intentaron impedir

.....

42 Señala el art. 96.2 del EBEP que “procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”. Sobre la diferente consecuencia jurídica entre el personal temporal y el fijo, el Juzgado de lo Social nº 2 de Tarrasa planteó mediante el Auto de 26 de enero de 2017 –AS 2017/95- una cuestión prejudicial al TJUE. Al respecto, véase la STJUE de 2 de julio de 2018, Asunto C-96/17, Vernaza Ayovi, en la que sorpresivamente señala que el Derecho de la UE no se opone a que el despido disciplinario improcedente de un empleado público fijo desemboque en la readmisión sin que ello ocurra cuando el empleado es temporal o indefinido no fijo. Considera que las exigencias del empleo público español (igualdad, mérito, capacidad), las notas predicadas de la entidad empleadora (imparcialidad, eficacia, independencia) y su mejor acomodo con un empleo estable justifican el diverso régimen. Entiende, en definitiva, que esa desigualdad está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes. Sobre esta temática puede verse a MONEREO PÉREZ, JL y ORTEGA LOZANO, PG.: “Sobre la diferencia de trabajo entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración Pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión in natura)”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018, págs. 193 y ss.

43 La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, adicionó una nueva causa de despido objetivo específica para la Administración Pública. Así, su art. 3 estableció que «e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.»

44 Sobre esta Disposición véase MARÍN ALONSO, I.: “La causa “económica” en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público”, AA.VV., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, coord. Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz, 2015, págs. 255 y ss.

45 Sobre esta temática puede verse, entre otros, a DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho* nº 17, 2016, págs. 112 y ss; REVILLA ESTEVE, E.: “Problemas actuales del régimen del personal en contrataciones de obra y servicios en las Administraciones Públicas”, *Documentación Laboral* nº 16, 2016, págs. 87 y ss; ALFONSO MELLADO, CA.: “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *Revista de Derecho Social* nº 73, 2016, págs. 25 y ss; TRILLO PARRAGA, FJ.: *Externalización de servicios públicos y su impacto en los derechos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2017; MONEREO PÉREZ, JL y FERNÁNDEZ BERNAT, JA.: “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresas (el caso Piscarreta Ricardo)”, *La Ley*. Unión Europea nº 53, 2017 (versión electrónica La Ley 16998/2017) y RAMOS MORAGUES, F.: “La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* nº 3, 2018, págs. 106 y ss;

que las Administraciones Públicas asumieran como personal laboral indefinido no fijo a los trabajadores asumidos por las mismas provenientes de tales supuestos⁴⁶. Tales disposiciones provocaron una importante confusión respecto de la propia clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas pues parecían introducir una figura nueva o, al menos, una situación anómala respecto de este personal pues, pese a que la Administración Pública está obligada a mantener los derechos laborales de los trabajadores que asume en virtud de ley⁴⁷ –v. gr. el pago de la retribución–, pretendían no atribuir la condición de personal propio de las mismas, es decir, introducir un nuevo tipo de empleado sin encajar en el art. 8 del EBEP⁴⁸.

A este respecto, la STC de 31 de octubre de 2018 ha declarado inconstitucional tales preceptos por entender que aunque las leyes presupuestarias tienen por objetivo la contención del gasto público⁴⁹, la intromisión en la calificación del personal al servicio de la Administración Pública excede del contenido eventual de este tipo de normas⁵⁰. Solo una

.....

46 Véanse la DA 26^a apartado 1 a) y b) y la DA 34^a, apartado 2. Sobre la nulidad de estas disposiciones véase la STC de 31 de octubre de 2018 centrada en establecer los límites que deben respetar las leyes presupuestarias. El debate gira sobre el requisito de la vinculación necesaria del contenido eventual con los gastos e ingresos públicos, recalándose que dicha conexión debe ser «inmediata y directa». Esto significa que no pueden incluirse en las leyes de presupuestos normas «cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es solo accidental y secundaria y por ende insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos» [STC 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 4 a)]. Téngase en cuenta que, además, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos para 2019 modificó en su DA 34^a a las disposiciones de la anterior ley presupuestaria.

