

## TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ABUSOS MÁS FRECUENTES Y REACCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

---

### EXTRACTO

Cierto es que el reclutamiento temporal por parte de las Administraciones públicas tanto de personal funcionario como de personal laboral ha ido en aumento y se ha visto contagiado de los mismos vicios que aquejan a la contratación a término en el sector privado (descausalización, rotación, prolongación, etc.). No menos verdad resulta que, ante las limitaciones impuestas por la tasa de reposición de efectivos, se trata de una temporalidad artificial o ficticia, pues en realidad se atienden funciones de interés general a favor de los ciudadanos de demanda continua. Tales excesos han sido puestos de manifiesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, exigiendo una rápida intervención del legislador capaz de habilitar mecanismos de sanción, proporcionando, al tiempo, una salida compatible entre la consolidación y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

**Palabras clave:** Administración pública, contratos temporales, trabajadores interinos, funcionarios interinos, indefinidos no fijos e indemnización por despido.

---

*Fecha de entrada: 21-12-2016 / Fecha de aceptación: 12-01-2017*

## TEMPORALITY IN PUBLIC EMPLOYMENT: MOST FREQUENTLY INFRINGEMENT AND REACTIONS FROM THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Susana Rodríguez Escanciano

---

### ABSTRACT

The temporary recruitment by the public Administrations of both civil servers and labor personnel has been increasing and has been infected by the same defects that affect fixed-term employment in the private sector (rotation, prolongation over time, etc.). The limitations imposed by the line of replacement of staff carry an artificial or fictitious temporality, because in fact these workers serve functions of general interest in favor of citizens of continuous demand. Such circumstances have been highlighted by the Court of Justice of the European Union, requiring a rapid intervention by the Spanish legislator with the purpose of establishing sanction mechanisms, while providing a compatible solution between the consolidation and the principle of merit and capacity in the access to public employment.

**Keywords:** public Administration, temporary contracts, interim workers, interim public servers, indefinite non-fixed and dismissal pay.

---

---

## Sumario

1. La dualidad del personal al servicio de las Administraciones públicas y las dificultades de gestión como premisa de partida
2. Las inseguras fronteras entre los puestos de carácter laboral y los de carácter funcional
3. La inestabilidad en la actividad profesional y la incidencia de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: algunas manifestaciones
  - 3.1. Las modalidades de contratación laboral preferidas por las Administraciones
  - 3.2. La ampliación progresiva del concepto de funcionario interino
4. La falta de indemnización por cese justificado del trabajador interino
5. El reconocimiento de una compensación económica ante la terminación del contrato de interinidad como si de un despido objetivo se tratara
6. Tratamiento indemnizatorio para funcionarios interinos
7. La aplicación de la nueva doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *De Diego Porras y Pérez López*: posibilidades
  - 7.1. Diferencias entre el sector público y el privado
  - 7.2. Vías procesales de resarcimiento
  - 7.3. Plazos habilitados para la reclamación
8. Las prolongadas y sucesivas interinidades del personal funcionario o estatutario
  - 8.1. Los denominados «interinos de larga duración» o «interinos estables»
  - 8.2. La extensión de la doctrina de los trabajadores «indefinidos no fijos» a la luz de los asuntos *Martínez Andrés* y *Castrejana López*
9. Conclusiones. La importancia de la planificación

**NOTA:** El presente estudio se inscribe dentro del proyecto de investigación «Juventud y experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: Un reto para Europa y para España». Subproyecto: «Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes» del Ministerio de Economía y Competitividad.

## 1. LA DUALIDAD DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LAS DIFICULTADES DE GESTIÓN COMO PREMISA DE PARTIDA

De todos es conocido que el empleo público se halla estructurado en torno a una dualidad conceptual: funcionarios y laborales, cada uno de ellos dotado de un régimen jurídico propio. Los primeros, por mandato expreso del [artículo 1.3 a\) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), quedan excluidos de la aplicación de la legislación laboral, encontrando su ordenación en el [Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) y, en su caso, en la correspondiente legislación autonómica sobre función pública. En cambio, a los segundos se les aplica un complejo sistema de fuentes, pues, en palabras del propio Tribunal Supremo, «no puede entenderse que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y aparezcan vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral»<sup>1</sup>. Más aún, el legislador en ningún momento considera que el contrato de trabajo celebrado por una Administración con su personal por cuenta ajena constituya una relación especial, que suponga la preterición de la aplicación del propio ET o de instituciones específicas del mismo.

Ahora bien, como señera peculiaridad a tener en cuenta, procede aclarar que a la relación de servicios de este colectivo no solo le va a ser de aplicación la mentada legislación social, sino también el TREBEP, en términos tales que el articulado de este último en ocasiones establece reglas muy concretas, las cuales en la práctica comportan que su régimen jurídico se separe del común recogido en el *ius laborum*, jugando a estos efectos el «principio de especialidad»<sup>2</sup>, es decir, aplicándose preferentemente el TREBEP respecto del ET en las hipótesis de conflicto entre ambas leyes, pero ello siempre y cuando los preceptos del [Real Decreto Legislativo 5/2015](#) así lo dispongan expresamente, pues, en caso contrario, la presunción de partida es que ese texto vincula exclusivamente a los funcionarios públicos<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> STS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1992 (rec. núm. 1600/1991) y 24 de enero y 19 de julio 1994 (recs. núms. 2000/1992 y [2417/1993](#)).

<sup>2</sup> SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en AA. VV (Sánchez Morón, M., dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2007, pág. 122.

<sup>3</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid: Civitas, 2009, págs. 23 y ss.

Bajo tal premisa, el artículo 7 del **TREBEP** parece ofrecer la regla básica –no exenta de complejidad– del sistema de fuentes para el personal laboral: aplicación del propio **TREBEP**, del **ET** y de los convenios colectivos<sup>4</sup>. Es más, dependiendo de cada institución concreta, la prelación parece complicarse. En algunas materias, como ocurre con los sistemas de clasificación de los trabajadores de la Administración, la remisión es directa a la legislación laboral (art. 77 **TREBEP**), en otros casos, como en temas de jornada, permisos y vacaciones, se estará a lo establecido en el **TREBEP** de forma prevalente, y en la legislación laboral correspondiente de forma subsidiaria (art. 51). En materia de planificación, también es de aplicación directa lo previsto en el artículo 69 del **TREBEP** para el personal laboral. Algo similar ocurre con la regulación aplicable en cuanto a la provisión de puestos de trabajo y movilidad, aunque en este caso se atenderá directamente a lo establecido en el convenio y, subsidiariamente, al régimen previsto para los funcionarios en el **TREBEP**<sup>5</sup>. A veces la remisión se matiza al acompañarla de la observancia de ciertas reglas establecidas en el propio **TREBEP**, tal y como sucede cuando se invoca «la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación» en referencia a la negociación colectiva, representación y participación (art. 32), afirmándose la posibilidad de negociaciones mixtas. Respecto de las «situaciones del personal laboral», se invoca el **ET** y los convenios colectivos, advirtiendo que estos «podrán determinar la aplicación» del régimen funcional «en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores» (art. 92). Por su parte, no faltan supuestos en los que se establece una regulación genérica y conjunta para todos los empleados públicos, es decir, funcionarios y laborales de todas las Administraciones públicas, tal y como sucede con el capítulo I del título III sobre derechos, con el capítulo VI del título III sobre deberes y con el título VII sobre régimen disciplinario, marcado este último por una regla de supletoriedad inversa: «se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral» (art. 93.4), teniendo en cuenta que el **TREBEP** contiene reglas muy relevantes, incluyendo la necesaria readmisión en despidos disciplinarios improcedentes de trabajadores fijos (art. 96.2) y unos larguísimos plazos prescriptivos (art. 97)<sup>6</sup>.

Como complejidad adicional, es menester señalar que el artículo 2.3 del **TREBEP** reconoce la existencia de un colectivo de funcionarios especiales, el personal estatutario de los servicios de salud, que se regirá por la legislación específica dictada por el Estado (**Ley 55/2003, de 16 de diciembre**, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [EM]) y por las comunidades autónomas, así como supletoriamente por lo previsto en el presente **TREBEP**, excepto en lo que se refiere a carrera, retribuciones complementarias y movilidad interadministrativa<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Las relaciones de ET y EBEP», en Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R., *160 cuestiones sobre temas laborales*, Pamplona: Thomson Reuters, 2011, págs. 55 y ss.

<sup>5</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Las medidas de racionalización de plantillas en el sector público local y en un contexto de contención fiscal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 28, 2012, pág. 21.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A.: «La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público», *Actum Social*, núm. 61, 2012, pág. 63.

<sup>7</sup> PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Incidencia del EBEP en el acceso al empleo del personal de los servicios de salud*, Madrid: INAP, 2011, págs. 29 y ss.

En fin, la existencia de dos (casi, tres) categorías distintas de empleados públicos (administrativo o funcional-laboral, conviviendo, además, en ambos regímenes, la dualidad de trabajo temporal-trabajo fijo)<sup>8</sup> y la ambigüedad inherente al laberinto de fuentes, conllevan una doble perniciosa consecuencia: la dificultad en la adopción de decisiones por parte de los gestores de los recursos humanos y la abundante litigiosidad obrante en este marco ante los cuantiosos recursos planteados por los afectados, entre los que ocupan lugar destacado los relacionados con la terminación del vínculo<sup>9</sup>; no en vano el reclutamiento temporal tanto de personal funcionario como de personal laboral en la Administración ha ido en aumento y se ha visto contagiado de los mismos vicios que aquejan a la contratación a término en el sector privado (descausalización, rotación, prolongación, externalización, huida a nuevas figuras, etc.). Es más, la situación de los temporales en el sector público administrativo se agrava porque los mecanismos clásicos de sanción aplicables (estabilidad en el empleo del afectado) no resultan plenamente operativos si se trata de personal laboral o son directamente rechazados si se trata de personal funcionario interino o estatutario temporal como consecuencia del obligado respeto de los principios de igualdad, capacidad y mérito que rigen el acceso al empleo público<sup>10</sup>. Este marco ha quedado afectado recientemente por varios pronunciamientos judiciales que, desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reclaman actuaciones efectivas para evitar situaciones discriminatorias a la luz de la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999](#), que recoge el Acuerdo marco suscrito por las organizaciones sindicales y empresariales europeas sobre el trabajo de duración determinada.

## 2. LAS INSEGURAS FRONTERAS ENTRE LOS PUESTOS DE CARÁCTER LABORAL Y LOS DE CARÁCTER FUNCIONARIAL

Aun cuando tradicionalmente se ha defendido que han de ser los funcionarios quienes presen de manera exclusiva su actividad profesional a la Administración, no en vano esta tiene como fin satisfacer servicios públicos de forma permanente, siendo el régimen funcional el elegido para gestionar cuantos asuntos defienden el interés general, lo cierto es que la contratación en régimen laboral (indefinida y temporal) ha adquirido una importancia cuantitativa sustancial en los últimos tiempos, superando con creces el número de funcionarios y perdiendo su original carácter excepcional. Las cifras son elocuentes a este respecto: los trabajadores representan ya la cuarta parte de quienes atienden este menester; en la Administración estatal se ha duplicado su

<sup>8</sup> GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución: La STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras, C-596/2014). ¿Un paso más hacia el contrato único?», *La Ley Unión Europea*, núm. 42, 2016, pág. 7.

<sup>9</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: «La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración y, especialmente, de la Administración Local», *Revista de Estudios Locales*, núm. 112, 2008, págs. 358 y ss.

<sup>10</sup> BALLESTER PASTOR, M. E.: «Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública», *De-recho Social*, núm. 72, 2015, pág. 13.

cuantía, mientras que en alguna de las comunidades autónomas doblan sobradamente en número a los funcionarios de carrera de esa misma entidad territorial, y en algunas entidades locales lo cuatriplican<sup>11</sup>, cifras que todavía podrían ser mucho más altas si se cuentan los asalariados del sector público empresarial, fundacional y de otros entes instrumentales, así como la utilización de empresas de trabajo temporal, el recurso a contrataciones y concesiones administrativas o la convocatoria de becas.

A esta realidad cuantitativa contribuyó, en su día, la confusa redacción de la Ley 23/1988, de 28 de julio, que modificando lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1984, de 1 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aceptó de modo acrítico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional<sup>12</sup> y procedió a enumerar, con una grave falta de sistemática, los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios<sup>13</sup>: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos; los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero<sup>14</sup>.

En esta misma línea de confusión se mantiene el actual artículo 11.2 del TREBEP, que, por expresa remisión a lo previsto en el artículo 9.2, pretende reservar a los funcionarios «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca», utilizando una fórmula críptica que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional, cuya concreción queda al albur de la legislación de desarrollo, en referencia tanto a las leyes estatales como autonómicas.

