EL FUNCIONARIO INTERINO EN LA JURISPRUDENCIA: SOBRE LA NECESIDAD DE REPENSAR LA FIGURA*

TEMPORARY OFFICIALS IN THE JURISPRUDENCE: ON THE NEED TO RETHINK THE LEGAL CONCEPT

Josefa Cantero Martínez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha
Josefa.cantero@uclm.es

Recibido: 11/4/2017 Aceptado: 23/5/2017

© 2017 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)

Laburpena: Lan honetan hausnarketa bat egin nahi dut aldi baterako funtzionarioari eta, araubide juridikoaren eraketan, hark aldi baterako langileak babesteko Batasuneko araudian daukan eraginari buruz (*1999/70/EK Zuzentaraua, iraupen jakineko lanari buruzko CES, UNICE eta CEEPen oinarrizko hitzarmenari lotutakoa*). Halaber, azken urteetan araudi hori aplikatuz eman den jurisprudentziarik garrantzitsuena aztertzen da. Horren guztiaren ondorioz, aldi baterako funtzionarioaren araubide juridikoa birformulatu eta argitu behar da, eta administrazioak funtzionario mota berezi horri eman dion gehiegizko erabilerari buruz hausnartu behar da. Ildo horretatik, lehenengo urratsak ematen ari dira administrazioko aldi baterakotasunaren arazoari heltzeko, 2017ko martxoaren 29an *Enplegu publikoa hobetzeko erabakia* sinatuta.
Gako-hitzak: aldi baterako funtzionarioa, karrerako funtzionarioa, aldi baterakotasuna, Batasuneko jurisprudentzia, finkatzeko prozesuak, bereizkeriarik ezaren printzipioa.

Resumen: En este trabajo pretendo realizar una reflexión sobre la figura del funcionario interino y la influencia que, en la conformación de su régimen jurídico, está teniendo la normativa comunitaria sobre protección de los trabajadores temporales (Directiva *1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada*). Asimismo, se analiza la jurisprudencia más relevante dictada en los últimos años en aplicación de la mencionada normativa. Fruto de todo ello debe ser una reformulación y clarificación del régimen jurídico del funcionario interino, así como una reflexión sobre la utilización desmedida que ha realizado la Administración de esta peculiar figura funcionarial. En este sentido, ya se están dando los primeros pasos para abordar el problema de la temporalidad en la Administración con la firma del *Acuerdo para la mejora del empleo público* el 29 de marzo de 2017.
Palabras clave: funcionario interino, funcionario de carrera, temporalidad, jurisprudencia comunitaria, procesos de consolidación, principio de no discriminación.

Abstract: In this paper I intend to reflect on the legal concept of temporary official and the influence of Community legislation on the protection of temporary workers (Directive 1999/70/EC on the Agreement Framework of ETUC, UNICE and CEEP on fixed-term work). It also analyzes the most relevant jurisprudence issued in recent years in application of the aforementioned legislation. The result of all this must be a reformulation and clarification of the legal regime of the temporary official, as well as a reflection on the excessive use that has made the Administration of this peculiar legal concept in the case of officials. In this sense, the first steps are already being taken to address the problem of temporality in the Administration with the signing of the Agreement for the improvement of public employment on March 29, 2017.
Keywords: temporary official, career official, temporality, community jurisprudence, consolidation processes, non-discrimination principle.

* Trabajo realizado en el seno del Proyecto de Investigación de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad DER2014-55501-R, titulado «La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea. Nuevos retos y desafíos para una gestión sostenible y para la cooperación sanitaria entre Estados».

Sumario

1. Introducción.—2. La «duración determinada» del vínculo que une al funcionario interino con la Administración como nota esencial en la configuración de su régimen jurídico.—3. La pregunta básica: ¿qué derechos del funcionario de carrera son adecuados a la naturaleza de su condición? Algunas disfunciones.—4. Un elemento más a tener en cuenta: la aplicación del principio comunitario de igualdad entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. Sus efectos. 4.1. Reconocimiento a los funcionarios interinos del derecho a recibir trienios. 4.2. Reconocimiento del derecho a los incentivos y complementos retributivos correspondiente a la carrera horizontal. 4.3. Reconocimiento de los «servicios previos» para el ejercicio del derecho a la promoción interna. 4.4. Reconocimiento del derecho a la aplicación de medidas equivalentes a las que existen en el ámbito de la contratación laboral en el supuesto de que se hayan producido nombramientos abusivos. 4.5. Y, en general, limitación de las potestades autoorganizatorias de la Administración.—5. Algunas ideas para el debate y orientaciones para el legislador.—6. Apuntes sobre los inminentes procesos de consolidación derivados del *Acuerdo para la mejora del empleo público*.—7. Bibliografía.

1. Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico ha configurado clásicamente al funcionario interino como una concreta modalidad de empleados públicos que se caracteriza por la temporalidad del vínculo que mantiene con la Administración, por desempeñar puestos que corresponden a los funcionarios de carrera y por estar sometido a normas de Derecho Administrativo[1]. Sólo puede ser nombrado por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, cuando se dé alguno de los supuestos tasados establecidos en la ley. De hecho, nuestro legislador ha dispuesto la aplicación del régimen aplicable a los funcionarios de carrera sólo cuando ello sea compatible con su naturaleza, esto es, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su especial condición como figura no permanente y excepcional (art. 10.5 del TREBEP).

Sin embargo, la Directiva *1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada* (en adelante, Acuerdo marco), ha supuesto un punto de inflexión en esta materia. Se entiende que, de la mera naturaleza temporal del vínculo que une al funcionario interino con la Administración, no se pueden derivar diferencias respecto del régimen aplicable al funcionario de carrera. Con la interpretación jurisprudencial del Acuerdo marco realizada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se están produciendo importantes avances en la ordenación de esta figura que han afectado especialmente a sus derechos retributivos, a sus derechos de carrera y al régimen de situaciones administrativas. Tampoco el cese del interino en caso de uso abusivo de sus nombramientos o las potestades autoorganizativas de la Administración quedan al margen de esta normativa comunitaria.

Puede decirse que el régimen jurídico del interino se encuentra actualmente sometido a un importante proceso de transformación. La jurisprudencia está haciendo evolucionar su estatus jurídico (Palomar Olmeda, 2016). Por una parte, propende a su asimilación con el régimen jurídico del funcionario de carrera en aplicación del principio comunitario de no discriminación entre empleados temporales y empleados fijos comparables. Por otra parte, y al mismo tiempo, la jurisprudencia está explicitando y ampliando también para el personal funcionarial temporal el carácter tuitivo y protector que caracteriza al Derecho Laboral[2] (García Murcia, 2016).

En fin, la irrupción de la normativa comunitaria en el ámbito del empleo público ha supuesto la introducción jurisprudencial de cambios de gran calado en el régimen jurídico del funcionario interino que bien merecen una reflexión y que, en todo caso, deberían ser recogidos por el legislador, aunque sólo sea por razones de seguridad jurídica.

Esta reflexión, además, resulta especialmente oportuna en este concreto momento histórico, en la medida en que esta jurisprudencia ha permitido evidenciar el importante problema de la temporalidad de nuestro empleo público, especialmente grave en el ámbito educativo y sanitario. Aunque las cifras no son coincidentes ni exactas por las dificultades que existen para computar a este colectivo, se calcula que existen entre 250 y 300 mil empleados públicos temporales en las Administraciones Públicas[3]. En todo caso, aunque en estas cifras globales se incluirían, no sólo los funcionarios interinos, sino también el personal estatutario eventual y los contratados laborales temporales, nuestro estudio se va a limitar a las relaciones de Derecho público y casi exclusivamente al interinaje funcionarial.