47 La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, garantiza la estabilidad en el empleo ante la novación del sujeto adjudicatario y, en consecuencia, recoge la obligación de subrogación en los vínculos de trabajo por parte del nuevo empleador que se haga cargo de la contrata o concesión, asumiendo, así, la plena aplicación del artículo 44 del ET. Sobre esta cuestión, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Garantías de subrogación empresarial en la nueva ley de contratos del sector público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 51, 2018.

48 Téngase en cuenta que ello generaba una vacío respecto de la naturaleza laboral que adquirirían los trabajadores afectados por la sucesión de empresa, pues conforme a la doctrina del TC, las AAPP están obligadas a respetar lo dispuesto en la normativa laboral sobre sucesión empresarial (SSTC 27/1981, de 20 de julio y 46/1990, de 15 de marzo). Ello generaría, en consecuencia, una categoría específica de personal con una importante inseguridad jurídica.

49 El contenido de las leyes de presupuestos está constitucionalmente determinado, a partir de su función como norma que ordena el gasto público (art. 134 CE). Al respecto, véanse las SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 9; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 4; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4; 9/2013, de 28 de enero, FFJJ 3 y 4; 86/2013, de 11 de abril, FFJJ 4 y 5; 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 2 b); 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 5; 152/2014, de 25 de septiembre, FJ 4 a); 123/2016, de 23 de junio, FJ 3. Conforme a la STC de 31 de octubre de 2018, el contenido esencial de las leyes presupuestarias está integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, así como por las normas que directamente desarrollan o aclaran las partidas presupuestarias en que el gasto público se concreta, esto es, el presupuesto en sí. Este contenido es esencial, porque conforma la identidad misma del presupuesto, por lo que no es disponible para el legislador. No obstante, “cabe la posibilidad de que las leyes de presupuestos alberguen otras disposiciones no estrictamente presupuestarias, que hemos denominado “contenido eventual” o no imprescindible, si bien de forma limitada, lo que encuentra una justificación precisa en la Constitución y, en concreto, el propio principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), esto es, en “la certeza del Derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE), debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo indudablemente origina” (STC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 5)”.

50 La STC 152/2014, de 24 de septiembre (F J 4) ya señaló que “si bien la ley de presupuestos puede ser un instrumento para una adaptación circunstancial de las distintas normas, no tienen en ella cabida las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico, a menos que éstas guarden la suficiente conexión (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)”.

norma sustantiva podrá, en su caso, establecer dicha ventaja para la empleadora pública con la correspondiente merma de garantías para los trabajadores.

4. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO EN LA DOCTRINA DEL TJUE Y EL TC

Los privilegios de la empleadora pública en la gestión de sus recursos humanos y la convivencia de personal sometido a regímenes jurídicos diversos ha ocasionado, en la práctica, importantes conflictos entre los empleados públicos desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo ya que este presume la existencia de un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual en situaciones de hecho iguales o, en otros términos, a que situaciones de hecho idénticas tengan las mismas consecuencias jurídicas, salvo que exista una justificación suficiente para la diferencia y esta aparezca fundada y razonable de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas⁵¹.

La igualdad reconocida en el art. 14 CE no solo exige igualdad en la «aplicación de la ley» sino, también, en el «contenido de la ley», identificándose la primera con el principio de legalidad que no admite distinciones no previstas en la ley y, la segunda, con el tratamiento del individuo por su pertenencia a un grupo, es decir, en el entendimiento que no puede tratarse de manera igual a todos los individuos, sino que se ha de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es por ello que el principio de igualdad requiere un término de comparación donde incardinar el trato desigual ante la ley. El factor relacional es connatural al principio de igualdad y precisa, además, que la existencia de diferencias sea lo suficientemente relevantes para fundamentar el trato diferente entre ellos. En este sentido, conforme a la doctrina del TJUE y del Tribunal Constitucional, los conflictos motivados por las diferentes condiciones de trabajo entre funcionarios y laborales al servicio de la Administración Pública no han prosperado por existir causa justificadora de la diferencia, es decir, por tratarse de relaciones jurídicas sometidas a naturaleza jurídica diferente⁵², cercenando cualquier posibilidad de comparar las con-

51 En detalle, MARÍN ALONSO, I.: “El alcance del principio de igualdad y o discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018, págs. 217 y ss.