El precepto aparentaba ser un mecanismo de contención pero en realidad no lo ha sido, primero, porque no existe desarrollo a nivel de Estado central; y, segundo, porque las normas de la

<sup>11</sup> DEL SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública*, Madrid: Marcial Pons, 1995, pág. 7.

<sup>12</sup> STC 99/1987, de 11 de junio, manifestando la necesidad de que la ley establezca los puestos en los cuales, por su especial naturaleza, se reservan a los funcionarios públicos y cuantos, excepcionalmente, pueden ser ocupados por personal sin dicha condición.

<sup>13</sup> SAINZ MORENO, F.: «El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988», *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, págs. 356 y ss. En la doctrina judicial, por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de octubre 2005 (rec. núm. 5611/1999).

<sup>14</sup> IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F. J. y MOLINA GARCÍA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, págs. 13 y ss.

función pública de las comunidades autónomas, salvo algunas excepciones<sup>15</sup>, no han establecido diques relevantes, de modo que la configuración concreta de los puestos de trabajo correspondientes a funcionarios o personal laboral ha terminado no teniendo más condicionales que la relación de puestos de trabajo de cada Administración, instrumento que ni siquiera se aplica en el caso de los contratados laborales temporales, que no deben forzosamente constar en tales catálogos sino, eventualmente, en registros de personal no permanente que no necesariamente actúa *a priori*<sup>16</sup>.

Así pues, el abanico de opciones con el que cuenta el legislador de desarrollo es muy amplio, pudiendo, al extremo, manifestarse tanto a favor de una funcionarización general, como, por el contrario, por un régimen en el que predomine la laboralización, pasando por la posibilidad de dar carta de naturaleza a un sistema híbrido que contenga en su seno ambos tipos de personal<sup>17</sup>. Estos amplios márgenes legales han motivado que las Administraciones se hayan inclinado mayoritariamente hacia el reclutamiento de trabajadores por cuenta ajena ante la creencia de una mayor ductilidad en el régimen jurídico aplicable, pues, en primer lugar, en el momento de ingreso la relación funcionarial introduce ciertos factores de rigidez.

Por un lado, el postulado de la estricta igualdad en el acceso a todos los puestos públicos, tan claro desde el punto de vista teórico atendiendo al tenor literal del artículo 55.2 del **TREBEP** (que sienta con rotundidad cómo el reclutamiento de trabajadores ha de producirse, al igual que sucede con los funcionarios, con el debido respeto de los principios de mérito y capacidad, concretados en los de publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección)<sup>18</sup>, va a sufrir, en la práctica, sutiles conculcaciones y sistemáticos desconocimientos cuando de contratación en régimen de Derecho Laboral se trata.

Por otro, solo se puede ingresar en la función pública de carrera *stricto sensu* por oposición o concurso-oposición, salvo excepción establecida por ley que debe justificarse convenientemente (art. 61.6 **TREBEP**). En cambio, se puede acceder al empleo público laboral por concurso de valoración de méritos previo a la contratación, que sin duda constituye un sistema más ágil y sencillo. Al tiempo, también la inamovilidad en la condición de funcionario conlleva un exponen-

<sup>15</sup> Puede mencionarse, a modo de ejemplo, el Proyecto de Ley de Empleo Público del País Vasco o el Informe de modificación de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

<sup>16</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: «Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública», cit., pág. 16.

<sup>17</sup> CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C.: «El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2011, BIB 2010/2998, pág. 10.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios», en AA.VV. (Sánchez Morón, M., coord.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2008, págs. 398 y ss.

te de estabilidad para aquellos casos en que es conveniente una reducción del gasto de personal, mientras son muy generosos los términos con los que está redactada la posibilidad de despedir al personal laboral por causas económicas, técnicas y organizativas. Se configura así la huida hacia el Derecho Privado como una vía para rebajar las exigencias constitucionales en el momento de ingreso y como un cauce sencillo para prescindir de quienes no sean necesarios atendiendo a la regulación de los despidos objetivos y colectivos incorporada a la actual [disposición adicional 16.ª del ET](#) por la [Ley 3/2012](#)<sup>19</sup>.

En fin, sirvan estas reflexiones como pórtico para recordar que sobre el sistema de acceso al empleo público laboral siempre ha gravitado el riesgo del clientelismo político o sindical, de endogamias corporativas o académicas, de nepotismo y de otras formas de favoritismo y discriminación, con violación clara de los mencionados parámetros recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la [CE](#). Es más, este problema se ha agravado a medida que aumenta la tasa de temporalidad en las Administraciones públicas, ya que, dada la necesidad de acortar los plazos de incorporación, la selección de este tipo de empleados no permanentes es mucho más fácil que la de los trabajadores estables, y, muchas veces, es utilizada, además, de forma irregular, sin respetar los presupuestos justificativos<sup>20</sup>. Precisamente, en este marco es en el que se han centrado las mayores dosis de pronunciamientos judiciales, sobre todo para determinar qué particularidades presentan las modalidades de contratación temporal y qué efectos tienen los incumplimientos o deficiencias en el reclutamiento. Es más, todo apunta a que la litigiosidad va a sufrir un incremento significativo en los próximos meses, extendiéndose también, a la luz de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, al personal funcionario interino o estatutario eventual, cuya utilización ha crecido exponencialmente en los últimos años ante las limitaciones para incorporar efectivos recogidas en las leyes de Presupuestos y las exigencias de contención del déficit público.

### 3. LA INESTABILIDAD EN LA ACTIVIDAD PROFESIONAL Y LA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA: ALGUNAS MANIFESTACIONES

Aun cuando había llegado a ser comúnmente admitido que en tiempos de crisis el empleo público representa un puerto de refugio para sus «privilegiados» empleados dada la estabilidad

<sup>19</sup> CASTILLO BLANCO, F. A.: «Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, pág. 53. En parecido sentido, AGUILAR MARTÍN, M. C.: «La relación laboral temporal del empleado público», en AA. VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. I, Madrid: MTSS, 2009, pág. 392.

<sup>20</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: «El principio de igualdad en el acceso al empleo público de régimen laboral», en AA. VV., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Doctor Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2008, págs. 1.235 y ss.

en el puesto de trabajo tradicionalmente a él atribuida, la realidad muestra con rotundidad lo matizable que resulta esta afirmación<sup>21</sup>; no en vano el simple recurso a la estadística demuestra, sin ningún género de dudas, cómo uno de los aspectos más negativos del empleo público (tanto funcional como laboral) es la «temporalidad»<sup>22</sup>, término comprensivo de varios fenómenos paralelos todos ellos confluyentes: por un lado, reclutamientos de muy corta duración; por otro, empleados que acumulan sucesivos contratos o nombramientos fruto de la entrada y salida permanente de las «bolsas de trabajo» o «listas de espera»; además, trabajadores que ingresan de forma indirecta como consecuencia de la subrogación acaecida por el rescate de servicios de interés general anteriormente externalizados en empresas privadas; sin olvidar tampoco los trabajadores temporales y funcionarios interinos o estatutarios eventuales, bien para sustituciones sucesivas o prolongadas en el tiempo, bien hasta la cobertura de la vacante que, como consecuencia de las limitaciones derivadas de la tasa de reposición de efectivos pautadas por las sucesivas leyes de Presupuestos, acumulan largos periodos en tal situación de pendencia sobre todo en sectores estratégicos como la sanidad, la educación o los servicios sociales.

Estas variables constituyen un presupuesto fáctico inidóneo para el desempeño independiente de funciones públicas, pues un personal inestable, sea en su condición de empleado público, sea en su provisión del puesto, es más susceptible de influencias externas que socaven el ejercicio objetivo e imparcial de sus funciones, dando lugar a ocupaciones precarias para dispensar servicios públicos permanentes<sup>23</sup>. Lo más preocupante es que se trata de una temporalidad artificial o ficticia, pues afecta a funcionarios interinos, estatutarios eventuales y empleados laborales con contrato *a término* que desempeñan funciones de interés general a favor de los ciudadanos de demanda continua y que prolongan, a través de un único vínculo o de nexos sucesivos, de manera dilatada su situación. Y ello porque el ajuste público obligado por la crisis económica y las exigencias de los principios de equilibrio presupuestario y sostenibilidad financiera han sido soportados esencialmente por trabajadores precarios en las distintas Administraciones públicas. Ello sin entrar a analizar la utilización desmesurada de un fenómeno paralelo al sistema de provisión de puestos de trabajo mediante oposición o concurso, cual es el de libre designación o –mejor– de libre reclutamiento, entendido como un cauce meramente discrecional, que da entrada a criterios de confianza o afinidad, lo cual ha cobrado particular sentido con el incremento progresivo del personal eventual, dedicado al asesoramiento o apoyo (art. 12 [TREBEP](#)), al cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido el derecho a trienios<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.: «La situación actual del empleo público», *El Cronista del Estado Social y de Derecho*, núm. 10, 2010, pág. 58.

<sup>22</sup> Según los datos de la última Encuesta de Población Activa, en el sector público hay casi tres millones de asalariados, de los que 668.600 son temporales (el 22,3% del total) y, de estos, 276.800 lo son en régimen de interinidad (9,2%). No menos preocupante es la tasa de interinidad funcional que ronda el 11% y sube al 20% en educación.

<sup>23</sup> FUENTETAJA PASTOR, J. A.: «Politización y patrimonialización en la función pública», en AA. VV. (Rodríguez Campos, S., dir.), *El empleo público en tiempo de reformas*, Madrid: Marcial Pons, 2014, pág. 56.

<sup>24</sup> [STJCE de 9 de julio de 2015, C-177/14, asunto \*Regojo Dans\*](#).

Dejando a un lado esta última realidad, lo primero que salta a la vista son las serias tensiones que genera el contraste entre la «lógica administrativa», que trata de asegurar la igualdad en el acceso a empleos públicos, la gestión eficaz de la Administración y la contención del gasto público, y la «lógica laboral» de protección del trabajador o empleado, especialmente en la contratación temporal<sup>25</sup>.

### 3.1. LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL PREFERIDAS POR LAS ADMINISTRACIONES

Centrando la atención en el personal laboral, cabe destacar como, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 11.1 del **TREBEP**, es aquel que, en virtud de la celebración de cualquier modalidad de contrato de trabajo (y, por tanto, cumplimiento los presupuestos de laboralidad [esto es, ajenidad y dependencia] del **art. 1.1 ET**), presta servicios retribuidos en las Administraciones públicas. El **TREBEP** faculta, así, a la Administración para hacer uso de todas las vías de contratación previstas en la legislación laboral, tanto por tiempo indefinido (común u ordinario) como singularmente temporales<sup>26</sup>: alguno de los tipos admitidos por la ley laboral (a excepción del nuevo contrato para emprendedores), clasificados en los grupos de vínculos formativos (para la formación y el aprendizaje o en prácticas, con la variante del primer empleo joven), estructurales (obra o servicio determinado, eventual o interino) y coyunturales (de relevo o para trabajos fijos de carácter discontinuo)<sup>27</sup>.

De toda esta amplia panoplia, la práctica demuestra que las Administraciones públicas utilizan con gran profusión los contratos para obra o servicio determinado (para la «realización de tareas con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal [...] y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta» [**art. 15.1 a**]), eventual («por circunstancias del mercado, acumulación de tareas y exceso de pedidos aun tratándose de la actividad normal» [**art. 15.1 b**]), a traducir en la atención de necesidades derivadas de limitaciones impuestas en los presupuestos que impiden dotar de plazas fijas con cargo al capítulo de personal pero que autorizan destinar partidas del capítulo de inversiones a la cobertura de actuaciones concretas y urgentes), y de interinidad (cuyo objeto es sustituir a un trabajador con derecho

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por "causa objetiva", y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, pág. 842.

<sup>26</sup> DE LA VILLA GIL, L. E.: «El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril», *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2007, pág. 4.

<sup>27</sup> A quienes se reconoce a efectos de antigüedad todo el tiempo transcurrido desde que empezó su actividad. **STS, Social, de 20 de septiembre de 2016 (sent. núm. 756/2016)**.

a reserva de puesto de trabajo o cubrir temporalmente una plaza durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva [art. 15.1 c) ET y RD 2720/1998]). Al tiempo, también es habitual que muchas veces se utilicen estas tres vías en fraude de ley, bien porque la duración determinada del contrato no está basada efectivamente en las causas que la podrían justificar, bien porque se produce un recurso abusivo a sucesivos contratos a término, haciendo emerger en ambos casos la figura del personal laboral «indefinido no fijo», a la que posteriormente se hará referencia.