No sólo se ha iniciado un proceso de reflexión sobre la temporalidad en la Administración, sino que, además, se han empezado ya a adoptar las prime-

Núm. 12 zk./2017. Págs. 8-29 or.
ISSN: 2173-6405

ras medidas. En este sentido, puede mencionarse el *Acuerdo para la mejora del empleo público,* firmado por el Gobierno y los sindicatos el día 29 de marzo de 2017; la aprobación del *Real Decreto-ley 6/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas para 2017*, o la negociación para la inclusión de miles de plazas nuevas en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017.

Para analizar el porcentaje de interinidad en estos sectores y ámbitos esenciales y adoptar medidas de forma inmediata se acaba de suscribir, efectivamente, un Acuerdo histórico entre el Gobierno de la nación y los principales sindicatos (CC.OO., UGT y CSI-F), lo que nos puede dar idea de la intensidad y dimensión del problema. Este *Acuerdo para la mejora del empleo público* pretende buscar fórmulas que refuercen la estabilidad de las plantillas en estos servicios y hacer un seguimiento de su evolución con la intención de que las tasas de temporalidad en la Administración se mantengan siempre por debajo del 8% de las plantillas. Para ello se ha creado un grupo de trabajo encargado de realizar un seguimiento jurisprudencial de la doctrina referida a la temporalidad en el ámbito de las distintas Administraciones Públicas. Asimismo, como fórmula de actuación más inmediata, se habilita a las Administraciones para que puedan convocar en determinados sectores las plazas que, desde hace al menos tres años, vengan estando ocupadas por personal con una vinculación temporal. El objetivo a conseguir es que, a lo largo de los próximos tres años, se reduzcan al menos en un 90% las plazas ocupadas de forma temporal en la Administración[4]. Pues bien, de ello nos ocuparemos en las siguientes páginas.

2. La «duración determinada» del vínculo que une al funcionario interino con la Administración como nota esencial en la configuración de su régimen jurídico

La nota esencial que ha caracterizado clásicamente al funcionario interino es su marcado carácter temporal, la duración determinada y temporalmente acotada del vínculo que le une con la Administración. Es más, sólo puede ser nombrado por razones de necesidad y urgencia cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: la existencia de plazas vacantes, la sustitución transitoria de los titulares, la ejecución de programas de carácter temporal o el exceso o acumulación de tareas. Se trata de una figura que, precisamente por no tener carácter permanente, aporta flexibilidad a la gestión administrativa y permite el correcto funcionamiento de los servicios públicos, evitando que la actuación de la Administración al servicio de interés general pueda verse comprometida o quedar paralizada por falta de empleados.

En comparación con situaciones pasadas, el actual marco jurídico del interinaje funcionarial es muy completo, sobre todo si lo comparamos con el establecido en la legislación precedente, en el art. 5 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (Texto Articulado aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero). Al ser la temporalidad de su vínculo con la Administración la nota más esencial de su régimen jurídico, el legislador ha regulado intensamente todo lo relativo a su nombramiento y cese. Dado que se trata de una figura causal y temporal, su nombramiento debe realizarse únicamente cuando concurra alguno de los supuestos tasados previstos y atendiendo a procedimientos ágiles pero que, en todo caso, deben respetar también los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Asimismo, hemos regulado con gran detalle su cese, intentando limitar algunos comportamientos arbitrarios que en ocasiones se han producido en la Administración.

Como regla general, el cese tiene que producirse cuando finalice la causa que motivó el nombramiento. Si se trata de nombramiento de interinos para la cobertura de plazas vacantes existe además un mandato imperativo para la Administración. O bien la Administración amortiza dicha plaza o bien está obligada a incluirla en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la del siguiente ejercicio. Obligar a la Administración a incluir estas plazas en la oferta de empleo público es la medida idónea para evitar el abuso de esta figura y cumplir con las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco comunitario. En los supuestos de nombramiento de un interino por sustitución de un funcionario de carrera, el cese se debe producir cuando se produce la incorporación del funcionario titular. También en estos casos es posible su cese cuando la Administración, en virtud de su potestad de autoorganización, justifique de forma motivada que han desaparecido las razones de necesidad y urgencia que motivaron su nombramiento y que constituyeron los presupuestos habilitantes de

este (STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4.ª).

Para el resto de aspectos relativos a su régimen jurídico el legislador ha sido mucho más parco. Ha establecido una mera remisión general para la aplicación del mismo régimen que se aplica a los funcionarios de carrera en todo aquello que sea compatible con su naturaleza jurídica y en torno a esta especial naturaleza hemos construido todo su régimen jurídico. A ello se refiere expresamente el art. 10.5 del Real Decreto Legislativo al señalar que, a los funcionarios interinos, les resulta aplicable el mismo régimen general de los funcionarios de carrera «*en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*».

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

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

Esta especial naturaleza, por ejemplo, justifica las especialidades que existen en cuanto a su acceso a la Administración y determinan la imposibilidad de aplicación de algunos de los procesos selectivos legalmente previstos. Buena muestra de ello nos da la STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª. En ella se declara nuevamente que la transitoriedad propia de su nombramiento y el carácter no permanente de su vínculo inciden necesariamente en la forma en que tales funcionarios han de ser elegidos y nombrados, puesto que, si van a ocupar temporalmente y por razones de urgencia plazas destinadas a los funcionarios de carrera, el procedimiento para su designación debe ser ágil, ya que, en otro caso, tales nombramientos perderían su razón de ser. Este planteamiento, por ejemplo, ha llevado a la STSJ de Valencia de 17 de junio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2.ª, a anular un procedimiento de selección de interinos que había previsto un período de prácticas previo para su nombramiento. Dada la agilidad que exige la ley para el nombramiento de interinos, se concluye que establecer un período de prácticas previo a su nombramiento es contrario a la naturaleza propia de esta figura funcionarial.

Sucede, no obstante, que en los últimos años el propio legislador y la propia Administración han terminado pervirtiendo o desnaturalizando parcialmente esta especial naturaleza temporal, excepcional y de urgencia. El legislador ha incorporado algunos supuestos que, en principio, poco tienen que ver con ella, posiblemente buscando una especial flexibilidad y sin tener que someterse a las exigencias, condicionantes y cautelas del Derecho Laboral. Sólo ello explica la especial ampliación que se ha producido de esta figura y su extensión a otros supuestos que poco tienen que ver con su clásica naturaleza extraordinaria, básicamente de sustitución y cobertura temporal de puestos propios del funcionario de carrera. Así sucede, por ejemplo, con el nombramiento para la ejecución de programas de carácter temporal puesto que, si sumamos las prórrogas, pueden extenderse hasta 4 años en la Administración, o con el exceso o acumulación de tareas, aunque en estos casos nuestro legislador ha sido mucho más tajante al fijar un plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. Por otra parte, la Administración, por diferentes razones —y en no pocas ocasiones— ha realizado una utilización abusiva o fraudulenta de esta figura, si usamos la terminología que se usa en la jurisprudencia comunitaria a la que después nos referiremos.