52 ATJUE 11 de noviembre de 2010, *Asunto Vino*, C-20/10.

diciones de trabajo de los funcionarios públicos con las de los empleados públicos laborales⁵³.

Ello no ha impedido, pese a todo, que dicho principio haya evolucionado por obra de la jurisprudencia del TJUE⁵⁴ y de nuestro TC⁵⁵ y se visualice ahora en cualquier relación subordinada de trabajo, es decir, con independencia del particular régimen jurídico al que se encuentre sometida la prestación de trabajo. Un claro ejemplo de esto último puede apreciarse en el marco de la contratación de duración determinada pues, conforme al Acuerdo Marco celebrado entre la CES, la UNICE y la CEEP incorporado a la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio, sobre contratos de duración determinada, se prohíbe la discriminación en condiciones de trabajo tanto en los nombramientos temporales públicos (funcionarios interinos y eventuales) como en la contratación laboral temporal (interinos, eventuales, contratados para obra o servicio determinado o contratos formativos)⁵⁶, dando lugar a



53 Véase la STJUE de 18 de octubre de 2012, *Asunto Valenza* y otros, STJUE de 13 de marzo de 2014, *Asunto Nierodzik* y STSJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto de Diego Porras*.

54 Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, y de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, en las que el TJUE ya reconocía el derecho de un funcionario a percibir el importe correspondiente a los trienios devengados cuando era interino en base a que la percepción de un complemento salarial por antigüedad es, claramente, una «condición de trabajo» y la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, en sí misma, una razón objetiva suficiente para permitir un trato diferenciado entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. De igual manera, también se consideró «condición de trabajo» la percepción por los funcionarios interinos del complemento de formación permanente (denominado sexenio) pues la STJUE de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/2011, consideró que no existía razón justificativa para permitir su percepción por los funcionarios públicos de carrera y no por los funcionarios interinos ya que ambos colectivos tienen no solo el derecho a la formación sino, también, el deber de formarse. Continuó en esta línea la STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, asunto 177/10, al considerar que también se oponía a la normativa comunitaria el que períodos de servicios cumplidos por un funcionario interino no sean tenidos en cuenta para el acceso de este a una promoción interna, prevista únicamente para los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión estuviera justificada mediante razones objetivas.

55 SSTC 71/2016, de 14 de abril y 149/2017, de 18 de diciembre. Supera así la doctrina asentada en STC 9/1995, de 16 de enero y ATC 63/1996, de 12 de marzo. Con anterioridad, véase la STC 7/1984, de 18 de enero. Este último pronunciamiento señalaba que “los diversos cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras creadas por el Derecho, entre las que, en principio, no puede erigirse ex art. 14 CE un absoluto tratamiento igualitario, resultado así admisible, desde la perspectiva de este precepto constitucional, que el legislador reconozca el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable, y, en cambio, lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la Administración”.

56 El punto de inflexión en el ámbito de la Administración Pública lo encontramos en las Sentencias de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, y de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, en las que el TJUE ya reconocía el derecho de un funcionario a percibir el importe correspondiente a los trienios devengados cuando era interino en base a que la percepción de un complemento salarial por antigüedad es, claramente, una «condición de trabajo» y la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, en sí misma, una razón objetiva suficiente para permitir un trato diferenciado entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. De igual manera, también se consideró «condición de trabajo» la percepción por los funcionarios interinos del complemento de formación permanente (denominado sexenio) pues la STJUE de 9 de febrero de 2012, Lorenzo Martínez, C-556/2011, consideró que no existía razón justificativa para permitir su percepción por los funcionarios públicos de carrera y no por los funcionarios interinos ya que ambos colectivos tienen no solo el derecho a la formación sino, también, el deber de formarse. Continuó en esta línea la STJUE de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, asunto 177/10, al considerar que también se oponía a la normativa comunitaria el que períodos de servicios cumplidos por un funcionario interino no sean tenidos en cuenta para el acceso de este a una promoción interna, prevista únicamente para los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión estuviera justificada mediante razones objetivas.