### 3.2. LA AMPLIACIÓN PROGRESIVA DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO INTERINO

La configuración de los funcionarios interinos es totalmente artificial en el propio tenor legal, lo cual se vislumbra ante la carencia de una conceptualización sustancial propia y en su solapamiento último con las contrataciones laborales a fin de atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia; no en vano el artículo 10 del TREBEP permite el reclutamiento de efectivos de esta naturaleza, no solo por las causas tradicionales, esto es, ante «la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera» (apartado a) o para la «sustitución transitoria de los titulares» (apartado b), sino también en aras de «la ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto» (apartado c) o para atender al «exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses» (apartado d). Es más, la Ley 15/2014 introdujo un nuevo apartado 6 en el precepto mencionado, relativo a los funcionarios interinos designados en el marco de la citada ejecución de programas temporales o por exceso o acumulación de tareas, permitiendo que puedan «prestar los servicios que se les encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñen funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal». Se permite, por tanto, la utilización de la figura del funcionario interino para dar cobertura a cualquiera de las necesidades de reclutamiento temporal de las Administraciones públicas sin limite causal, sin riesgo, hasta ahora, de tener que abonar ninguna indemnización y sin soportar la sanción de la estabilidad del orden social, primando la eficacia en la gestión y siendo competente para su enjuiciamiento la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>28</sup>.

En fin, todavía más permisivo es el artículo 9 del EM, a partir del cual se sienta que los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución. En primer lugar, el nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones, de modo que se acordará el cese cuando se incorpore personal fijo, por el

<sup>28</sup> MIÑARRO YANINI, M.: «Empleo público y contratos de "indeterinos": De la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal», RTSS. CEF, núm. 384, 2015, pág. 36.

procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada. En segundo término, el nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos: a) cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; b) cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios; c) para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron. Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de 2 años, procederá el estudio de las causas, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. En tercer lugar, el nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los periodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza, acordándose el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando esta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

#### 4. LA FALTA DE INDEMNIZACIÓN POR CESE JUSTIFICADO DEL TRABAJADOR INTERINO

La extinción de los contratos laborales temporales, utilizada en muchas ocasiones por las Administraciones como cauce de contención del déficit, se produce por la llegada del término pactado en las mismas condiciones que regula el ET, tal y como sucede en los más utilizados, el de obra o servicio determinados del [artículo 15.1 a\)](#) (realización de la obra o servicio o transcurso de 3 años o 4 si se hubiera previsto en convenio colectivo, excepto cuando este instrumento contractual «esté vinculado a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a 3 años» [[disp. adic. 15.ª](#)]), el eventual del [artículo 15.1 b\)](#) (finalización del tiempo pactado, siempre y cuando no supere el máximo de 6 meses dentro de un periodo de 12, si bien por convenio colectivo el periodo de referencia se puede ampliar hasta los 18 meses sin que la extensión del contrato pueda superar las tres cuartas partes y, en cualquier caso, los 12 meses) o el de interinidad por sustitución del [artículo 15.1 c\)](#) (incorporación del sustituido o desaparición de la causa de reserva de un puesto de trabajo). Solo la interinidad por vacante, nacida en el seno del sector público, aunque extendida después también al privado, tiene prevista normativamente alguna peculiaridad relevante: duración coincidente con la del proceso administrativo de cobertura externa o interna del puesto de trabajo desempeñado por el interino, sin tope máximo alguno, que se extingue válidamente, previa denuncia, no solo por la cobertura reglamentaria y definitiva *ad extra* o *ad intra* de la vacante, como causa más típica de finalización, sino también por amortización de la misma<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> VIVERO SERRANO, J. B.: «Extinción del contrato de trabajo», en AA. VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Madrid: La Ley-El Consultor, 2010, pág. 1.105.

Estas facilidades a la hora de dar por terminados cualesquiera de los vínculos contractuales laborales mencionadas no deben impedir recordar que, como consecuencia de la aprobación de la [Ley 35/2010, de 17 de septiembre](#), a partir de los años sucesivos a su entrada en vigor se ha ido ampliando el importe, tanto para el sector público como para el privado, de la indemnización prevista para estos casos, incluido obviamente el de obra y el eventual (solo quedan fuera los formativos y el de interinidad, que carecen de ella), pasando progresivamente de 8 a los 12 días actuales ([art. 49.1 c\) ET](#)), de acuerdo con la periodicidad marcada (hasta 2015) por la disposición transitoria 13.<sup>a</sup> del ET introducida precisamente por esta Ley de 2010, sin que las mismas compensaciones, dicho sea de paso, se hayan previsto para los nombramientos de funcionarios interinos o estatutarios temporales<sup>30</sup>. Parece, por tanto, que se trata de desincentivar el recurso a dos de los contratos más utilizados en el sector público (obra o servicio y eventual), aunque la repercusión económica, en una primera aproximación, no sea demasiado elevada<sup>31</sup>.

En definitiva y como ya consta, la indemnización prevista en el ordenamiento social español para la extinción ordinaria y no patológica de los contratos temporales no abarca a los contratos de interinidad en ninguna de sus dos modalidades (interinidad por sustitución e interinidad por vacante), ni tampoco a los contratos formativos ([art. 49.1 c\) ET](#)), circunstancia sobre la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había alertado, en dos importantes sentencias, una de 2006 y otra de 2014, por su posible contradicción con la [Directiva 1999/70/CE](#)<sup>32</sup>.

Ante la claridad de los términos legales, cabe recordar, a estos efectos, como en un principio el Tribunal Supremo había venido entendiendo que los contratos de interinidad por vacante se extinguían no solo al ocuparse la plaza desempeñada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por su amortización, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos [51 y 52 c\) del ET](#)<sup>33</sup>.

Esta doctrina era aplicable, por tanto, a los casos en que el puesto desempeñado se eliminaba por amortización, de modo que no pudiera cumplirse la provisión reglamentaria, decayendo el presupuesto de la modalidad contractual; no en vano la relación de interinidad por vacante está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando esta se amortiza, el contrato se extingue a tenor de lo previsto en el [artículo 49.1 b\) del ET](#) y [1.117 del CC](#).

<sup>30</sup> 9 días en 2012, 10 en 2013, 11 en 2014 y 12 en 2015. MAURI MAJÓS, J: «Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: Una perspectiva desde la función pública», en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI, 2011, pág. 174.

<sup>31</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «La reforma del mercado de trabajo mediante RDL 10/2010», *Aranzadi Social*, BIB 2010/1468, pág. 9.

<sup>32</sup> SSTJUE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*, y 86/14, de 11 de diciembre de 2014, asunto *Medialdea*.

<sup>33</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002 (rec. núm. 2591/2001), 2 de junio de 2003 (rec. núm. 3243/2002), 26 de junio de 2003 (rec. núm. 4183/2002), 8 de junio de 2011 (rec. núm. 3409/2010), 22 de julio, 23 de octubre y 25 de noviembre de 2013 (reces. núms. 1380/2012, 408/2013 y 771/2013) y 13 de enero de 2014 (rec. núm. 430/2013).

A juicio, en aquel momento, del Alto Tribunal, entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que o bien supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia del contrato indefinido (pues el interino no cesa en tanto no se incorpore el titular, cuyo nombramiento no se produce por hipótesis, al entender la Administración innecesario el puesto de trabajo), o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ya ha acordado<sup>34</sup>.

Sin embargo, esta tesis va a sufrir un giro radical a raíz de los citados pronunciamientos del Tribunal de Justicia Comunitario (asuntos *Marrosu y Sardino* y *Medialdea*); no en vano la amortización de los puestos de trabajo antes de la cobertura definitiva derivada de un proceso de selección o promoción, aunque permitida por el artículo 74 del TREBEP, no puede conllevar automáticamente la extinción del contrato de interinidad, sujeto a un término indeterminado (*certus an et incertus quando*) y no a una condición resolutoria. Por ende, se trata de un contrato temporal que por motivo de la amortización de la plaza objeto del mismo se extingue antes de que llegue el término pactado, lo cual supone un perjuicio para la otra parte, que ve truncadas sus expectativas de empleo, daño que debe ser indemnizado a la luz de lo previsto en los artículos 51 y 52 del ET con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades, dando cumplimiento además al principio de «justificado motivo» inherente al artículo 35 de la CE y al artículo 15 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>35</sup>. Por tanto, la amortización de la plaza en los contratos de interinidad por vacante no conlleva la automática extinción sino que debe realizarse conforme al procedimiento establecido para el despido objetivo o colectivo según los casos, exigiendo el pago de 20 días de indemnización. En cambio, en los restantes casos de terminación del contrato de interinidad (incorporación del titular de la plaza y finalización de la reserva de plaza del trabajador sustituido) no habría indemnización de ningún tipo según la legislación actual<sup>36</sup>.

## 5. EL RECONOCIMIENTO DE UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ANTE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD COMO SI DE UN DESPIDO OBJETIVO SE TRATARA

Recientemente, el Tribunal Europeo ha dado un paso más y ha vuelto a considerar esta discriminación derivada de la falta de indemnización por la terminación de un contrato laboral de in-

<sup>34</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2011 (rec. núm. 3409/2010), 27 de febrero de 2013 (rec. núm. 736/2012) y 13 de mayo de 2013 (rec. núm. 1666/2012).

<sup>35</sup> STS, Social, de 10 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2958/2014). MONEREO PÉREZ, J. L.: «Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia», *Derecho Social*, núm. 67, 2015, pág. 26.

<sup>36</sup> LÓPEZ PRADA, R.: «Puntos críticos de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016.

terinidad en una sentencia, de gran impacto mediático, de fecha 14 de septiembre de 2016 ([asunto De Diego Porras, C-596/14](#)), en la que da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con ocasión de un conflicto planteado por una trabajadora que prestaba servicios como interina desde febrero de 2003 en el Ministerio de Defensa, con sucesivos contratos, el último durante 7 años, a la que se comunica la extinción de su vínculo contractual con efectos de 30 de septiembre de 2012 al producirse la reincorporación de la persona titular del puesto de trabajo, que se encontraba en situación de excedencia por desempeñar un cargo de representante sindical, finalizado tras la aprobación del [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de junio](#), con fines de estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad.

Sin cuestionar la legalidad del cese de la trabajadora, pues se considera ajustado a lo previsto en el [artículo 15.1 c\) del ET](#), el Tribunal Superior de Justicia de Madrid tiene dudas sobre si, a la luz del Derecho Comunitario, existe una causa o razón objetiva que justifique la diferencia de indemnización entre los trabajadores con contratos indefinidos que ven extinguido su contrato de trabajo por causas objetivas (20 días de salario por año de servicio) y los trabajadores temporales con contrato para obra o servicio determinado o eventual por razones de producción que ven finalizado su contrato (12 días), así como entre estos dos grupos y los trabajadores interinos que, ante la conclusión de su contrato, carecen de todo tipo de compensación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando la normativa española interna constata su oposición a la [Directiva 1999/70/CE](#), pues deniega cualquier cuantía por finalización de contrato al trabajador interino, mientras permite la concesión de indemnización a los trabajadores fijos comparables, de modo que «el mero hecho de haber prestado servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización». También apunta el Tribunal Comunitario que el [artículo 15.5 del ET](#) excluye la posibilidad de convertir un contrato interino en fijo (o indefinido no fijo si el empleador es una Administración) cuando la suma de dos o más supere 24 meses dentro de un periodo de 30, circunstancia que concurre en otras modalidades contractuales temporales. Igualmente, este tipo de contrato está excluido del listado de contratos temporales cuya extinción genera derecho a indemnización de 12 días bajo la justificación de no encarecer los costes ([art. 49.1 c\) ET](#)).

Con el fin de aquilatar los términos del debate, el Tribunal Europeo no va a dar respuesta a una hipotética discriminación entre distintos trabajadores temporales en cuanto a la indemnización derivada de su terminación, solo diferenciada por razón de la modalidad contractual; no en vano tales extremos quedan al margen de la directiva, centrándose únicamente en la comparación entre trabajadores indefinidos y temporales que se encuentren en una situación comparable. Por tanto, no se contempla el escenario de contraste entre el interino (sin indemnización) y el resto de trabajadores temporales en la legislación española (12 días), que, en un futuro, a través de una actuación del legislador, podría ser equiparado, como manifestación de una tendencia hacia la concesión de mayores ventajas y garantías del trabajador temporal con vistas a reforzar el principio de la estabilidad en el empleo, lo cual sería, sin duda, deseable.

Sin embargo, la sentencia deja claro, en primer lugar, que todo aspecto vinculado al empleo (en este caso, una indemnización por terminación del contrato) debe quedar integrado en el

concepto condiciones de trabajo que utiliza el **Acuerdo marco**, tal y como se había señalado con anterioridad en relación con los trienios<sup>37</sup> o el plazo de preaviso<sup>38</sup>.