3. La pregunta básica: ¿qué derechos del funcionario de carrera son adecuados a la naturaleza de su condición? Algunas disfunciones

Para determinar el régimen que resulta aplicable al funcionario interino lo primero que tenemos que conocer es cuál es precisamente esta especial naturaleza que lo caracteriza. La jurisprudencia, tal como acabamos de apuntar, ha resaltado los rasgos característicos de esta clase de personal, su naturaleza específica: la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio, toda vez que se trata de cubrir una necesidad transitoria de la Administración; la ocupación y desempeño de puestos de trabajo propios del funcionario, por lo que no pueden cubrirse mediante contratos laborales temporales y su participación sólo de manera temporal en la Función Pública, sin incorporarse de manera definitiva a la misma, por lo que esta modalidad de empleados públicos no participan de la nota de la seguridad en el empleo (STSJ de Cataluña de 2 de julio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

Hasta ahora nos habíamos formulado una pregunta teórica para decidir si las distintas instituciones funcionariales resultaban o no aplicables al interino. Así, decíamos, ¿es compatible el reconocimiento de trienios a los interinos con su especial naturaleza jurídica? ¿Hay que reconocer a los interinos el mismo régimen de situaciones administrativas que se aplica a los funcionarios de carrera? ¿Podemos reconocer a los docentes interinos sexenios de investigación? Nuestra respuesta clásica, con buena lógica, era negativa. Estas instituciones son propias del funcionario de carrera en la medida en que algunas de ellas, como las situaciones administrativas, al menos en su origen, derivan de la propia inamovilidad del vínculo que une al funcionario de carrera con la Administración y de su permanencia en la organización. Al ser el interino una figura temporal y excepcional, la mera posibilidad de que puedan estar en la Administración durante varios años resultaría, cuando menos, un planteamiento teórico privado de toda lógica. Este mismo razonamiento lo hemos extendido y utilizado para resolver sobre la aplicación del resto de instituciones funcionariales.

Sin embargo, este planteamiento ya no puede mantenerse en la actualidad. Hemos de reformular nuestra pregunta y sustituirla por la siguiente: ¿realmente existen razones objetivas y justificadas para no aplicar al interino el mismo régimen aplicable al funcionario de carrera? Este cambio conceptual obedece a múltiples razones. Sin duda, la normativa comunitaria sobre el trabajo temporal y su interpretación jurisprudencial han tenido una importancia singular en este cambio. Pero ha habido otros factores más. En primer lugar, porque se ha producido una desnaturalización de esta figura. En algunos ámbitos sectoriales, especialmente en el ámbito educativo y en el sanitario, es muy frecuente que los funcionarios interinos lleven varios años prestando servicios en la Administración. En estos casos se produce un desfase entre la propia realidad y el texto de la ley. Esto incluso ha dado lugar a que se hable en algunos ámbitos de la figura del «interino de larga duración». Ante esta nueva realidad resulta obvio que la respuesta negativa que dábamos en principio a esta pregunta ya no puede seguir siendo la misma por puras razones de justicia material y así lo vino a reconocer, primero la jurisprudencia comunitaria, y luego el propio legislador básico estatal en el año 2007 con la redacción del art. 25 del EBEP y el reconocimiento de los trienios también para los interinos.

En segundo lugar, porque el propio legislador ha contribuido expresamente a ello al ampliar considerablemente esta figura que, al menos en su configuración originaria, se caracterizaba por su excepcionalidad y su carácter temporal y urgente. Así sucede, por ejemplo, con la posibilidad de recurrir a ella para la realización de programas de carácter temporal y que pueden suponer el mantenimiento legal del interino durante 4 años en la Administración, incluso cambiando de unidad, o con su nombramiento para realizar los acúmulos de tareas, aunque en este caso su duración está bastante más acotada en el tiempo. En este sentido, esta ampliación, no sólo busca una mayor flexibilidad en la gestión de esta figura sometida al Derecho público[5], sino que también viene en parte condicionada por la reserva de funciones que impliquen autoridad y salvaguarda de intereses públicos a la figura del funcionario. Determinados puestos en la Administración no pueden ser desarrollados por contratados laborales.

En realidad, la introducción de la figura del interinaje para la realización de programas temporales y por acumulación de tareas es una forma de funcionarizar o de «publificar» lo que de otra manera deberían ser contratos laborales temporales, especialmente contratos para obra o servicio determinados. El interinaje ha resultado especialmente cómodo para la Administración por la propia flexibilidad que permite el Derecho público y porque no genera derechos patrimoniales para el funcionario que ocupa la plaza. Es, al

fin y al cabo, una forma de reintroducir en la Administración una figura similar al ya extinto «contrato administrativo» que, por cierto, fue suprimido porque dejaba a los empleados en una situación de absoluta precariedad.

De esta manera, en un contexto difícil de reducción del gasto público se posibilita que puedan destinarse recursos a aquellas unidades deficitarias de personal. Significa ello que el interino se ha convertido especialmente en estos últimos años en una figura muy cómoda para la Administración, que puede utilizar con amplios márgenes de libertad allí donde necesite personal y que puede cesar cómodamente sin que ello le genere obligación alguna de indemnizar[6]. Su utilización puede resultar incluso ahora mucho más interesante para la Administración para evitar los posibles efectos de la nueva jurisprudencia comunitaria derivada del asunto De Diego Porras para los contratos laborales de interinidad. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (Sala Décima), asunto C-596/14, que ha creado un nuevo derecho indemnizatorio para los empleados públicos laborales que mantengan un contrato de interinidad por sustitución[7].

En tercer lugar, en los últimos años se ha intensificado todavía más su utilización debido a la situación de crisis económica y a las limitaciones tajantes para la incorporación de nuevo personal que supone la fijación anual de la llamada tasa de reposición de efectivos. La política de la tasa de reposición ha contribuido a agravar notablemente el problema de la interinidad en la Administración. Esta política, pensada fundamentalmente en el ahorro en gastos de personal, ha sido especialmente desafortunada. Desnaturaliza la estructura de nuestro sistema de incorporación en condiciones de mérito e igualdad a la función pública, permitiendo que el personal interino se mantenga indefinidamente en su puesto de trabajo, sin permitir que adquiera la condición de funcionario a quien demuestre tener más mérito y capacidad y así lo acredite en un proceso en condiciones de igualdad. Desnaturaliza también la institución del interinaje que, como hemos señalado, se caracteriza por su carácter estrictamente temporal. Conduce directamente hacia la figura que se ha dado en denominar «interino de larga duración». El propio Tribunal Constitucional mencionó esta expresión para referirse en ese supuesto concreto a una funcionaria que había prestado servicios en la Administración durante más de 5 años (Ocaña Escolar, 2013).

El hecho de que la Ley de Presupuestos correspondiente no permita sacar en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por interinos permite que la Administración pueda cubrir todas las plazas vacantes con este tipo de funcionarios, sin límite en cuanto a su incorporación y cese, convirtiendo en ordinaria la provisión del puesto por interino, cuando es claramente extraordinaria (STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). En todo caso, no hemos de olvidar que la hipertrofia que se ha producido en su utilización se ha producido con la connivencia de la propia Administración porque, hasta la entrada en vigor del EBEP en el año 2007, el interino resultaba algo más barato que el funcionario de carrera, pues de su nómina se excluían los trienios y los complementos vinculados a la carrera, su selección era mucho más rápida y sencilla y, sobre todo, podía prescindirse de él sin indemnización alguna (Sánchez Morón, 2016).

En fin, la jurisprudencia ha considerado que la obligación establecida en el art. 10.4 del EBEP de incluir en la OPE las plazas vacantes ocupadas por interinos se vería temporalmente desplazada por las limitaciones que anualmente puedan establecer las correspondientes leyes de presupuestos generales del Estado y la tasa de reposición del empleo público para el período de vigencia que puedan establecer y como medida de política económica. Para esos períodos no operaría el mandato contenido en el art. 10.4 del TREBEP (STS de 2 diciembre 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). Estas limitaciones son especialmente polémicas y gravosas para la función pública y tampoco responden exactamente a motivos económicos porque en realidad no suponen un ahorro directo al estar ya esos puestos ocupados por vacantes[8].