una bienvenida evolución que pretende poner fin a los abusos del empleador público⁵⁷, particularmente, en sectores donde la precariedad es un mal endémico del sistema⁵⁸.

4.1. El papel de la doctrina del TJUE en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en la Administración Pública

La evolución sufrida en esta materia se debe, sin duda, a la doctrina del TJUE, la cual ha extendido el concepto de «condición de trabajo» a diversos elementos de la relación laboral o de empleo siempre que, de algún modo, repercutan directa e indirectamente en ella como, por ejemplo, la retribución⁵⁹, el reconocimiento de antigüedad y promoción profesional⁶⁰, el tiempo de preaviso en caso de despido⁶¹, el disfrute de servicios especiales para el ejercicio de cargo público⁶² e, incluso, la existencia de indemnización en caso de extinción del contrato de trabajo y su cuantía como se establece en la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asunto *Diego Porras*, C-596/14. Sobre esta última cuestión, retoman la polémica las STJUE de 5 de junio de 2018, Asunto *Montero Mateos*⁶³, C-677/16 y de 21 de noviembre de 2018⁶⁴, Asunto C-619/17, como consecuencia de la cuestión prejudicial presentada por la

57 Véanse al respecto la STJUE de 4 de julio de 2006, Asunto *Adelener y Otros*, C-212/04; STJUE de 22 de diciembre de 2010, Asuntos *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y C-456/09; STJUE de 26 de noviembre de 2014, Asunto *Mascolo y otros*, C-22/13. Más recientemente, la STJE de 21 de septiembre de 2016, *Álvarez Santirso*, C-631/15, evidencia la discriminación existente entre funcionarios interinos y de carrera cuando al temporal no se le permite participar en un Plan de Evaluación Docente previsto exclusivamente para los funcionarios de carrera en la normativa interna española; también la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Margarita Vega*, C-158/16

58 Según datos del Ministerio de Hacienda y Función Pública, la temporalidad en la Administración Pública española en 2017 alcanzaba, con carácter general, a 300.000 empleados, correspondiendo un 30% a sanidad, un 25% a la Administración de Justicia y un 20% en la enseñanza no universitaria, y ello pese a que, a través del Diálogo Social con los representantes de los empleados públicos, se hubieran adoptado medidas tendentes a reducir la tasa de contratación temporal. Por su parte, el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 30 de marzo de 2017 propuso, entre sus objetivos, la conversión paulatina de los trabajadores interinos en indefinidos y reducir la tasa de temporalidad al 8% en tres años, principalmente en sanidad, docencia y justicia. En esa dirección puede verse el RD 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2017.

59 STJE de 21 de septiembre de 2016, *Álvarez Santirso*, C-631/15, sobre la participación de un funcionario interino en un Plan de Evaluación Docente previsto exclusivamente para los funcionarios de carrera en la normativa interna española.

60 STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, donde se señala que el no cómputo a los funcionarios de los servicios prestados mediante vinculación temporal previa se opone a la normativa comunitaria; también, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, asuntos acumulados C-144/09 y C-456/09. Sobre el derecho a la promoción pueden verse las recientes SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 2019 –RJ 2019/864–, de 21 de febrero de 2019 –RJ 2019/612– o de 8 de marzo de 2019 –Jur 2019/91726–, entre otras

61 Véase la STJUE de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, C-38-13.

62 Véase la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Margarita Vega González*, C-158/16.

63 Este pronunciamiento concluyó que el objeto específico de las indemnizaciones previstas en el art. 49.1.c) y en el art. 53.1.b) ET, respectivamente, tiene origen en contextos fundamentalmente diferentes, lo que constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida, considerando que la regulación española no se opone al Derecho comunitario. No obstante, consciente la Sala del riesgo de fraude en la contratación de la interina, advierte en el apartado 64 de la Sentencia, que «incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».