En segundo término, se centra en la confrontación entre el trabajo interino y el fijo, atendiendo a las funciones desarrolladas, considerando que la interesada se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores por tiempo indefinido al efectuar un trabajo análogo o idéntico, teniendo en cuenta que llevaba siete años seguidos prestando servicios en el mismo puesto que la sustituida, circunstancia que presupone que la interesada cumplía los requisitos de formación exigidos y que efectuaba las mismas tareas que la persona a la que reemplazó<sup>39</sup>. Tras comprobar que la recurrente en el litigio principal se hallaba en una «situación comparable» a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo periodo de tiempo –realizaba, por tanto, «un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo»–, el tribunal sienta doctrina sobre la existencia de una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de estos últimos, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. Y ello porque no existen, a juicio del tribunal, «razones objetivas» que pudieran justificar, como exige la cláusula 4 del Acuerdo, la diferencia de trato normativo perpetrada por la legislación española; no en vano el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación como explicación de la desigual regulación equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada<sup>40</sup>. En definitiva, es contrario al ordenamiento de la Unión Europea denegar cualquier indemnización a los interinos<sup>41</sup>.

El tribunal no toma en consideración, empero, otros aspectos de mayor corrección técnica como pudiera ser que, de conformidad con el ordenamiento español, el interino despedido por causas objetivas tiene derecho a una indemnización equivalente, en su formulación y cuantificación, a la reconocida para el trabajador fijo (aunque, lógicamente, el trabajador fijo estará en mejores condiciones para sumar años de servicio que el trabajador interino, o que cualquier trabajador temporal, por mera cuestión de tiempo). Tampoco valora que el trabajador fijo que ve extinguido su contrato de trabajo por voluntad conjunta de las partes (esto es, por mutuo acuer-

<sup>37</sup> SSTJUE de 13 de septiembre de 2007, C-307/05, asunto *Del Cerro* y 22 de diciembre de 2010, C-444/09 y 456/09, asuntos *Gaveiro Gaveiro e Iglesias Torres*.

<sup>38</sup> STJUE de 13 de marzo de 2014, C-38/13, asunto *Nierodzik*.

<sup>39</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Texto y contexto de la STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 189, 2016, (BIB 2016/4864) o GARCÍA-ATANCE, J. M.: «La indemnización extintiva de los contratos temporales: Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2016, caso Diego Porras, asunto C-596/14», *Diario La Ley*, núm. 8867, 2016, pág. 3.

<sup>40</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Tres sentencias que estremecieron al mundo», *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, pág. 9.

<sup>41</sup> MIRANDA BOTO, J. M.: «El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, pág. 831.

do o mutuo disenso) no tiene derecho a indemnización alguna salvo pacto expreso<sup>42</sup>. Es más, el tribunal se aparta ahora de pronunciamientos anteriores en los que había mantenido que el cese de un trabajador interino, en el que no hay amortización alguna de un puesto de trabajo, ni una decisión extintiva del empleador sino la mera reincorporación del sustituto, no equivale al resultante de los denominados despidos objetivos, individuales o colectivos, por supresión de puestos de trabajo y reducción de personal, en los que la extinción se produce por una declaración de voluntad constitutiva extintiva del empleador, que implica una ruptura del contrato de trabajo ante la concurrencia de unas circunstancias sobrevenidas y no su mera terminación o agotamiento<sup>43</sup>.

No tiene en cuenta tampoco que el modelo laboral español ha venido distinguiendo entre contrato temporal e indefinido sobre la base precisamente de que en el primero rige un supuesto específico de extinción conocido por la persona asalariada, que no es otro que la llegada del término (seguro y cierto *ab initio*) expresado en el propio vínculo, totalmente inaplicable en un nexo indefinido donde la pérdida del empleo es un hecho esencialmente sobrevenido, lo cual motiva una consecuencia lógica<sup>44</sup>: diferenciar entre denuncia o preaviso (del término) y despido consecuencia de la iniciativa de una sola de las partes, pues, como con acierto se ha dicho, «no hablaremos de despido en aquellos supuestos en los que la decisión de concluir el contrato de trabajo sea la concorde de trabajador y empresario, manifestada en el contrato mismo de trabajo (terminación por [...] expiración del término o de la obra pactados)»<sup>45</sup>. A la postre, olvida que el contrato de interinidad está sujeto a una duración predeterminada desde su formalización y a una condición no controlada por las partes (*incertus quando*) a diferencia del cese sorpresivo de un contrato de duración indefinida en el que existe una «expectativa de estabilidad en la relación laboral»<sup>46</sup>.

Antes al contrario y sin reparar en estos matices, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea atiende a la excesiva prolongación en el tiempo de la prestación de servicios de la trabajadora, dato que a la postre se convierte en determinante para apreciar que su situación era comparable a la de un trabajador indefinido, concurriendo una diferencia de trato injusta o injustificada entre la compensación económica inherente a la terminación de un contrato de un trabajador fijo por causas objetivas y la conclusión de un contrato de interinidad atendiendo a la identidad de funciones desarrolladas, y considerando que la duración anómala del vínculo de interinidad que tiene lugar en el supuesto de hecho enjuiciado, unida a la entrada en vigor de una urgente reforma legislativa de 2012 que cercenó drásticamente el número de liberados sindicales en el sector pú-

<sup>42</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016, pág. 9.

<sup>43</sup> [STJUE de 12 de diciembre de 2013, C-361/12, asunto Carratù](#).

<sup>44</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea De Diego», *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, pág. 129.

<sup>45</sup> ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid: IEP, 1958, págs. 13-14.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de los trabajadores interinos», *Diario La Ley*, núm. 8.850, 2016, ref. D-374.

blico y motivó su incorporación al servicio activo, son elementos suficientes para argumentar la existencia de una discriminación.

Así pues, el tribunal, en el [asunto \*De Diego Porras\*](#), ha dejado claro que la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de un contrato de trabajo de interinidad no puede diferenciarse de la que se reconoce a un trabajador fijo comparable, circunstancia que ha llevado, en primer término, al órgano judicial español que planteó la cuestión prejudicial a reconocer en estos casos la cuantía de 20 días de salario aun cuando técnicamente no se produce un despido sino una mera denuncia o comunicación de un parte a la otra de la llegada de la causa pactada para poner fin al vínculo<sup>47</sup>, argumentando que «siendo la Directiva 1999/70/CE directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio de 2016 [...], hemos de concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del [Acuerdo Marco](#) sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es, 20 días de salario por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1 b) del ET, porque la extinción [...] es procedente sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el Tribunal de Justicia Comunitario ha considerado se opone a la europea de aplicación».

Ello sin olvidar, además, que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en [Sentencia de 18 de octubre de 2016 \(sent. núm. 1962/2016\)](#), entiende que otros trabajadores temporales, y no solo los interinos, también tienen derecho a esta indemnización de 20 días. En concreto, en el supuesto enjuiciado, se trata de un contrato de obra, celebrado por una fundación pública sin que concurriera fraude ni extinción ilegal, que termina al finalizar el proyecto de investigación para el que fue reclutada la trabajadora. En paralelo, el mismo Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en otra [Sentencia de 18 de octubre de 2016 \(sent. núm. 2016/2016\)](#), extiende también la indemnización de 20 días a la extinción de un contrato por obra o servicio en el sector privado (en concreto, una empresa dedicada a servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento) atendiendo al principio de eficacia horizontal de la [Directiva 1999/70/CE](#) y de interpretación conforme.

<sup>47</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2016 (rec. núm. 246/2014).

## 6. TRATAMIENTO INDEMNIZATORIO PARA FUNCIONARIOS INTERINOS

Como ya consta, de la indemnización por finalización de un contrato temporal quedan exentos, atendiendo al tenor legal del [artículo 49.1 b\) del ET](#), los contratos laborales de interinidad, pero también carecen de compensación económica los nombramientos de funcionarios interinos (art. 10 [TREBEP](#)) y de personal estatutario eventual (art. 9 [EM](#)). Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado un paso de gigante en la igualación de derechos de este tipo de personal funcionario o estatutario respecto de los trabajadores fijos<sup>48</sup>, pues el mismo día 14 de septiembre de 2016 ([asunto Pérez López](#)) ha resuelto otra cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid, en un supuesto de cese de una enfermera del Servicio Madrileño de Salud, que había trabajado en un hospital universitario de dicha entidad, mediante sucesivos nombramientos como personal estatutario temporal eventual, desde el 5 de febrero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2013, fecha en la que se le comunicó la terminación de su vinculación estatutaria con fundamento en las normas de contención del gasto público aprobadas en ese ejercicio por la Comunidad de Madrid, aun cuando se le ofreció un último nombramiento para el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2013, circunstancias que venían a demostrar, en el argumentario de la demanda, que la sucesión de reclutamientos de duración determinada incurrió en fraude de ley al no cumplir los presupuestos de «necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario» que exige el artículo 9.1 del [EM](#).

La cuestión prejudicial planteada en este caso presenta, en síntesis, el siguiente contenido<sup>49</sup>: si para respetar el derecho de no discriminación previsto en la [Directiva 1999/70/CE](#) habría que aplicar al personal estatutario temporal de carácter eventual (al que se entiende equiparado el funcionario interino) la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones. Al objeto de dar respuesta a este interrogante, el Tribunal de Justicia reitera el contenido de pronunciamientos anteriores, recordando que la [Directiva 1999/70/CE](#) engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador o de la naturaleza jurídica del vínculo<sup>50</sup>,

<sup>48</sup> Hasta ese momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado en reiteradas ocasiones en materia de antigüedad y trienios, equiparando a funcionarios interinos y estatutarios eventuales con funcionarios o estatutarios *stricto sensu*. Cabe citar, así, las SSTJCE de 15 de abril de 2008, [asunto C-268/06, Impact](#); 22 de diciembre de 2010, [asuntos C-444/09 y C-456/09, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres](#); 8 de septiembre de 2011, [asunto C-177/10, Rosado Santana](#); o 9 de julio de 2015, [asunto C-177/14, Regojo Dans](#). Con carácter más reciente, también a efectos de carrera al calor del [Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15, Álvarez Santirso](#), que reconoce el derecho de un funcionario interino a la participación en el plan de evaluación de la función docente y el incentivo que deriva de ella en el caso de evaluación positiva reconocida, en la legislación interna contradictoria con la [Directiva 1999/70/CE](#), solo a los profesores cuya relación de servicio es por tiempo indefinido.

<sup>49</sup> [C-16/15](#).

<sup>50</sup> SSTJUE de 13 de septiembre de 2007, [asunto C-307/05, Del Cerro Alonso](#); 8 de septiembre de 2011, [asunto C-177/10, Rosado Santana](#), y 13 marzo 2014, [asunto C-190/13, Márquez Samohano](#).

debiendo concurrir razones objetivas capaces de justificar la formalización de contratos o relaciones de duración determinada, pero se declara incompetente para responder a esta cuestión, pues el principio de no discriminación solo permitiría entrar a valorar una posible diferencia de trato entre personal estatutario con relación de servicios por tiempo indefinido y personal estatutario con nombramiento temporal que realizara un trabajo comparable. La directiva de referencia no se opone, en principio, a una norma nacional que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada con la consiguiente liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma no menoscabe el efecto útil del [Acuerdo Marco](#), lo que incumbe comprobar al juzgado remitente. En suma, el tribunal no se considera competente para pronunciarse sobre la diferencia de trato entre los eventuales del [ET](#) y los eventuales de la [Ley 55/2003](#), pues «una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada [...] no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en el Acuerdo Marco»<sup>51</sup>.

Ahora bien, declara, recogiendo pronunciamientos anteriores<sup>52</sup>, la incompatibilidad con la cláusula 5, apartado 1, del [Acuerdo Marco](#) de una disposición nacional, legal o reglamentaria que se limite a autorizar la utilización sucesiva de contratos o relaciones de trabajo de duración determinada de un modo general y abstracto, al ser esta una regulación meramente formal que no permitiría deducir criterios objetivos y transparentes para verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, conllevando «un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tiempo de contratos», impidiendo el efecto útil de dicho Acuerdo Marco. Con este canon de enjuiciamiento, entiende contraria a la mencionada cláusula 5, apartado 1 a) del Acuerdo Marco, la práctica del Servicio Madrileño de Salud de efectuar nombramientos sucesivos de personal estatutario temporal eventual para el desempeño «permanente y estable» de «funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo»<sup>53</sup>.