Por último, también es necesario tener en cuenta la evolución y los importantes cambios que se han producido en algunas instituciones y que también deberían llevar a un replanteamiento respecto de su aplicación a los interinos. Así sucede, por ejemplo, con determinadas situaciones administrativas que están directamente relacionadas con la protección de la familia o con la protección de derechos fundamentales como la vida, la integridad física o con el derecho a participar en los asuntos públicos. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos menores pues, según estableció tempranamente el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, la diferencia de trato entre el funcionario interino y el funcionario de carrera resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución y en la normativa comunitaria, toda vez que la excedencia para el cuidado de los hijos menores, además de cooperar al efectivo cumplimiento del deber de los padres de

prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), constituye un derecho atribuido por el legislador para garantizar el instituto de la familia (art. 39.1 de la Constitución). Sin embargo, los artículos 85 y 89 del TREBEP todavía siguen refiriéndose exclusivamente a los funcionarios de carrera para la regulación de las excedencias voluntarias por cuidado de familiares, por agrupación familiar, por violencia de género o por violencia terrorista, lo que genera una profunda inseguridad jurídica para los gestores encargados de reconocerlas.

La aplicación del principio comunitario de prohibición de discriminación entre interinos y funcionarios de carrera debería resultar aplicable también a otras situaciones administrativas como, por ejemplo, la situación de servicios especiales, máxime cuando se trata de ejercer funciones de carácter político, pues también entraría en juego la aplicación de un derecho fundamental, el derecho de participación política consagrado en el art. 23 de la Constitución. Sin embargo, toda esta materia es enormemente casuística y no es del todo inusual encontrarnos con sentencias que niegan esta posibilidad. En este sentido, por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de diciembre de 2016 (núm. recurso 62/2014), niega que, por la naturaleza de su vínculo, se pueda aplicar a los funcionarios interinos las garantías que la ley establece para los funcionarios que son declarados en situación de servicios especiales, consistentes en que el periodo en que permanezcan en tal situación se les compute a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación. Más recientemente, y por citar tan solo algún ejemplo más, la STS de 21 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ha aplicado directamente la prohibición de discriminación que establece la *Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada*, extendiendo el derecho establecido en el art. 89.4 del TREBEP para los funcionarios de carrera también a los funcionarios interinos. En concreto, reconoce a la funcionaria interina el derecho a que compute a efectos de trienios y carrera el tiempo en que permaneció en excedencia para el cuidado de su hijo menor de 3 años.

Todas estas circunstancias, en suma, deberían llevarnos a una reflexión más moderna sobre la naturaleza del funcionario interino, pero, sobre todo, acorde con los nuevos derechos y valores constitucionales y, como ahora veremos, con el principio comunitario de no discriminación entre empleados temporales y fijos.

4. Un elemento más a tener en cuenta: la aplicación del principio comunitario de igualdad entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera. Sus efectos

En este marco atrofiado y disfuncional, provocado por el abuso y desnaturalización que se ha acabado produciendo del interinaje en la Administración, ha venido a incidir un fenómeno nuevo: la irrupción de los principios comunitarios establecidos para la protección del trabajo temporal. Ello ha venido fundamentalmente de la mano de la *Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la Confederación europea de sindicatos, la Unión de confederaciones de industria y empleadores de Europa y el Centro europeo de la empresa pública sobre el trabajo de duración determinada*, que concibe la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores. A partir de ahí, y reconociendo la posibilidad de que existan relaciones laborales temporales, recoge como principio básico que no podrá tratarse a los trabajadores con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas (cláusula 4.1 del Acuerdo)[9].

Dicha Directiva se aplica a todas las relaciones de servicio de duración determinada, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador (Aldomà Buixadé, 2015) pues, aunque prevé la posibilidad de que los Estados puedan establecer alguna excepción, esta posibilidad no se ha ejercitado por parte del Estado español. Sin embargo, como se ha señalado, sus medidas no parecen haber sido pensadas para su aplicación al ámbito de las Administraciones Públicas. De hecho, su transposición se ha realizado fundamentalmente a través de reformas de la legislación laboral, sin tener en cuenta las particularidades de los empleos en la Administración o incorporando algunas peculiaridades sólo de forma tardía (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2016). En todo caso, la jurisprudencia no deja duda alguna de su aplicación directa a todos los empleados públicos, tanto al personal laboral contratado por la Administración, como a los funcionarios interinos, al personal eventual y al personal estatutario de carácter temporal de los servicios de salud.

La aplicación del principio de no discriminación al ámbito administrativo funcionarial exige que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera, por ser éstos los denominados en la Directiva «trabajadores fijos comparables», por razón de la temporalidad de su vínculo, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente (STSJ de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, Sala Segunda, asunto Rosado Santana, C-177/10, argumento 62 o Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2016, de 14 de abril, por citar tan sólo algunas de ellas). Ello está teniendo importantes repercusiones, no sólo en el régimen jurídico de los funcionarios interinos y sus condiciones de trabajo, pues supone aplicarles exactamente los mismos derechos e instituciones que se aplican a los funcionarios de carrera, sino también en el ámbito de las potestades autoorganizatorias de la Administración, que se van a ver también limitadas de forma importante.

El principio de no discriminación ha pasado, pues, a convertirse en un criterio básico para los gestores de los recursos humanos en la Administración, toda vez que prohíbe que el interino pueda recibir un trato menos favorable que el previsto para los funcionarios de carrera. Este principio obliga a reformular nuestra pregunta clave para determinar el régimen jurídico que le aplicamos. Dado que la naturaleza temporal ya no nos sirve para formular nuestra pregunta, debemos recurrir a otra: ¿existen realmente razones objetivas que justifiquen que no apliquemos al funcionario interino el mismo régimen de derechos y las mismas instituciones funcionariales que se aplican al funcionario de carrera? La respuesta, tal como veremos seguidamente, está muy acotada por la propia jurisprudencia comunitaria.

Este principio vincula también al propio legislador. A él se ha referido nuestro Tribunal Constitucional, reformulándolo en positivo como «principio igualitario» entre trabajadores temporales y fijos y, en consecuencia, también entre ambas categorías funcionariales. Son destacables las Sentencias del Tribunal Constitucional 104/2004, de 28 de junio, la STC 232/2015, de 5 de noviembre o la STC 71/2016, de 14 de abril. Según esta doctrina constitucional, si bien la duración del contrato no es un factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias entre funcionarios interinos y de carrera, las diferencias han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las expliquen razonablemente. Para establecer distinciones han de tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, no siendo suficiente la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública. Tampoco la menor dificultad que tiene los procesos selectivos que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo (STC 71/2016, de 14 de abril).

Además de este principio esencial para configurar el nuevo régimen jurídico del funcionario interino, hemos de tener en cuenta el contenido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco. Este precepto es importante porque a él recurren expresamente dos Sentencias de 14 de septiembre de 2016. Esta cláusula impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Por lo demás, dadas las numerosas sentencias que se han dictado en los últimos años y que afectan a los interinos españoles, convendría tener en cuenta el principio de primacía del Derecho Comunitario y sus importantes efectos. Al respecto podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre, recaída en un recurso de amparo sobre la presunta violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que interpreta la correcta aplicación del Derecho Comunitario (Martín Alonso, 2016). Recuerda el Tribunal Constitucional que, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de forma reiterada, los jueces y tribunales de los Estados miembros están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido, sin embargo, que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, de 5 de marzo de 1996). Por ello, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional, incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión[10]. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable

y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio).