64 Este pronunciamiento declare que: «1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo,

Sala IV del Tribunal Supremo en el procedimiento de Diego Porrás contra el Ministerio de Defensa⁶⁵. Insiste en esta condición de trabajo el último pronunciamiento del TS sobre la materia (STS de 13 de marzo de 2019⁶⁶), la cual intenta zanjar, sin éxito, dicha polémica pues mantiene abiertas otras cuestiones para el debate, relacionadas principalmente con la suficiencia del carácter disuasorio o la efectividad de las medidas implantadas para evitar el abuso en la contratación temporal. En todo caso, se clarifican dos aspectos importantes: por un lado, que no existe diferencia indemnizatoria entre un trabajador temporal y otro indefinido comparable en los supuestos de extinción objetiva *ex art.* 52 del ET en la medida que ambos generan el derecho a percibir 20 días de salario por año trabajado y, por otro lado, que tampoco existe diferencia amparada en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE entre las distintas categorías de trabajadores de duración determinada pues éstas, entre sí, no son comparables⁶⁷.

La delimitación del trabajador comparable se encuentra en el apartado 2 de la Cláusula 3 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE que señala que «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» es “un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo



de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva. 2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición. 3) En el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.”

65 Auto de 25 de octubre de 2017 –RJ 2017/4698-.

66 Rec. n° 3970/2016.

67 Sobre esta materia puede verse MARÍN ALONSO, I.: “El trabajador indefinido no fijo y condiciones de trabajo en régimen de interinidad”, Trabajo y Derecho n° 30, 2017, págs. 34 y ss.

centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”. La aplicación de dicha Cláusula en nuestro ordenamiento resulta compleja debido a que, como vimos, coexisten distintos tipos de personal y regímenes jurídicos diferenciados, aunque debe tenerse claro que el «trabajador fijo comparable» de un empleado público temporal sometido a Derecho Público (eventual o interino) es, sin duda, el funcionario de carrera, tal como se constata en la doctrina del TJUE, mientras que el trabajador fijo comparable del empleado público en régimen laboral es, en principio, el trabajador fijo, sin que haya un posible elemento comparativo entre distintas categorías de contratos temporales entre sí.

Pero, el punto de inflexión para el avance del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la Administración Pública lo encontramos en las Sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Cerro Alonso*, C-307/05, y de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro e Iglesias Torres*, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09, en las que el TJUE ya reconocía el derecho de un funcionario a percibir el importe correspondiente a los trienios devengados cuando era interino en base a que la percepción de un complemento salarial por antigüedad es, claramente, una «condición de trabajo» y la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, en sí misma, una razón objetiva suficiente para permitir un trato diferenciado entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. De igual manera, también se consideró «condición de trabajo» la percepción por los funcionarios interinos del complemento de formación permanente (denominado sexenio) pues la STJUE de 9 de febrero de 2012, *Lorenzo Martínez*, C-556/2011, consideró que no existía razón justificativa para permitir su percepción por los funcionarios públicos de carrera y no por los funcionarios interinos⁶⁸ ya que ambos colectivos tienen no solo el derecho a la formación sino, también, el deber de formarse.

Continuó en esta línea la STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, asunto 177/10, al considerar que también se oponía a la normativa comunitaria el que períodos de servicios cumplidos por un funcionario interino no sean tenidos en cuenta para el acceso de este a una promoción interna, prevista únicamente para los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión estuviera justificada mediante razones objetivas; el TJUE no apreció la existencia de razones objetivas en que fundamentar la distinción de trato y

.....