Así pues, considera –y de ahí su interés– que una norma nacional no puede ser aplicada de manera que permita la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada con amparo formal en la finalidad de garantizar la prestación de servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando en realidad se atienden necesidades permanentes y estables, al tiempo que se opone al Derecho Comunitario el hecho de que no exista ninguna obligación de los responsables del servicio de crear puestos estructurales que pongan fin a esa situación para que

<sup>51</sup> AATJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto C-20/10, *Vino Cosimo Damiano*; 22 de junio de 2011, asunto C-161/11, *Cosimo Damiano Vino*, o 7 de marzo de 2013, asunto C-178/12, *Rivas Montes*.

<sup>52</sup> SSTJUE de 23 de abril de 2009, asuntos C-378/07, 379/07 y 380/07, *Angelidaki y otros*; 26 de enero de 2012, asunto C-586/10, *KücüK*, y 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13, *Márquez Samohano*.

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», cit., pág. 848.

no perdure la precariedad de los afectados, máxime cuando existe un déficit de personal fijo<sup>54</sup>. La importancia de este pronunciamiento radica, pues, en que no se refiere al personal laboral al servicio de la Administración pública, sino al personal estatutario, al que se puede entender parajo el personal funcionario, no en vano el personal estatutario integra «una relación funcional especial», tal y como reconoce el artículo 1 del EM.

Cierto es que en relación con los funcionarios interinos o con los estatutarios eventuales no se permite que adquieran el derecho de la inamovilidad en el cargo por «el simple transcurso del tiempo ni por una decisión administrativa que sería contraria a la ley, de modo que la relación funcional del interino puede finalizar por libre remoción de la Administración en tanto desaparezcán, a juicio de la misma, las razones de necesidad o urgencia que motivaron el nombramiento»<sup>55</sup>, pero, a la luz de la nueva interpretación del Tribunal de Justicia Comunitario, debería tener lugar una intervención del legislador, traspasando instituciones propias del Derecho del Trabajo (que albergarían una compensación económica a la terminación del vínculo de 20 días de salario por año de servicio conforme a lo razonado en el epígrafe anterior) al Derecho Funcionario, actividad sobre la que ya existen algunos precedentes, pudiendo mencionar, como mero ejemplo de trasvase inverso, el [Real Decreto-Ley 20/2012](#), que extendió al personal laboral (art. 32.2 [TREBEP](#)) el «descuelgue» unilateral en las condiciones de trabajo negociadas regulado inicialmente solo para los funcionarios en el artículo 38.10 del [EBEP/2007](#).

En definitiva, la conclusión resulta obvia: la diferencia de trato entre personal estatutario temporal eventual (o funcionario interino), que no percibe indemnización alguna a su cese, y el personal laboral contratado por tiempo indefinido, que merece una indemnización de 20 días por año con el máximo de 12 mensualidades, es contraria al [Acuerdo Marco](#)<sup>56</sup>.

## 7. LA APLICACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LOS ASUNTOS DE DIEGO PORRAS Y PÉREZ LÓPEZ: POSIBILIDADES

De especial interés es el análisis de cómo deben integrarse las sentencias del Tribunal de Justicia Comunitario de los asuntos *De Diego Porras* y *Pérez López* en el ordenamiento interno, pues entienden que el Derecho de la Unión, la cláusula 4 del [Acuerdo Marco](#) que recoge el principio de no discriminación dotado de eficacia directa, se opone al [artículo 49.1 c\) del ET](#) por excluir el contrato de interinidad y el vínculo administrativo de análogas características de toda

<sup>54</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016», cit., pág. 10.

<sup>55</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de mayo de 1996 (rec. núm. 638/1996).

<sup>56</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, Albacete: Bomarzo, 2016, pág. 70.

indemnización debida por el empresario al empleado por causa de su finalización basada en «condiciones objetivas», siendo así que el Derecho español apareja el derecho a una indemnización a la extinción del contrato por causas objetivas de los trabajadores fijos comparables (art. 53.1 b) ET).

## 7.1. DIFERENCIAS ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL PRIVADO

En una primera aproximación, cabría adoptar una postura maximalista, acogiendo una interpretación extensiva y efectiva del principio antidiscriminatorio consagrado en el apartado 1 de la cláusula 4 del **Acuerdo Marco**, siempre y cuando se entienda cumplido el juicio de comparabilidad. Así, dado que la indemnización se considera una condición de trabajo, una aplicación correcta de la directiva exige que los trabajadores interinos tengan derecho a la misma indemnización que los trabajadores indefinidos comparables. Dicha indemnización sería la de 20 días por año trabajado prevista en el **artículo 53.1 b) del ET** para el caso del despido objetivo, es decir, la misma que se aplicaría cuando la relación indefinida concluye por una causa de lógica similar, esto es, independiente de la voluntad del trabajador. Es más, la cuantificación de este importe debe de tener en cuenta toda la cadena contractual como si fuera una sola relación laboral, siempre y cuando se pueda acreditar la «unidad esencial del vínculo», aunque las interrupciones hayan sido superiores a 20 días hábiles<sup>57</sup>.

Con mayor detalle, cabe tener en cuenta, en primer lugar, que según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, particularmente en su condición de empleador<sup>58</sup>, entendiéndose que entre las entidades a las que pueden oponerse las disposiciones de una directiva susceptible de tener efecto directo se incluye todo organismo, con independencia de su forma jurídica, al que en virtud de un acto de autoridad pública se le haya encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo la tutela de dicha autoridad y que disponga a tal efecto de poderes exorbitantes respecto de las normas aplicables a las relaciones entre particulares<sup>59</sup>. Por tanto, la eficacia directa vertical de la directiva está fuera de toda duda para las Administraciones públicas cuando actúan como empleadoras, sin olvidar tampoco que la indemnización de 20 días ya se venía exigiendo por el Tribunal Supremo para los supuestos de terminación del contrato de interinidad por vacante consecuencia de la amortización de la plaza<sup>60</sup>. Dando un paso más, este

<sup>57</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2007 (rec. núm. 175/2004), 17 de diciembre de 2007 (rec. núm. 1999/2004), 18 de febrero de 2009 (rec. núm. 3256/2007) y 15 de mayo de 2015 (rec. núm. 1649/2013).

<sup>58</sup> SSTJUE 26 de febrero de 1986, C-152/84, asunto *Marshall*; 20 de marzo de 2003, C-187/00, asunto *Kutz-Bauer*, o 15 de abril de 2008, C-268/06, asunto *Impact*.

<sup>59</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C- 361/12, *Carratù*.

<sup>60</sup> SSTS de 7 de julio de 2014 (rec. núm. 2285/2013), 8 de julio de 2014 (rec. núm. 2693/2013), 18 de diciembre de 2014 (rec. núm. 1790/2013), 12 de mayo de 2015 (rec. núm. 1080/2014), 23 de junio de 2015 (rec. núm. 1981/2014) y 30 de julio de 2015 (rec. núm. 2068/2014).

mismo montante se debería abonar en los supuestos de terminación de un contrato de interinidad por incorporación del trabajador sustituido<sup>61</sup>.

Más dudas plantea, en segundo término, la traslación de este argumento al sector privado. Ciertamente es que, como ha señalado la doctrina, para el ámbito de las empresas mercantiles, «los derechos que las directivas de contenido laboral reconocen al trabajador sin mediar la norma interna que los consagre no son ejercitables directamente frente al empleador ni pueden invocarse frente a él ante el juez nacional, pudiendo llegar a todo lo más a una "interpretación conforme", que encuentra como límite una lectura *contra legem* del derecho nacional»<sup>62</sup>. Ahora bien, no cabe olvidar la matización de este criterio por el «efecto directo de exclusión», a partir del cual se permite, «incluso en un litigio sustanciado exclusivamente entre particulares, que uno de ellos puede invocar una norma comunitaria para conseguir que no se aplique la disposición nacional incompatible», tal y como sucedería en este caso con lo previsto en la cláusula 4 del [Acuerdo](#), cuyo tenor deriva, como ya consta, del derecho fundamental de no discriminación recogido en el artículo 21.1 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#). Dicho en otros términos, atendiendo al principio de primacía de la normativa comunitaria, así como al parámetro de eficacia horizontal entre particulares, que puede predicarse no sobre todo el Derecho de la Unión, sino tan solo del Derecho originario europeo, integrado, por lo que aquí interesa, por la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), que recoge en su artículo 21 el principio de no discriminación, plasmado en la cláusula 4 del [Acuerdo Marco](#), y sin perder de vista que los preceptos de las normas de la Unión fundamentales se interpretan en relación con las directivas, resulta evidente en este caso que la prohibición de discriminación entre las condiciones contractuales de los trabajadores temporales y los indefinidos que regula el [Acuerdo Marco](#) es suficientemente clara y evidente para que opere la preferencia aplicativa por el juez nacional de la normativa europea referida, al no estar su contenido condicionado<sup>63</sup>.

De esta manera, los vínculos de carácter interino que se extingan a partir de la fecha del pronunciamiento (14 de septiembre de 2016) deberán ir acompañados de la pertinente indemnización de 20 días, pues la discriminación por falta de compensación económica ante la terminación de la relación tiene lugar tanto en el contrato laboral, cuanto en la relación funcional y estatutaria temporal, abarcando no solo al sector público sino también al privado.

Esta conclusión debería ser extensible, en tercer lugar, a otros contratos temporales utilizados por la Administración y las empresas privadas en similares circunstancias, donde en situaciones de comparabilidad entre trabajadores temporales e indefinidos existan diferencias en la indemnización, tal y como sucede con los de obra o servicio determinado y eventuales, dado que la indemnización

<sup>61</sup> STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de noviembre de 2016 (rec. núm. 1990/2016).

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Efecto directo e invocabilidad inter privados de las Directivas Laborales», *Relaciones Laborales*, 2010, tomo I, págs. 89 y ss.

<sup>63</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-444/09 y 456/09, asunto *Gavieiro*.

de 12 días por finalización del servicio contemplada en el [artículo 49.1 c\) del ET](#) sigue siendo discriminatoria con respecto a la de 20 días de los trabajadores indefinidos, siempre y cuando, claro está, no se esté ante casos de contratación irregular o abusiva, que deberían convertirse en contratos indefinidos, como después se verá<sup>64</sup>. También habría que reconocer la indemnización de 20 días en los casos de extinción del contrato de apoyo a los emprendedores durante el primer año de la relación o de terminación del contrato por razón de los denominados «pactos de rendimiento», esto es, cuando las partes acuerdan que si no se superan determinados mínimos productivos (generalmente, de ventas), el contrato queda extinguido legítimamente por la vía del [artículo 49.1 b\) del ET](#)<sup>65</sup>. Procede aclarar, no obstante, que la denegación de cualquier indemnización por la finalización regular de los contratos de prácticas y para el aprendizaje basada en la expiración del tiempo convenido ([art. 49.1 c\) ET](#)) podrá encontrar justificación objetiva de tratamiento desfavorable en el papel que desempeñan los elementos formativos en la causa y el objeto de esos contratos de duración determinada, válidamente celebrados y finalizados, eliminando la comparabilidad con los trabajadores fijos, máxime cuando el [Acuerdo Marco](#) permite a los Estados miembros adoptar la decisión de no aplicarlo a las relaciones de formación profesional inicial y aprendizaje<sup>66</sup>.

## 7.2. VÍAS PROCESALES DE RESARCIMIENTO

El cauce procesal de actuación, si se trata de trabajadores, bien al servicio del sector privado, bien del sector público, sería el de reclamación de cantidad, tramitado por el procedimiento ordinario cuando no se cuestiona la validez del contrato ni de la extinción contractual. En este caso, la sentencia dictada en el proceso, si la cantidad reclamada no excede de 3.000 euros, tendrá acceso a suplicación cuando se invocó en la sentencia el derecho a la igualdad y no discriminación, como ha declarado el Tribunal Supremo respecto de otros procedimientos sin previsión legal de recurso si está en liza la vulneración de derechos fundamentales<sup>67</sup>. Si ya existiera una sentencia firme de despido que hubiera reconocido su improcedencia o nulidad, no procedería la reclamación de cantidad porque existiría cosa juzgada sobre la acción indemnizatoria derivada de la extinción que ya fue calificada, habiendo obtenido un montante superior. Si, en cambio, exis-

<sup>64</sup> PAVLOU, V.: «La Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración terminada y la contratación temporal en España. Un comentario a las Sentencias del TJUE del 14 de septiembre de 2016», *Derecho Social*, núm. 75, pág. 156.