Veamos ahora qué consecuencias ha tenido toda esta jurisprudencia comunitaria para el reconocimiento de nuevos derechos a los funcionarios interinos.

4.1. Reconocimiento a los funcionarios interinos del derecho a recibir trienios

Al ser el trienio una retribución básica que se percibe por cada tres años de servicio y que retribuye realmente la antigüedad del funcionario en la Administración, clásicamente se ha considerado como una institución no compatible con la especial naturaleza temporal y de urgencia que caracteriza al funcionario interino. Aunque la Directiva disponía de dos años para su transposición, hasta el año 2001, hubo que esperar hasta la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, para que dicha modificación se recogiera expresamente en el texto de la ley, extendiendo también los trienios a los interinos (art. 25 del EBEP).

En este reconocimiento legal fue decisiva la jurisprudencia comunitaria dictada en esta materia. Fundamental fue, por ejemplo, la Sentencia de Del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, que ha desarrollado la doctrina fundamental sobre la interpretación de la citada cláusula 4,1 del Acuerdo. En ella se planteaba una reclamación de trienios por parte de la señora Del Cerro Alonso, que había sido auxiliar administrativa en diversos hospitales del País Vasco durante más 12 años al momento de solicitar que se le reconocieran sus trienios, hasta que en julio de 2004 obtuvo una plaza como «personal fijo de plantilla».

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

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

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

En este sentido, su especial naturaleza jurídica no se asemeja a la de las restantes modalidades de empleados temporales, ya sean funcionarios interinos o empleados laborales (Mayor Gómez, 2016). Ello justificaría, a juicio del Abogado del Estado, la inexistencia de un trato discriminatorio respecto del resto de empleados públicos. Se alegaba además que el reconocimiento de trienios resultaba incompatible con la permanencia forzosamente temporal de este tipo de empleos que, por su propia naturaleza, tiene un especial componente de precariedad, así como las dificultades para establecer la relación de «comparabilidad» con la figura del funcionario de carrera, toda vez que resultaba muy difícil acreditar la identidad o similitud de funciones entre ambas categorías de perso-

nal, sin que el hecho de haber desempeñado durante más de treinta años un puesto de personal eventual desvirtuase el carácter de confianza de estos puestos de trabajo. No obstante, estos argumentos no fueron tomados en consideración, posiblemente porque se daba la situación paradójica de que la señora Regojo había prestado servicios en el Consejo de Estado y en otros órganos constitucionales como personal eventual —y en ocasiones incluso como contratada laboral— durante más de treinta años, realizando funciones que a veces se confundían con las propias del funcionario y que rebasaban el límite legal de «asesoramiento y confianza especial».

Es importante tener en cuenta estas circunstancias de los casos concretos analizados por la jurisprudencia comunitaria, toda vez que va a ser elemento común en todas ellas la existencia de irregularidades escandalosas. Ello tal vez explique los pronunciamientos tan tuitivos que se están produciendo en los últimos años, y especialmente en las polémicas sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016 en cuanto al derecho a la indemnización de los contratados laborales interinos o la necesidad de aplicar para los funcionarios interinos medidas de protección similares a las que se prevén para los empleados laborales temporales en los casos en los que se produzca un uso abusivo de los mismos.

4.2. Reconocimiento del derecho a los incentivos y complementos retributivos correspondiente a la carrera horizontal

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

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

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

Otro buen ejemplo de esta extensión de derechos retributivos y de carrera se encuentra en el reciente Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016, Sala Décima, en el asunto C-631/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Oviedo (Asturias). El conflicto enfrenta en este caso a don Carlos Álvarez Santirso y a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias[11]. En este caso se trataba de un incentivo de 206,53 euros mensuales para los funcionarios del subgrupo A1 y de 132,18 euros para los funcionarios del subgrupo A2. En este caso se trataba de un profesor interino que, pese a haber prestado servicios do-

centes durante más de 16 años en la Administración educativa asturiana, había sido excluido por la Consejería de Educación del primer Plan de evaluación de la función docente por no ser funcionario de carrera, a pesar de que cumplía el requisito mínimo de 5 años de antigüedad que exigía dicho Plan. Se analiza para ello la Ley del Principado de Asturias 6/2009, de 29 de diciembre, de Evaluación de la Función Docente y sus Incentivos, que establece los elementos que han de ser valorados.

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

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

Esta jurisprudencia ha tenido ya su reflejo en varios pronunciamientos judiciales españoles. Así, por ejemplo, y tan sólo por citar alguno de ellos, podemos traer a colación la STSJ de Valencia de 21 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, sentencia núm. 803/2015. La sentencia estima parcialmente el recurso planteado por la Asociación de Interinos de la Generalitat valenciana contra el Decreto 186/2014, de 7 de noviembre, del Consell, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño, del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat. En este caso, concluye que existe una discriminación que vulnera la cláusula 4 del Acuerdo marco por excluir a los interinos del sistema cuando a éstos no se les exige para ser nombrados cualificaciones académicas o una experiencia distinta de la exigida al funcionario de carrera, ejercen idénticas funciones y están sometidos a las mismas obligaciones[12].

4.3. Reconocimiento de los «servicios previos» para el ejercicio del derecho a la promoción interna

En este caso tenemos que traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, en el asunto Rosado Santana. El pronunciamiento tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo andaluz ante la denegación por parte de la Junta de Andalucía del derecho del funcionario, el señor Rosado, a participar en una convocatoria de promoción interna para el ingreso al Cuerpo General de Administrativos de dicha Comunidad (Ocaña Escolar, 2013).

En aplicación de la legislación funcionarial se exigía el cumplimiento de varios requisitos: poseer el título de Bachiller Superior o título equivalente o, alternativamente, poseer una antigüedad de diez años como funcionario de carrera en cuerpos pertenecientes al grupo D, o de cinco años y haber superado un curso específico en el Instituto Andaluz de Administración Pública. La convocatoria había establecido que, a estos efectos, no se computarían los servicios previos reconocidos como personal interino o laboral en cualquiera de las Administraciones Públicas u otros servicios previos similares. En este caso, el señor Rosado Santana fue apartado del procedimiento porque no se le computaron los servicios prestados como funcionario interino y, en consecuencia, no cumplía con el requisito de los diez años de antigüedad exigido por el legislador.

Tras analizar las circunstancias concretas del caso, el Tribunal recuerda que los Estados miembros tienen margen de apreciación en la organización de sus propias Administraciones públicas. En principio estas pueden, sin infringir la norma comunitaria, restringir el acceso a la promoción interna a funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente anterior al que es objeto del proceso selectivo. No obstante, en ese margen de apreciación, los criterios utilizados deben ser transparentes para poder ser controlados y evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la mera base de la duración de los contratos o las rela-

ciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional. Si el trato diferente en relación con un proceso selectivo resulta de la necesidad de tener en cuenta requisitos objetivos, relativos a la plaza que dicho procedimiento tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al funcionario interino con su empleador, el mismo puede estar justificado.