68 Respecto de este complemento de formación permanente puede verse la reciente STS de 1 de diciembre de 2016, núm. 1033/2016, referida a un colectivo con una regulación específica como es el profesorado de religión en las escuelas públicas. Este colectivo, según la DA 3ª de la LO 2/2006, de Educación, se regirá por la normativa laboral, siéndole de aplicación el TRET y los convenios colectivos, además de los preceptos del TREBEP que expresamente le sean de aplicación (art. 7 TREBEP). No obstante, la misma DA de la LOE establece que “estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos”. En base a ello, la STS de 1 de diciembre, entiende, cambiando el criterio seguido hasta el momento, que la LOE no debe aplicarse supletoriamente y establece el derecho a percibir dicho sexenio por los profesores de religión. Véanse también las SSTS de 15 de enero de 2013, rec. 1152/2012 y de 22 de diciembre de 2014, rec. 1958/2012.

ello pese a que nuestro Tribunal Constitucional hubiera admitido en alguna ocasión el establecimiento de derechos diferenciados entre los mismos⁶⁹.

4.2. La intervención del TC en la evolución del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo en el empleo público

Los Tribunales ordinarios españoles han sido, en ocasiones, reacios a aplicar la doctrina europea en materia de contratación temporal, olvidando que los derechos de los particulares no derivan de las propias sentencias, sino de las disposiciones del Derecho Comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno. El principio de primacía del ordenamiento comunitario obliga a los Jueces y Tribunales de los Estados miembros a inaplicar una disposición nacional, ya sea posterior o anterior al derecho de la Unión, cuando esta es incompatible con el Derecho comunitario, permitiendo así el control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea. Por ello, el Tribunal Constitucional español, pese a que la contratación temporal pública no reviste, en principio, relevancia constitucional, empieza a tomar protagonismo en el asunto en la medida en que la diferencia de trato puede vulnerar los derechos fundamentales del ciudadano, particularmente, el derecho de tutela judicial efectiva y el derecho de igualdad y no discriminación.

Asimismo, la intervención del TC en esta materia se basa en que el propio Tribunal entiende que el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tiene relevancia constitucional y le corresponde a él salvaguardar su cumplimiento cuando no lo hacen los órganos judiciales ordinarios. Así, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, confirma la vulneración del mismo cuando los Tribunales internos no respetan el principio de primacía del Derecho de la Unión, considerando que cuando existe una interpretación auténtica y reiterada en la materia por el TJUE, y los tribunales ordinarios no aplican dicha doctrina, se produce una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso” que vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En el mencionado pronunciamiento se dilucidaba el derecho de los funcionarios interinos a percibir un sexenio en concepto de formación permanente que, por ley, solo percibían los funcionarios de carrera. A este respecto, el TC entiende que denegar el reconocimiento de un complemento retributivo a los funcionarios interinos sin

.....

69 Ya con anterioridad el TC se pronunció sobre el trato desigual dispensado a funcionarios interinos respecto de funcionarios de carrera en relación al disfrute de las excedencias por cuidado de hijo. Llama la atención que las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, consideraran que para tener derecho a las mismas por los funcionarios interinos debía tratarse de una interinidad de larga duración, considerando tal aquéllas que se prolongaba, al menos, durante cinco años. Al respecto, véase SOLÍS PRIETO, C.: “Funcionarios interinos y excedencias por cuidado de hijos: crónica de un debate por resolver”, AAVV., *Cuestiones laborales de actualidad*, Dykinson Madrid, 2013, págs. 337 y ss.

una razón objetiva y razonable basada en la prestación del servicio y no, por tanto, en la duración del contrato, vulnera la doctrina reiterada por el TJUE.