<sup>65</sup> STS, Sala de lo Social, de 14 diciembre 2011 (rec. núm. 774/2011). FALGUERA BARÓ, M. A.: «Algunas reflexiones sobre la STJUE en el asunto De Diego Porras: Análisis crítico y efectos sobre el ordenamiento laboral español», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», cit., pág. 870. En el mismo sentido, OLABARRÍA RODRÍGUEZ, S. y LAHERA FORTEZA, J.: «¿Equiparación entre indemnizaciones de trabajadores fijos y temporales?», *Boletín Laboral Abdón Pedrajas&Molero*, octubre 2016.

<sup>67</sup> STS, Sala de lo Social, de 3 noviembre 2015 (rec. núm. 2753/2014).

tiera sentencia firme de despido que hubiera declarado la válida extinción del contrato temporal, cobraría utilidad la acción de reclamación de cantidad, pues no se habría reconocido indemnización alguna si se trataba de un contrato de interinidad, o se habría reconocido una indemnización de 12 días en el caso de los contratos por obra o servicio y eventuales.

Otra posibilidad para solicitar la correspondiente indemnización sería acudir a la vía del despido por fraude en la contratación conforme al artículo 26.3.2 de la [Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), acumulando la acción de reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas. Por su parte, una vía alternativa sería la de los artículos 177 y siguientes de la [LRJS](#), de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, aduciendo la vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la naturaleza temporal o de duración determinada del vínculo. En fin, tampoco cabe olvidar, a la postre, el procedimiento especial de conflicto colectivo, que paralizaría el trámite de los conflictos individuales ya iniciados sobre el mismo objeto y que serviría para interrumpir la prescripción de las acciones pendientes de ejercitar, consiguiendo una respuesta uniforme (arts. 153 y ss. [LRJS](#))<sup>68</sup>.

De otro lado, si se trata de personal funcionario o estatutario, las vías adecuadas para reclamar la indemnización frente al cese serían el procedimiento abreviado (art. 78.1 [Ley 29/1998, de 13 de julio](#), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA–) y el de tutela de derechos fundamentales (arts. 114 y ss. [LJCA](#)), sin olvidar que en los supuestos en los que exista una pluralidad de afectados van a poder optar por la vía de la extensión de la sentencia (art. 110 [LJCA](#))<sup>69</sup>.

También cabe aclarar, aunque ya hay algún pronunciamiento en contra, que la finalización de un contrato temporal no es un despido objetivo, por lo que no debe exigirse, para la validez y eficacia de aquella extinción contractual, el cumplimiento de los requisitos formales del despido objetivo, sino los de denuncia y preaviso del [artículo 49. 1 c\) del ET](#)<sup>70</sup>.

### 7.3. PLAZOS HABILITADOS PARA LA RECLAMACIÓN

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido los efectos *ex tunc* de sus sentencias interpretativas, afirmando que «con arreglo a reiterada jurisprudencia, la interpretación

<sup>68</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, cit., págs. 89 y ss.

<sup>69</sup> PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, cit., págs. 136 y ss.

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», cit., pág. 870.

que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 177, hace [este órgano] de una norma de Derecho Comunitario aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si reúne los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma»<sup>71</sup>. Esta consideración, unida al efecto directo de las disposiciones comunitarias (en este caso, cláusula 4 del [Acuerdo Marco](#)), determina que, en el caso que ahora se analiza, cualquier interesado podría fundamentar su pretensión de reclamación de la indemnización por fin del contrato en la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia en las sentencias analizadas, con el único límite de las situaciones devenidas intangibles de conformidad al Derecho nacional, bien por prescripción, caducidad o cosa juzgada<sup>72</sup>.

Conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo, la reclamación de una indemnización derivada de la extinción del contrato no necesariamente debe articularse a través de la modalidad procesal de despido, pues «su objeto principal es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia, por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a ese núcleo esencial del juicio de despido, y por tanto no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. [Por tanto], si el trabajador considera que se cese es conforme ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no puede producirle la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para estos ceses lícitos»<sup>73</sup>. De este modo, el plazo de ejercicio para la reclamación de la indemnización derivada del contrato temporal, siempre que no se discuta la existencia de causa legal válida para su terminación, será el de un año de prescripción previsto el [artículo 59.1 del ET](#). Así, los vínculos laborales temporales extinguidos hasta un año antes de dicha fecha dispondrán de acción para reclamar la citada indemnización de 20 días o la diferencia entre la de 12 días y la de 20, dado que no se está técnicamente ante una reclamación por despido. Están prescritas, por ende, las acciones referidas a extinciones producidas antes del 14 de septiembre de 2015 y, en general, todas aquellas en que se interponga la demanda transcurrido un año desde la fecha de la extinción. Más amplio es todavía el plazo de prescripción, para los funcionarios o el personal estatutario, pues conforme al artículo 25 de la [Ley 47/2003, de 26 de noviembre](#), General Presupuestaria, sería de cuatro años<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> STJUE de 15 de diciembre de 1995, C-415/93, asunto *Bosman*.

<sup>72</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Incertidumbres en torno a la indemnización por finalización de los contratos temporales», *Información Laboral*, núm. 9, 2016, pág. 4.

<sup>73</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 22 de enero 2007 (rec. núm. 3011/2005) o, con carácter más reciente, 26 de abril de 2016 (rec. núm. 1360/2014).

<sup>74</sup> PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, cit., pág. 56.

Es más, respecto de las previsibles demandas relativas a extinciones contractuales ya producidas y consentidas, no impugnadas judicialmente, podría suscitarse el problema de la validez de los documentos de saldo y finiquito firmados con anterioridad, pero atendiendo al principio de seguridad jurídica y confianza legítima habría que entender que dichos documentos no tienen carácter liberatorio sobre una indemnización a la que con la norma legal en la mano no se tenía derecho, si bien con posterioridad se declara no ajustada al ordenamiento de la Unión Europea, faltando, por tanto, la voluntad inequívoca de los sujetos firmantes de liberarse mutuamente de las obligaciones pendientes<sup>75</sup>.

Por otra parte, queda la puerta abierta para que se reconozca también la indemnización de 20 días a todas las extinciones que estén pendientes de control judicial, en instancia o en vía de recurso, atendiendo al efecto directo y vertical de la directiva, si se trata de un ente público, o al efecto «directo de exclusión» derivado de la cláusula 4 del [Acuerdo Marco](#), si se trata de un empresario privado, sin que el órgano jurisdiccional pueda excusarse en el principio de confianza legítima que pudiera tener el empleador sobre la cantidad a abonar en concepto de indemnización desde el prisma del ordenamiento español, que bajo ningún concepto permite seguir aplicando una regla de Derecho nacional contraria al principio general de no discriminación<sup>76</sup>. En la instancia, cuando se trate de una demanda por despido anterior al 14 de septiembre de 2016, la parte demandante podría solicitar la ampliación de la pretensión inicial, sin que pueda entenderse que existe modificación sustancial, e igualmente el juzgador también puede plantear de oficio oír a las partes sobre el particular *ex* artículo 85.4 de la [LRJS](#)<sup>77</sup>. En fase de suplicación, aun cuando no existe un trámite procesal para oír a las partes, nada impide al órgano judicial adoptar una decisión en este sentido para evitar situaciones de indefensión, máxime cuando están en juego los derechos de defensa o de tutela judicial efectiva, sin olvidar la posibilidad de actuar de oficio aunque no se haya planteado la cuestión de la indemnización a lo largo de todo el proceso<sup>78</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el empleador va a tener que hacer frente a estos costes adicionales, procede plantear si podría un empresario mercantil (por supuesto, nunca una Administración pública) acudir al cauce de la denominada «responsabilidad del Estado legislador» en aras de conseguir el resarcimiento de los perjuicios económicamente evaluables derivados, tal y como sucede en este caso, «de la aplicación de una norma que ha devenido contraria al Derecho de la Unión Europea» atendiendo a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la fecha de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial (art. 32.6 [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de Régimen Jurídico del Sector Público), pues, en puridad, se trata de un gravamen

<sup>75</sup> GARCÍA-ATANCE, J. M.: «La indemnización extintiva de los contratos temporales: Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2016, caso Diego Porras, asunto C-596/14», *Diario La Ley*, núm. 8.867, 2016, pág. 3.

<sup>76</sup> [STJUE de 19 de abril de 2016, C-441/14, asunto Dansk](#).

<sup>77</sup> Como mero ejemplo, la SJS núm. 2 de Orense de 8 de noviembre de 2016 ha reconocido la indemnización de 20 días por año trabajado a una trabajadora interina de la Xunta de Galicia.

<sup>78</sup> Tal y como ha sucedido, por ejemplo, en las SSTSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016 (recs. núms. [1872/2016](#) y [1690/2016](#)). PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, cit., págs. 104 y ss.

económico sobrevenido, máxime cuando la actuación empresarial no puede merecer tacha y posiblemente de haber conocido esta consecuencia pecuniaria hubiera organizado el reclutamiento de personal a través de otras vías o directamente hubiera contratado por tiempo indefinido.

La respuesta a este interrogante merece una respuesta negativa si se atiende a los rigurosos condicionantes exigidos por la mencionada [Ley 40/2015](#), que procede reproducir: 1) El particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. 2) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares. 3) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado. 4) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares (art. 32.5 [Ley 40/2015](#)). Como puede observarse, mientras la concurrencia de los tres últimos presupuestos parece bastante sencilla en la práctica, las dificultades en la materialización del primero harán que se convierta en ilusorio el resarcimiento que tiene que asumir el empresario por esta vía de la responsabilidad patrimonial. Sea como fuere, en algún hipotético caso en el que se cumplieran los requisitos mencionados, ha de entenderse que, según el artículo 34.1 de la [Ley 40/2015](#), «serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare [...] el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa».

Todo ello sin olvidar la necesidad de una urgente intervención del legislador, previo diálogo social para atajar la inseguridad jurídica generada, al margen de que se pueda abrir un debate acerca de si la interinidad debiera tener una duración máxima en términos absolutos como ocurre hoy, tras la reforma de 2010, con las obras o servicios determinados, debate no exento de aristas y complejidades derivadas en particular del derecho de reserva del puesto de trabajo del sustituido<sup>79</sup>.

## 8. LAS PROLONGADAS Y SUCESIVAS INTERINIDADES DEL PERSONAL FUNCIONARIO O ESTATUTARIO

Una de las más grandes contradicciones intrínsecas de los laborales temporales, funcionarios internos o estatutarios eventuales, es la relativa a la excesiva duración en el tiempo de sus respectivos vínculos, pues en muchos casos llegan a adquirir el calificativo de «permanentes», provocando efectos indeseados tales como el de excluir puestos de carrera administrativa o de su selección conforme a los procedimientos ordinarios y más respetuosos con los principios de mérito y capacidad, así como el de dejar en las manos discrecionales o arbitrarias de la Administración la finalización de los reclutamientos o nombramientos hasta ahora sin ningún tipo de compensación económica o, cuando más, de escasa cuantía.

<sup>79</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «La crisis del modelo español de contratación temporal tras la sentencia europea De Diego», cit., pág. 132.

El **EBEP de 2007** afrontó directamente este problema, especificando una solución para las interinidades más numerosas (plazas vacantes), consistente en que tales plazas desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización (art. 10.4). El incumplimiento de esta cortapisa por parte de las Administraciones es patente hasta tal punto que el Tribunal Supremo ha relajado su exigencia ante las limitaciones derivadas de la tasa de reposición de efectivos<sup>80</sup>.

Por su parte, el **EM** establece, con mayor benevolencia, en su artículo 9 que «si se realizaran más de dos nombramientos (de personal estatutario eventual) para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro». De este modo, no existen límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de este personal.

En fin, para los laborales, el **artículo 15.3 del ET** dispone que «se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley», consecuencia de plena aplicación en el sector privado, pero matizada para el sector público a la luz de la consolidada doctrina judicial de los «indefinidos no fijos» a la que seguidamente se hará referencia, que resulta también de aplicación en todos los supuestos de reclutamiento laboral irregular y de contratación durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos temporales, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada.

## 8.1. LOS DENOMINADOS «INTERINOS DE LARGA DURACIÓN» O «INTERINOS ESTABLES»

El mismo día 14 de septiembre de 2016 se pronuncia, de nuevo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco relacionadas con una posible vulneración de la **Directiva 1999/70/CE** en dos supuestos acumulados: de un lado, acerca del cese de una empleada que había prestado servicios durante varios años en el Servicio Vasco de Salud, como personal estatutario eventual y con la categoría de auxiliar administrativo, mediante un nombramiento que había sufrido prórrogas hasta en 13 ocasiones y en el que solo se hacía mención genérica a necesidades del servicio sin encajar en ninguno de los tres supuestos permitidos en el artículo 9.3 del **EM** (**asunto Martínez Andrés, C-184/15**); de otro, en referencia a un arquitecto del Ayuntamiento de Vitoria, incorporado en el año 1993, primero con un contrato temporal, transformado en un vínculo funcional interino en 1998 para la realización de un proyecto de ordenación urbana, que se mantuvo, con algunos paréntesis, hasta el año 2012, más allá de la finalización de dicho proyecto (**asunto Castrejana López, C-197/15**).