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

4.4. Reconocimiento del derecho a la aplicación de medidas equivalentes a las que existen en el ámbito de la contratación laboral en el supuesto de que se hayan producido nombramientos abusivos

Hasta ahora todas las sentencias europeas se habían aplicado a determinados aspectos de la dinámica de las relaciones de trabajo entre los funcionarios interinos y la Administración y el propósito fundamental había sido la extensión del principio de no discriminación a las relaciones funcionariales en aspectos relativos fundamentalmente a los derechos económicos y de carrera. El 14 de septiembre de 2016 puede decirse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado un paso más en esta materia al aplicar este principio a cuestiones nuevas relacionadas con la extinción y cese del personal funcionarial sobre las que antes no se había pronunciado[13]. Ha puesto el foco de atención en la obligación del Estado de prevenir y sancionar los comportamientos abusivos que se producen en el ámbito de la Administración y en el ejercicio de sus potestades autoorganizatorias. La solución que se apunta en ambas Sentencias es ciertamente compleja en cuanto a sus efectos prácticos en nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, puede decirse que están teniendo importantes consecuencias para una Administración que tiene más de 300.000 empleados temporales. El contenido del Acuerdo sindical celebrado con el Gobierno el 29 de marzo de 2017 es buen ejemplo del proceso interno de reflexión que se ha iniciado ya sobre esta materia.

En estas sentencias se analizan las consecuencias que se derivarían del Acuerdo marco ante nombramientos temporales sucesivos de carácter abusivo en las Administraciones Públicas. Los asuntos sobre los que se pronuncia el Tribunal se refieren tanto a la figura del funcionario interino como del personal estatutario eventual que, según dispone el art. 1 de la *Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatuario de los Servicios de Salud,* está sometido a una «relación funcionarial especial».

Efectivamente, en una de sus Sentencias de 14 de septiembre de 2016, el Tribunal analiza los asuntos Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197/15). Resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La primera de las cuestiones versaba sobre personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud, categoría prevista en el art. 9 de la Ley 55/2003, en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural y extraordinaria y cuyo nombramiento fue objeto de trece prórrogas, motivadas no de forma específica sino de manera genérica invocando «necesidades del servicio». La segunda cuestión se refería a un arquitecto que, después de prestar servicios en el Ayuntamiento de Vitoria durante varios años con dos contratos laborales sucesivos de duración determinada para ejecutar un programa destinado a facilitar la accesibilidad de las personas con movilidad reducida, fue nombrado funcionario interino para la ejecución de ese mismo programa, condición en la que prestó servicios durante catorce años más.

En ambos casos, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos en los términos del Acuerdo marco. En relación con el personal temporal eventual, la inespecífica motivación del nombramiento y de las sucesivas prórrogas no permiten apreciar si estas se utilizaron realmente para satisfacer necesidades temporales o permanentes de la Administración. El tribunal remitente pone de manifiesto que la situación del Sr. Castrejana López es especialmente llamativa, dado que, si se hubiera mantenido su relación laboral inicial con el Ayuntamiento, habría disfrutado de las disposiciones protectoras relativas a la extinción de una relación laboral, derecho que, no obstante, le ha sido denegado, tanto por la normativa nacional como por la jurisprudencia relativa a esta normativa, debido a su condición de funcionario interino. En este caso, además, el TSJ del País Vasco llama la

Núm. 12 zk./2017. Págs. 8-29 or.
ISSN: 2173-6405

atención sobre el largo período temporal del nombramiento (más de diecisiete años).

A partir de aquí, y de las condiciones tan gravosas de estos concretos casos, el Tribunal vasco recuerda al Tribunal europeo que en el Derecho español ya se ha dado una solución a los problemas de la contratación temporal irregular en el ámbito de la Administración creando jurisprudencialmente la figura del «trabajador indefinido no fijo». Este nuevo concepto jurídico creado por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya ha sido expresamente recogido en el art. 11 del TREBEP y regulado en el Estatuto de los Trabajadores[14]. En estos casos, la duración indefinida del contrato implica que éste no está sometido a plazo. Sin embargo, dado que tal trabajador sólo puede adquirir una condición de fijeza en plantilla tras haber superado los procedimientos selectivos con arreglo a lo dispuesto en las normas sobre selección de personal laboral fijo en las Administraciones públicas, existe por tanto una causa lícita para extinguir la relación laboral indefinida no fija cuando el procedimiento de provisión o amortización de dicha plaza haya tenido lugar en la forma legalmente procedente, teniendo en este caso derecho a una indemnización como si de un despido objetivo se tratara[15].

El problema se plantea, a juicio del Tribunal vasco, porque no existe una protección similar para los funcionarios interinos, dado que los litigios funcionariales son conocidos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y ésta no ha elaborado una doctrina similar para protegerlos y sancionar los abusos de la Administración en sus nombramientos.

El Tribunal europeo recuerda que, en virtud del principio de autonomía de procedimientos de los Estados miembros, corresponde a las autoridades nacionales (incluidas las judiciales) adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. En consecuencia, el Estado español debería establecer medidas para sancionar el uso abusivo del interinaje por parte de nuestras Administraciones Públicas y proteger a los funcionarios interinos. Para la previsión de estas medidas, habrá de tener en cuenta, por una parte, que el Derecho europeo no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada y, por otra, que, al tratarse de acceso a la Administración, cualquier solución por la que se opte requerirá el cumplimiento escrupuloso de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En fin, aunque corresponde a los Tribunales nacionales y no al Tribunal de Justicia europeo realizar esta labor interpretativa del Derecho interno, el Tribunal ha dado algunas orientaciones al respecto. Teniendo en cuenta que el Derecho español ya cuenta con una solución eficaz para prevenir la utilización abusiva de contrataciones sucesivas en las Administraciones Públicas, pero sólo para el personal laboral, ha de ofrecer para el personal administrativo que sea objeto de nombramientos sucesivos una solución equivalente a la del personal laboral. Todo ello le permite concluir que «*el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar*».

En definitiva, el Derecho Comunitario no impone necesariamente aplicar para el ordenamiento administrativo funcionarial el mismo régimen protector que ha previsto el ordenamiento laboral, que convierte el contrato de trabajo temporal irregular en un contrato de trabajo indefinido. Ahora bien, tiene que regular cómo va a proteger a los funcionarios interinos afectados de estos abusos en sus nombramientos y esta regulación, a falta de intervención del legislador, se insinúa que podría ser similar a la prevista para la contratación laboral irregular.

Determinar los efectos prácticos de esta Sentencia no es tarea sencilla. Algunos autores han interpretado que debería aplicarse directamente la misma solución que se aplica al personal laboral indefinido de la Administración, con derecho a readmisión e indemnización en caso de amortización del puesto de trabajo. Es más, teniendo en cuenta la doctrina aplicada al caso de De Diego Porras, se ha considerado incluso que el cese del interino por desaparición de la causa que motivó su nombramiento debería generar el derecho a una indemnización de 20 días, igual que sucede con los interinos laborales «porque la mera diferencia de régimen jurídico (estatutario o laboral) no justifica, en sí mismo, el trato desfavorable que los funcionarios interinos sufren respecto de trabajadores fijos comparables» (Preciado Domenech, 2016).

Admitir esta tesis en el ámbito sanitario, tal como se ha apuntado, supondría introducir un elemento distorsionante y discriminatorio para otras categorías admi-

nistrativas estatutarias, especialmente respecto del interino por plaza vacante, cuyo cese no está sometido a ningún tipo de indemnización (Pérez Charco, 2016). A mi juicio, además, en esta construcción dogmática faltaría un elemento esencial.