Por otro lado, la STC (Pleno) 71/2016, de 14 de abril, aborda directamente el análisis del principio de igualdad en el empleo público y declara que resulta inconstitucional establecer diferencias entre el personal laboral indefinido y el temporal basadas meramente en la relación de empleo con las Administraciones Públicas y no en la naturaleza del trabajo. Se insiste en que la naturaleza temporal de la relación de servicios no es, por sí misma, una razón objetiva que justifique un trato diferente entre el personal de las Administraciones Públicas y se afirma, además, que la existencia de una norma legal o convencional, general y abstracta que permita la diferencia, no permite justificar, por sí misma una diferencia de trato entre personal con un contrato de duración determinada y otro personal de carácter fijo o indefinido. El principio de igualdad y no discriminación en el empleo público se entiende así en los mismos términos y con el mismo alcance que en otros ámbitos laborales pues el art. 14 CE no excluye de su ámbito de aplicación a las relaciones de empleo público, ya se encuentre esta sometida al Estatuto de los Trabajadores o al Estatuto del Empleado Público. En tal sentido, los diferentes Estatutos pueden regular derechos y obligaciones de los empleados públicos, pero siempre deben cumplir con el mandato constitucional de no discriminar a unos u otros por causas no justificadas y objetivas dentro de su propio régimen jurídico.

Por último, la STC 149/2017, de 18 de diciembre de 2017, se pronuncia también sobre la vulneración del principio de igualdad constitucional cuando se trata de manera desigual a trabajadores temporales interinos respecto de trabajadores fijos con ocasión de la permuta de puestos de trabajo, y ello pese a la existencia de un convenio colectivo que permitía dicho trato desigual. Advierte el TC que la empleadora pública y los tribunales ordinarios denegaron la petición de permuta basándose exclusivamente en la circunstancia de carecer de la condición de personal fijo y en el entendimiento de que existía una razón objetiva para el trato desigual consistente en que “el personal interino por vacante, por definición, ocupa una plaza vacante, sin que pueda pretender ocupar otra plaza que no sea la identificada en el contrato” y que “la concesión de la permuta supondría una irregularidad reglamentaria en la medida que se permitiría ocupar a un “temporal” una plaza distinta a la determinada en el contrato de interinidad, impidiendo a un “fijo” la cobertura de la vacante generada”⁷⁰. El TC reitera en este pronunciamiento los requisitos que definen la doctrina constitucional respecto del principio de igualdad: primero, que el derecho de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 de la CE no implica en todos los casos un

.....

70 En este pronunciamiento también se alegó, con carácter supletorio, la vulneración del derecho a ponderar la conciliación de la vida laboral y familiar pues las trabajadoras solicitantes acreditaron la existencia de responsabilidades familiares.

tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; segundo, que las diferencias no justificadas objetiva y razonablemente entre situaciones que puedan considerarse iguales vulneran el principio de igualdad; tercero, que la desigualdad de trato no puede basarse en elementos diferenciadores arbitrarios, artificiosos o carentes de justificación razonable o de valor generalmente aceptado y, cuarto, que el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte “objetivamente justificada”, sino también que supere un “juicio de proporcionalidad” en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Conforme a ello, el TC entiende que “no resulta compatible con el art. 14 CE un tratamiento –ya sea general o específico en relación con ámbitos concretos de las condiciones de trabajo– que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida. Así, no es dable identificar a estos últimos como los que tienen un “estatuto de trabajador pleno” en la empresa en contraposición a los primeros, entendidos como aquellos que poseen un “estatuto más limitado o incompleto”. Añade que “la modalidad de la adscripción temporal o fija a la empresa no puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento de esos dos grupos de trabajadores, ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, y haría de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por la temporalidad de su empleo”⁷¹. Se aprecia así, en definitiva, una penosa pero notable evolución en la protección de los derechos de los empleados públicos, quedando pendiente dar el salto a la valoración de los mismos desde la perspectiva de la relación subordinada sin atributos, es decir, sin atender la naturaleza jurídica de cada una.

INMACULADA MARÍN ALONSO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

.....

71 En la doctrina judicial ordinaria más reciente puede verse la STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2017 –AS 2018/402- y STSJ de Castilla y León de 17 de enero de 2019 –AS 2019/998.