<sup>80</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 2015 (rec. núm. 401/2014).

En el argumentario de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco subyace una propuesta de comparación con la figura del trabajador indefinido no fijo, elaborada, como después se verá, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para solventar los problemas resultantes de contratos de trabajo temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones públicas. Expone el órgano judicial remitente que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo solo se pronuncia en litigios relativos a funcionarios de carrera, por lo que no existe una jurisprudencia contencioso-administrativa uniforme en relación con el personal estatutario temporal o los funcionarios interinos de larga duración. Y, así, mientras «algunos tribunales niegan con carácter general la posibilidad de asimilar el personal estatutario temporal o los funcionarios interinos a los trabajadores indefinidos no fijos, existen otros supuestos en los que los efectos de la extinción de tal relación de servicio temporal han podido asimilarse a los resultantes de la extinción de una relación laboral indefinida no fija, en particular respecto de la obligación de reincorporación». Se plantea el tribunal español la conformidad con el tantas veces mencionado Acuerdo Marco y la Directiva 1999/70/CE «de una norma nacional o de una práctica judicial nacional, que no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual, ni a los funcionarios interinos, el derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones públicas»<sup>81</sup>.

En el primero de los asuntos mencionados considera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los motivos del artículo 9.3 del EM que permiten el reclutamiento temporal pueden entenderse en principio razonables en el marco de un sector de la actividad, la sanidad y más en concreto la pública, en el que existe un amplia rotación del personal por muy diversos motivos y el legislador nacional tiene margen de maniobra para regular una actividad de duración determinada a fin de garantizar «la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes», pero tal flexibilidad decae, desaparece y no es aceptable, a juicio del citado tribunal, cuando, tal y como dispone la normativa española, «los nombramientos de duración determinada» pueden renovarse «para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal fijo». Llega a la conclusión de que la normativa europea (cláusula 5.1 del Acuerdo Marco) se opone a que una norma nacional, como el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, introduzca tal ductilidad en los nombramientos de duración determinada que, en la práctica, se utilizan para cubrir puestos de trabajo que deberían estar ocupados por personal estable en cuanto que realmente atienden necesidades permanentes<sup>82</sup>.

Con mayor claridad se pronuncia el Tribunal Europeo en relación con el segundo asunto, pues entiende que se opone a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco la aplicación por los tribunales de un Estado miembro de una norma nacional de tal modo que, «en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se conceda a las personas que han

<sup>81</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», cit., pág. 852.

<sup>82</sup> <http://www.eduardorjotorrecilla.es/>

celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho Administrativo». De este modo, si no hay ninguna medida equivalente y eficaz de protección frente a la utilización abusiva del empleador frente a quienes prestan sus servicios en régimen de Derecho Administrativo de manera temporal sucesiva, encubriendo necesidades estables, «la asimilación de dicho personal con relaciones laborales de servicio de duración determinada conocidas como indefinidas no fijas, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta». En resumen, la consideración de «indefinida no fija» de una relación de servicios abusiva es tan válida en el Derecho Laboral como en el Derecho Administrativo, pese a que se había negado mayoritariamente hasta el momento por la jurisprudencia contencioso-administrativa. De este modo, se amplía el principio de prohibición útil del abuso del empleo temporal público, equiparando la técnica de la sanción de conversión en indefinida no fija en la relación de empleo laboral y en los nombramientos de tipo administrativo<sup>83</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía<sup>84</sup>, que reconoce a una trabajadora con diversos nombramientos temporales de sustitución y nombramientos eventuales para cobertura de festivos y vacaciones y de necesidades coyunturales en diversos hospitales el derecho a permanecer en su actividad de prestación de servicios para la Administración demandada hasta tanto el puesto de trabajo no se «provea de manera legal y reglamentaria», concepto que se utiliza, como después se verá, para penalizar la contratación laboral irregular.

## 8.2. LA EXTENSIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS TRABAJADORES «INDEFINIDOS NO FIJOS» A LA LUZ DE LOS ASUNTOS MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTREJANA LÓPEZ

Al calor de esta construcción del Tribunal Europeo, cabe traer a colación que la facultad de acudir a las vías de contratación laboral temporal, utilizada de forma arbitraria, descontrolada y abusiva por parte de las Administraciones públicas, ha estado en el origen de grandes problemas capaces de requerir la constante intervención de los tribunales, habida cuenta de que, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los principios constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: «El personal "indefinido no fijo" y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación», *RTSS.CEF*, núm. 404, 2016, pág. 32.

<sup>84</sup> STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Andalucía/Sevilla de 30 de septiembre de 2016 (rec. núm. 221/2016).

<sup>85</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas», en Garate Castro, J. (coord.), *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona: Bosch, 2004, págs. 30 y ss.

La solución no es fácil, y así lo muestra una evolución, la cual, como da cuenta la doctrina<sup>86</sup>, tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige. De este modo, y al menos en ocasiones, los tribunales afirmaban la primacía de los principios constitucionales sobre la presunción de estabilidad<sup>87</sup>, para defender, en otras, la aplicabilidad del ordenamiento laboral<sup>88</sup>, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas de selección) e indefinidos (convertidos en tales por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza, causa lícita de extinción del contrato<sup>89</sup>.

No obstante, esta figura de originaria creación jurisprudencial encontró un reconocimiento genérico (no exento de crítica) en el artículo 11.1 del **EBEP/2007**, reiterado en el actual **TREBEP**, a cuyo tenor, en función de la duración del contrato, el personal laboral podrá ser «fijo, indefinido o temporal». Aun cuando la incorporación de este referente tuvo por objeto atender a las peculiaridades del profesorado de religión que no es ni temporal ni fijo, y que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del artículo 61 del EBEP<sup>90</sup>, ciertamente el artículo 11.1 otorga carta de naturaleza a la figura del contrato indefinido no fijo, pero no le dota de un régimen jurídico básico delimitador de su estatuto jurídico específico<sup>91</sup>. Sin duda, el Derecho social de la Unión Europea había dejado algún tipo de margen para operar dicha legalización, pues dos sentencias del Tribunal de Justicia vinieron a sentar que «la Directiva 1999/70/CE no se opone a una normativa nacional que, en caso de abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por un empleador del sector público, excluye la transformación de estos en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido, siempre que exista otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo»<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> FOLGUERA CRESPO, J.: «Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, 1992, t. II, págs. 337 y ss. o MARTÍN PUEBLA, E.: «Trabajadores al servicio de la Administración (La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)», *Relaciones Laborales*, 1990, t. I, págs. 20 y ss.

<sup>87</sup> Entre muchas, SSTS, Sala de Social, de 8 de abril de 1986 (núm. 1316/1986), 11 de diciembre de 1987 (núm. 12810/1987), 28 de noviembre de 1988 (núm. 16407/1988) o 15 de junio de 1989 (núm. 11893/1989).

<sup>88</sup> STS, Sala de lo Social, de 26 de octubre de 1992 (rec. núm. 2561/1991).

<sup>89</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 7 de octubre y 30 de diciembre de 1996 (reces. nums. 3307/1995 y 637/1996), 20 de marzo de 1997 (rec. núm. 3171/1996) y 21 de enero de 1998 (rec. núm. 351/1997).

<sup>90</sup> La referencia no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27 de septiembre de 2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S de 21 de enero de 2007), sino que se incorporó durante la tramitación de este, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos. ARUFE VARELA, A.: «Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015, pág. 99.

<sup>91</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia», *Derecho Social*, núm. 67, 2015, pág. 23.

<sup>92</sup> SSTSJCE de 7 de septiembre de 2006, asuntos C-53/04 y C-108/04. LAHERA FORTEZA, J.: «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria», *Relaciones Laborales*, 2007, vol. I, págs. 587 y ss.

Y es que los mencionados condicionantes de mérito y capacidad impiden que la integración del personal laboral afectado por un reclutamiento irregular en el sector administrativo sea con carácter permanente, debiendo hacerlo en calidad –ya conocida– de «indefinido no fijo»<sup>93</sup>, *tertium genus* considerado constitucional por el máximo intérprete de la Norma Fundamental<sup>94</sup>, que intenta cohonestar el postulado de estabilidad en el empleo con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto–, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá<sup>95</sup>.

El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo lleva a plantear si ello obliga, de un lado, a la Administración o entidad pública de que se trate a la creación de la plaza, si esta no existiera, esto es, a su dotación presupuestaria, a la inclusión de la misma en los catálogos o plantillas o relaciones de puestos de trabajo, y a la puesta en marcha de la provisión reglamentaria mediante su inclusión en la oferta de empleo en las Administraciones públicas en sentido estricto o al inicio del correspondiente proceso de acceso en la entidad pública del sector empresarial o fundacional correspondiente. Y, de otro, si compele a amortizar la plaza.

Atendiendo a lo dispuesto en las Instrucciones de la Secretaría de Estado de Administraciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 28 de diciembre de 2012, para despejar este interrogante es preciso analizar «si se trata de una situación que obedezca a necesidades estructurales al ámbito administrativo o si la prestación de servicios obedecía a motivos coyunturales. En función del resultado de este análisis, se procederá bien a tramitar la amortización de la plaza, bien a su provisión mediante los mecanismos pertinentes. Una vez que la plaza haya sido cubierta por un trabajador fijo, se procederá a extinguir el contrato de trabajo del indefinido no fijo». De este modo, la puerta de entrada del trabajador en el sector público puede acabar convirtiéndose en una puerta giratoria de salida para ese mismo trabajador, que verá como la Administración amortiza el puesto o lo provee con una persona diferente<sup>96</sup>.

Conviene aquí abrir un breve paréntesis para recordar que la resolución anticipada del vínculo como indefinido no fijo por amortización de la plaza ha ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la utilización de los artículos 51 y 52 c) del

<sup>93</sup> STSJ, Sala de lo Social, de Castilla y León/Valladolid de 9 de noviembre de 2011 (rec. núm. 1693/2011).

<sup>94</sup> ATC 122/2009, de 28 de abril.

<sup>95</sup> MOLINA HERMOSILLA, O.: «Balance de la aplicación de la reforma laboral en materia de despidos colectivos en la Administración», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2013, pág. 49.

<sup>96</sup> REVILLA ESTEVE, E.: «Problemas actuales del régimen de personal en contratos de obras y servicios de las Administraciones Públicas», *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016, pág. 94, que cita Instrucciones coincidentes en el contenido promulgadas por otras Administraciones, como pueden ser la Recomendación de la Junta de Andalucía 1/2012, de 4 de diciembre, en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios, del Gobierno de Aragón 1/2013 o de la Biblioteca Nacional de España de 26 de febrero de 2015.

ET (despido colectivo u objetivo) con el abono de la pertinente indemnización (20 días de salario por año de servicio)<sup>97</sup> o considerar que dicha exigencia es innecesaria al ser de aplicación el [artículo 49.1 b\) del ET](#)<sup>98</sup>, entendiendo en este último supuesto que se materializa una «causa consignada válidamente en el contrato», como acontecía con los vínculos de interinidad por vacante, que resultan extinguidos, tanto si se cubre la plaza de forma reglamentaria como si se produce su cancelación.

El Tribunal Supremo se pronunció, en un primer momento, sobre esta cuestión litigiosa considerando que la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla encuentra como causa de extinción la consignada en el contrato al amparo del [artículo 49.1 b\) del ET](#), sin derecho por tanto a indemnización. Entendía el Alto Tribunal que este tipo de contrato es una medida que sanciona el uso abusivo por parte de la Administración de la contratación temporal al poner fin a la sucesión contractual mediante la consolidación estable de una situación que terminará con la amortización o con la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario<sup>99</sup>, máxime cuando el trabajador que se encuentra en esta situación no queda indefenso, porque frente a la no convocatoria de la plaza, tiene acción para pedirla, y frente a las decisiones de amortización, tiene la posibilidad de impugnarlas<sup>100</sup>.

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo ha matizado este criterio. No cabe olvidar que al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo, la [Ley 3/2012](#) evidencia, implícitamente, que para el legislador el indefinido no fijo precede al fijo en el orden de los despidos colectivos. Dicho en otros términos, parece que la nueva [disposición adicional 16.ª del ET](#) viene a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización previstos para la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas. De no admitirse esta conclusión, sería muy difícil responder el interrogante relativo al significado de la regla de preferencia o explicar respecto de quién tiene prioridad de permanencia el empleado público laboral fijo. Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, como ya consta, aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones públicas, no en vano la [Directiva 1999/70/CE](#) deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos<sup>101</sup>, la verdad es que acto seguido

<sup>97</sup> STS, Sala de lo Social, de 8 de julio de 2012 (rec. núm. 2341/2011) y SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2003, de Castilla y León/Valladolid de 9 de septiembre de 2003 (núm. 7824/2003) o de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2002 (núm. 979/2002).