Efectivamente, la traslación automática de esta tesis tuitiva al ámbito funcionarial sin tener en cuenta los principios y las categorías administrativas resulta francamente complicada. En la construcción jurisprudencial que se ha realizado para la creación de la figura del empleado laboral indefinido se ha tenido en cuenta la comparación con el personal laboral fijo que, en caso de ser despedido por razones objetivas tiene derecho a una indemnización. Sólo así se evita la discriminación entre ambos colectivos que prohíbe el Acuerdo marco. En el ámbito de las relaciones administrativas, que afectarían tanto al funcionario interino como al personal eventual de los servicios de salud no existe, sin embargo, tal posibilidad. Faltaría, pues, un elemento básico en la comparabilidad que exige la normativa comunitaria entre estos empleados públicos temporales y el empleado fijo «comparable», toda vez que no existe indemnización alguna en cuanto a la extinción del vínculo de los funcionarios de carrera (arts. 9 y 63 del TREBEP) ni del personal estatutario fijo (arts. 8 y 21 de la Ley 55/2003).

La comparación ha de hacerse siempre entre empleados pertenecientes al mismo régimen jurídico. Sería erróneo cruzar ambas situaciones para aplicar a las relaciones administrativas las soluciones que aporta el régimen laboral. Esta posibilidad ha sido negada de forma inconcusa por la jurisprudencia comunitaria, que ha sostenido que *«una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionarial o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo marco»* (por todos, nos remitimos al argumento 66 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en el asunto Pérez López, C-16/15, al que seguidamente nos referiremos).

Esta nueva línea jurisprudencia ya está teniendo sus primeros efectos. Son múltiples las sentencias que la están aplicando para declarar el derecho del funcionario interino a ser readmitido en la Administración hasta tanto no se convoque la plaza correspondiente a través de un proceso selectivo. Podemos traer a colación, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, de 30 de septiembre de 2016, Sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección primera (apelación 221/2016), que ha estimado el derecho de la funcionaria recurrente «a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición». En este caso se trataba de una funcionaria que había sido objeto de numerosos y sucesivos nombramientos de naturaleza eventual, como auxiliar administrativo, durante más de 4 años. Ante esta situación e invocando directamente esta jurisprudencia comunitaria solicitaba «la obtención de un nombramiento indefinido y que se le reconociera como personal laboral con relación laboral de carácter indefinido». Pues bien, aunque la sentencia considera que no se puede modificar por vía de sentencia la naturaleza de los nombramientos eventuales o de sustitución, si le reconoce su derecho a mantenerse en el puesto, toda vez que los sucesivos nombramientos venían a evidenciar la existencia de necesidades organizativas que no eran provisionales.

A la misma solución se llega, entre otras, en la STSJ de Galicia 21 de marzo 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, aplicando esta doctrina a un Técnico Auxiliar de Clínica y ATS/DUE, que había sido nombrado en varias ocasiones como personal estatutario temporal eventual del Servicio Gallego de Salud, reconociéndole «la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo», así como la antigüedad en el puesto que cubrió en virtud de los sucesivos contratos de servicios determinados». También se reconoce esta misma situación en la STSJ Galicia de 1 de febrero 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo. En este caso, se trataba de una funcionaria interina del cementerio que, habiendo sido nombrada para la ejecución de un programa temporal, había permanecido en el puesto durante más de siete años, lo que es una muestra evidente de una utilización irregular de esta figura, toda vez que responde a necesidades de carácter permanente del cementerio.

4.5. Y, en general, limitación de las potestades autoorganizatorias de la Administración

La aplicación del principio de no discriminación entre funcionarios interinos y de carrera también puede tener repercusiones importantes en la toma de decisiones autoorganizativas de la Administración, limitando el ámbito de discrecionalidad de que disfruta.

En la segunda de las Sentencias que nos interesan en este trabajo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en el asunto Pérez López (C-16/15), resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Madrid respecto del personal estatutario temporal en los servicios de salud autonómicos y analiza las potestades organizatorias de la Administración.

En este caso se trataba de una enfermera que había sido nombrada por el Servicio Madrileño de Salud en sucesivas ocasiones, abarcando los nombramientos un período temporal de más de cuatro años.

El Tribunal de Justicia analiza la regulación que hace el artículo 9 de la Ley 55/2003, que prevé los supuestos que habilitan a la Administración sanitaria para nombrar a personal estatutario temporal en cualquiera de las tres modalidades que crea: como interinos, como personal de sustitución o como personal eventual[16]. Este precepto concede amplísimos márgenes de libertad para la Administración amparándose en el ejercicio de sus potestades autoorganizatorias. Así, ha previsto que, si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, *procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso,* si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. En la cuestión prejudicial se pone de manifiesto que la normativa española no contiene medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada y, por el contrario, permite que la Administración pueda apreciar libremente las razones que justifican la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada y la oportunidad de crear o no una plaza estructural que responda a las necesidades de los servicios de salud. Es más, incluso en el caso de que la Administración decidiera crear esa plaza, podría seguir manteniendo a este personal estatutario en una absoluta situación de precariedad, toda vez que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal.

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

Asimismo, el Juzgado muestra sus dudas en lo que atañe a la compatibilidad del art. 9 de la Ley 55/2003 con el principio de no discriminación, tal como está formulado en la cláusula 4 del Acuerdo marco. Señala que el personal estatutario temporal eventual de los servicios de salud es comparable a estos efectos con el personal eventual previsto en el Estatuto de los Trabajadores y que existiría una situación de discriminación en la medida en que para éstos sí se ha previsto el derecho a una indemnización de 12 días de salario por cada año trabajado cuando cesa su relación y disfrutan de una cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, consistente en que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido. En los apartados 65 y siguientes de la sentencia se analizan estas pretensiones y finalmente considera el Tribunal que la diferencia de trato entre el personal estatutario eventual y el personal eventual regulado en el Estatuto de los Trabajadores no es discriminatoria porque no son situaciones jurídicas «comparables» en la medida en que están sometidas a diferente régimen jurídico. Es decir, aunque la Directiva se aplica tanto a los empresarios como a las Administraciones Públicas, a los trabajadores y a los funcionarios, no mezcla los regímenes jurídicos. Esto es, los funcionarios interinos y, en su caso, el personal estatutario eventual, sólo son comparables con los funcionarios de carrera y, en su caso, con el personal estatutario fijo. La normativa comunitaria, pues, no obliga a establecer situaciones «cruzadas» de comparabilidad entre el régimen laboral y el funcionarial.

En su análisis tiene en cuenta la naturaleza del servicio público que se presta. Argumenta que en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede, por tanto, constituir una razón objetiva que justifique tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de nuevas necesidades, toda vez que la Administración debe de contar con el suficiente marco de flexibilidad que le permita adecuar constantemente el personal sanitario con el número de pacientes. Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria ha puesto un límite claro: no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. Concluye que la redacción actual del art. 9 de la Ley 55/2003 se opone a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco en la medida en que deja un excesivo margen de libertad a la Administración al permitir que

pueda recurrir a sucesivos nombramientos temporales cuando en realidad se trata de necesidades permanentes y estables y, en consecuencia, de puestos estructurales y en la medida en que no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, apartado 58).

También afectando a la toma de decisiones organizativas de la Administración podemos traer a colación el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de febrero de 2017, Sala Décima, asunto C-443/16, que ha resuelto la petición de decisión prejudicial planteada por un Tribunal madrileño sobre la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco. La petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Sr. Francisco Rodrigo Sanz y la Universidad Politécnica de Madrid y en relación con la decisión adoptada por dicha Universidad de reducir la jornada laboral del interesado de tiempo completo a tiempo parcial. El recurrente había ejercido durante más de treinta años diferentes funciones docentes en dicha Universidad como profesor interino en el marco de varios nombramientos de duración determinada. La Universidad había justificado esta medida en las restricciones presupuestarias y al descenso de las matrículas, que considera le autorizan a decidir, sobre la base de la facultad de autoorganización de que disfruta, que sus profesores que sean funcionarios interinos vean su jornada laboral reducida a la mitad, con el consiguiente ahorro que ello conlleva.