<sup>98</sup> STS, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2002 (rec. núm. 3191/2001).

<sup>99</sup> No es admisible la cobertura provisional de la plaza sin que haya salido a concurso. STS, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2013 (rec. núm. 2844/2012).

<sup>100</sup> STS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2013 (rec. núm. 1380/2012). Con anterioridad, en el mismo sentido, aun cuando se trataba de autos de inadmisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina, por falta de identidad entre las resoluciones que se recurren y las ofrecidas como de contraste, AATS, Sala de lo Social, de 24 de marzo y 14 de julio de 2011 (rec. núm. 4/2010).

<sup>101</sup> STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adeneler y otros*.

exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades<sup>102</sup>. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español quedaba forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal.

Ahora bien, pese a esta lógica argumentación, el Tribunal Supremo adoptó al principio una solución intermedia, reconociendo el derecho a la indemnización por finalización de contrato temporal establecida en el [artículo 49.1 c\) del ET](#) (12 días de salario por año de servicio)<sup>103</sup>, para después admitir la interpretación más correcta, exigiendo la aplicación de los [artículos 51 y 52 c\) del ET](#) y el pago de las indemnizaciones correspondientes (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades) en los supuestos de amortización de las plazas de los indefinidos no fijos<sup>104</sup>. La extinción de los contratos supondrá, pues, el despido por causas económicas u organizativas.

En cambio, el Tribunal Supremo ha entendido que si la terminación del vínculo indefinido no fijo no se produce por amortización de la plaza sino que «se lleva a cabo a causa de la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba, pasando a desempeñar esa actividad en el puesto otra persona que ha superado el oportuno concurso, sujeto este a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, etc., nada tiene que ver con un despido, sino con un cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa consignada válidamente en el contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 b) TRET», si bien reconociendo, en atención a su peculiar condición, el derecho a la indemnización prevista para la terminación de los contratos temporales en el [artículo 49.1 c\) del ET](#) (12 días de salario por año de servicio), entendiendo que el nexo está sometido a término<sup>105</sup>. En la aplicación de ese montante compensatorio a los trabajadores indefinidos no fijos no dejó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de vincular su decisión al Acuerdo Marco y a la Directiva 1999/70/CE, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, con la perspectiva de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco (y no con la del principio de no discriminación de su cláusula 4, apartado 1), considera que «constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos»<sup>106</sup>, al igual que aplicó la directiva mencionada para reconocer a dichos trabajadores el derecho a participar en concursos de traslado en las mismas condiciones que los trabajadores fijos<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

<sup>103</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 23 de octubre de 2013 (rec. núm. 814/2013).

<sup>104</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2014 (rec. núm. 3081/2014), [24 de junio de 2014 \(rec. núm. 217/2013\)](#), [14 de julio de 2014 \(rec. núm. 2057/2013\)](#), 19 de febrero de 2015 (núm. 703/2015) y 19 de junio de 2015 (núm. 4549/2015).

<sup>105</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2015 (rec. núm. 2156/2014), [21 de julio de 2015 \(rec. núm. 2672/2014\)](#), [6 de octubre de 2015 \(rec. núm. 2592/2014\)](#), 4 de febrero de 2016 (rec. núm. 2638/2014) y [7 de noviembre de 2016 \(rec. núm. 755/2015\)](#).

<sup>106</sup> ATJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, *Medialdea*.

<sup>107</sup> STS, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2016 (rec. núm. 134/2015).

Por tanto, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina consolidada en la que reconoce el derecho a indemnización para la extinción de la vinculación de los indefinidos no fijos distinguiendo en cuanto a su cuantía según la causa por la que se produce esta: si por amortización del puesto de trabajo (cuantía equiparada a despido objetivo procedente –20 días–) o si por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo (como terminación de contrato temporal –12 días–)<sup>108</sup>. Ahora bien, atendiendo a los nuevos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en ambos casos, tanto cuando la extinción se produce por amortización como por cobertura de la plaza, la indemnización debería ser de 20 días.

De un lado, esta categoría de los indefinidos no fijos puede ser trasladable, a la luz de la nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a los funcionarios interinos y estatutarios eventuales de larga duración que atienden tareas estables y posiblemente también a la prolongación indebida de situaciones temporales, en particular a través de la comisión de servicios y la adscripción provisional<sup>109</sup>. La invitación a traspasar la doctrina social al contencioso-administrativo no puede ser más clara<sup>110</sup>, si bien deja la puerta a la posible existencia de otra medida equivalente y eficaz en el ordenamiento interno que pudiera actuar como sanción, y que haría que la directiva no se opusiera a una normativa nacional que contemplara tal medida. No hay que olvidar, de un lado, que no es de aplicación directa la cláusula 5.1 del **Acuerdo Marco**, pues supone para los Estados miembros una obligación de fines, esto es, conseguir prevenir los abusos en la contratación temporal, de modo que los legisladores internos tienen un margen de apreciación a la hora de establecer una adecuada respuesta al abuso en la temporalidad. Y, de otro, que no existe en nuestro ordenamiento previsión alguna de indemnizaciones por cese para los funcionarios de carrera ni para el personal estatutario fijo, dado su régimen de «inamovilidad» y su «derecho al cargo» que impide un cese unilateral por parte de las Administraciones públicas.

La conversión del personal funcionario o estatutario interino irregularmente reclutado en personal fijo choca frontalmente con los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en relación con la equiparación de los jueces interinos con los jueces de carrera<sup>111</sup>. Teniendo en cuenta que, como ya consta, lo previsto en la cláusula 5 del **Acuerdo Marco** no es aplicable directamente, la consecuencia podría ser que en los casos concretos el órgano judicial contencioso-administrativo deduzca una responsabilidad en virtud de la **Ley 40/2015** por daños que el particular no tiene el deber de soportar, producidos por el funcionamiento del servicio público, y que ello pueda hacerlo en el marco del mismo proceso<sup>112</sup>, aunque, en puridad, habría que tramitar un expediente administrativo y, en su caso, una posterior demanda.

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La saga de Diego Porras: lo que es y lo que no es», [www.grupo.us.es](http://www.grupo.us.es).

<sup>109</sup> ARROYO YANES, L. M.: *El acceso al empleo público y la condición funcionarial: nuevas perspectivas para su regulación*, Barcelona: Atelier, 2016, pág. 33.

<sup>110</sup> MIRANDA BOTO, J. M.: «El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes», cit., pág. 831.

<sup>111</sup> SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de junio de 2015 (rec. núm. 154/2014) y 30 de marzo de 2016 (rec. núm. 891/2014).

<sup>112</sup> STJUE de 19 de noviembre de 1999, asunto C-296/91, *Francovich*.

Pero esta solución singular no será la mejor vía para remediar la incorrecta transposición a nuestro ordenamiento de la cláusula 5 del [Acuerdo Marco](#) en lo que respecta a los abusos en los nombramientos temporales sucesivos de funcionarios interinos o personal estatutario temporal, pues el principio de efectividad impide imponer a una persona cuyo reclutamiento ha sido calificado como abusivo la obligación de plantear una nueva acción judicial para que se determine la sanción apropiada, «en la medida en que se derivan inconvenientes procesales en forma de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión»<sup>113</sup>. Resulta, pues, urgente una corrección por el legislador de ese defecto de transposición que es un incumplimiento de los deberes que al Estado impone la [Directiva 1999/70/CE](#), y ello mediante medidas sancionadoras efectivas y disuasorias que impidan el uso abusivo del empleo administrativo temporal y, en su caso, hagan posible el resarcimiento de los daños producidos por ese uso con remisión a los remedios ya utilizados en la vía social o a otros que pudieran ser efectivos. Tal intervención legislativa evitaría, a la postre, la obtención efectiva de las indemnizaciones correspondientes<sup>114</sup>, también para evitar la inseguridad jurídica que puede derivar de dejar la solución del tema a la discusión de los órganos judiciales que pueden tener opiniones no homogéneas<sup>115</sup>.

## 9. CONCLUSIONES. LA IMPORTANCIA DE LA PLANIFICACIÓN

No es casual que en las tres sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 se hayan resuelto concretas situaciones de excesos en el reclutamiento temporal por parte de las Administraciones públicas, uno de los ámbitos donde la inestabilidad y rotación de efectivos es en exceso elevada, pero las interpretaciones sentadas, pese al avance que incorporan, no resuelven el problema estructural de fondo.

Por una parte, el recurso a la figura de los trabajadores indefinidos no fijos no solo para las irregularidades en el ingreso del personal laboral temporal sino también en la utilización abusiva de funcionarios interinos y estatutarios eventuales hará que continúen engordando situaciones de provisionalidad, atendiendo a las siguientes razones: en puridad, se trata de una forma de relación *a termino*<sup>116</sup>, a partir de la cual se pretende ofrecer una equilibrada aplicación de la normativa so-

<sup>113</sup> GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA, X.: «La contratación temporal y el TJUE», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016.

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por la finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016», cit., pág. 872.

<sup>115</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «De nuevo sobre la temporalidad en el empleo público y la Directiva 1999/70», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2016, pág. 5.

<sup>116</sup> VALVERDE ASENCIO, A. J.: «La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública», *Temas Laborales*, núm. 86, 2006, pág. 219 o SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», cit., pág. 122.

cial y administrativa, logrando la cohabitación, por un lado, del principio de permanencia en el empleo y, por otro, del general en la consolidación de plazas públicas a través de pruebas capaces de demostrar mérito y capacidad, pero en realidad queda supeditada al desarrollo de un comportamiento correcto y responsable por parte del organismo público (por tanto, una condición implícita) en aras de cubrir o amortizar, en plazo, la vacante ocupada provisionalmente de manera anómala, máxime cuando el indefinido no fijo termina ocupando una plaza espectral, que ni tiene que constar en la relación de puestos de trabajo, ni en la oferta de empleo público, pudiendo, en función de lo que decida la propia Administración, extenderse en el tiempo *sine die* o darse por terminada con celeridad en este último caso con indemnización (ahora) de 20 días, bien ante la incorporación de quien haya superado las pruebas de acceso, bien por amortización. De ahí la conveniencia de una rápida intervención normativa sobre la materia que habilite mecanismos de sanción y proporcione una salida compatible entre la consolidación y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, capaz de tener en cuenta la posición tradicional del Tribunal Constitucional fundamentada en dos pilares<sup>117</sup>: uno, el carácter ineludible de las pruebas de acceso; y, dos, la existencia de muchas matizaciones para el establecimiento de pruebas restringidas en las que la valoración de los servicios previos resulten determinantes de la decisión sobre el ingreso<sup>118</sup>.

Por otra parte, tampoco conviene centrar exclusivamente el debate en la indemnización a percibir por los efectivos temporales a la finalización de su vínculo, pues no implica la solución correcta al tratar por igual a los reclutamientos temporales justificados y a los abusivos, sin que ello constituya un auténtico desincentivo a estos últimos<sup>119</sup>.

Es necesario, pues, apostar por una gestión de los recursos humanos destinados a la prestación de servicios públicos convenientemente diseñada, planificada y negociada, en la que, partiendo de una preferencia por el modelo de personal funcionario, se determinen los efectivos necesarios para cubrir los puestos habilitados, suficientemente capacitados, formados y remunerados para llevar a cabo las distintas actividades de interés general con eficacia y eficiencia, admitiendo exclusivamente el reclutamiento temporal en los casos debidamente justificados y sancionando con contundencia la celebración de vínculos a término abusivos, incluyendo la responsabilidad personal de quienes adopten tales decisiones.

La reflexión final, ya adelantada, se reitera ahora: es necesario que el legislador español dote al empleo público de las debidas garantías que eviten los abusos en la incorporación temporal de efectivos, pues en caso contrario no es descartable que, de proseguir la cadena de sentencias, la Comisión Europea inicie un procedimiento contra España por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la [Directiva 1999/70/CE](#)<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> STC 111/2014, de 26 de junio.

<sup>118</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: «A propósito de las Sentencias del TJUE y la Administración Pública», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 923, 2016, BIB 2016/9052.

<sup>119</sup> [www.jesusacruzvallalon.blogspot.com](http://www.jesusacruzvallalon.blogspot.com)

<sup>120</sup> MIRANDA BOTO, J. M.: «El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes», cit., pág. 833.