En fin, a juicio de la Sala, las consideraciones presupuestarias, incluidas las basadas en la necesidad de velar por una gestión rigurosa del personal, no pueden justificar una discriminación. Concluye que la diferencia de trato se apoya exclusivamente en la condición de funcionario interino del recurrente, lo que por sí mismo habría llevado a la Universidad a establecer un trato diferenciado de esta categoría de profesores en relación con los profesores funcionarios de carrera, siendo así que estas dos categorías desempeñan funciones similares. Tal premisa está en contradicción con los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco.

Todo ello le lleva finalmente a concluir que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que autoriza, en el marco de medidas de reestructuración de la organización universitaria, a las Administraciones competentes del Estado miembro de que se trata a reducir a la mitad la jornada laboral de los Profesores Titulares de Escuela Universitaria que sean funcionarios interinos, debido a que no poseen el título de doctor, mientras que los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera que tampoco poseen el título de doctor no son objeto de la misma medida. En definitiva, pues, los principios comunitarios pueden incidir también en las potestades autoorganizatorias de la Administración imponiendo significativos límites.

5. Algunas ideas para el debate y orientaciones para el legislador

A la vista de esta jurisprudencia se está produciendo una importante evolución en la figura del funcionario interino que afecta, no sólo al reconocimiento de nuevos derechos que tradicionalmente se hubieran considerado incompatibles con su naturaleza excepcional y temporal, sino que también afecta incluso a las potestades autoorganizatorias de la Administración. Además, estas últimas soluciones jurisprudenciales nos han situado en un marco de absoluta inseguridad jurídica en cuanto a sus efectos prácticos. Buena prueba de ello son las numerosas sentencias, algunas de ellas claramente contradictorias, que se están dictando por nuestros jueces y tribunales en aplicación de esta nueva doctrina jurisprudencial. Ante esta situación urge que el legislador, por una parte, clarifique el actual régimen jurídico que resulta aplicable al funcionario interino y, por otra, que adopte todas las medidas que sean necesarias para solucionar el grave problema de la temporalidad en nuestras Administraciones Públicas.

En esta labor de clarificación del régimen jurídico del funcionario interino, de su marco de derechos y de las situaciones administrativas que le resultan aplicables, el legislador tiene que tener en cuenta que la desigualdad de trato respecto del funcionario de carrera sólo tendría cobertura cuando la misma esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caractericen la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes. La mera temporalidad del vínculo no justifica ya la desigualdad de trato con el funcionario de carrera. Sólo estos criterios permiten verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos o nombramientos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado.

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

Es necesario, asimismo, que nuestro legislador regule las consecuencias que se derivan de los nombramientos abusivos en los términos del Acuerdo marco. Previa negociación con los sindicatos, tal como se prevé en la Directiva 1999/70/CE, debería adoptar medidas proporcionadas y que sean lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de los objetivos del Acuerdo marco, especialmente de su cláusula 5. Debe regular las medidas protectoras que se aplican al funcionario interino en caso de nombramientos abusivos, así como las sanciones aplicables para la Administración incumplidora. Aunque dispone de un importante margen de libertad, habrá de tener en cuenta que, según se apunta en todas estas sentencias, dichas medidas no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Dado que el art. 10 del TREBEP ya regula de modo adecuado los supuestos en los que procede el nombramiento del interino y los supuestos de cese, tal vez sería conveniente que el legislador, en cumplimiento de esta obligación comunitaria, diera un paso más y recogiera expresamente alguna medida más intensa para evitar los abusos en su utilización. En este sentido, podría rescatar las orientaciones que en su día realizó el *Informe de la Comisión Para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (abril de 2005) para identificar responsables y exigir responsabilidades. En dicho informe se proponía la conveniencia de que se emitiera un informe jurídico preceptivo para cada nombramiento temporal sobre la imposibilidad legal de prorrogarlo, de modo tal que, una vez emitido dicho informe, el titular del órgano responsable del nombramiento asumiría la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le correspondiera por la prolongación irregular de la relación de servicios.

Por el momento, y a falta de esta intervención del legislador, la interpretación que están haciendo nuestros jueces y tribunales parece abocar nuevamente a la creación jurisprudencial de una nueva figura, tal como ocurrió con la figura del contratado laboral indefinido. Se trataría de una especie de «*funcionario interino indefinido*», declarado así por sentencia judicial ante los abusos cometidos por la Administración en su nombramiento. En el ámbito administrativo sus consecuencias jurídicas, no obstante, no serían tan importantes. La declaración judicial del abuso implicaría reponer al funcionario interino en el puesto que venía desempeñando, con reconocimiento de su antigüedad y plenitud de los derechos que le correspondan, manteniéndose en dicho puesto de forma indefinida hasta que se produzca el supuesto de hecho habilitante del cese en los términos previstos en el art. 10 del TREBEP o, en su caso, se decidiera la amortización de su puesto.

A mi juicio, las dos sentencias analizadas de 14 de septiembre de 2016 no obligarían a adoptar la misma solución prevista para los contratados laborales indefinidos en cuanto a la indemnización por el cese y ello a pesar de que la línea entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo parece desdibujarse en la Sentencia Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197/15). En este supuesto parece sostenerse la posibilidad de que se pueda aplicar al interino una solución similar a la que prevé el Derecho Laboral para los contratados temporales, esto es, su conversión en indefinidos, hasta tanto el legislador no prevea otra medida similar equivalente y no menos favorable para el interino. Salvo que el legislador prevea expresamente otra cosa, la indemnización no se deriva forzosamente del principio comunitario de no discriminación entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera, toda vez que nuestro ordenamiento no contempla tampoco ningún tipo de indemnización para los supuestos legales de extinción del vínculo funcionarial. La comparación del régimen jurídico de los funcionarios interinos ha de hacerse respecto del régimen aplicable a los funcionarios de carrera en su misma Administración, no respecto de las condiciones de trabajo aplicables a sus empleados laborales fijos. Como se ha declarado jurisprudencialmente, la comparabilidad no puede hacerse entre relaciones de Derecho Administrativo y de Derecho laboral.

En el caso del personal sanitario eventual y la incompatibilidad del art. 9 de la Ley 55/2003 que se ha de-

clarado en la Sentencia Pérez López (C-16/15), la solución parece ser menos compleja que en el supuesto anterior. En mi opinión, para cumplir con las exigencias de protección de la Directiva tal vez bastaría con que el legislador modificara simplemente la literalidad de este precepto para cambiar el tiempo verbal que utiliza y obligar directamente a la Administración a crear un nuevo puesto de trabajo. Se trataría, en suma, de restringir la discrecionalidad administrativa que la norma concede a la Administración en el ejercicio de sus potestades organizatorias y convertir la potestad discrecional de decidir si crea o no un puesto en una potestad reglada. Al fin y al cabo, la concatenación de nombramientos para realizar exactamente las mismas funciones no hace sino demostrar que, efectivamente, existe una necesidad estructural de la Administración que requiere la creación de un nuevo puesto de trabajo que, en todo caso, deberá ser cubierto a través de los correspondientes procesos selectivos y respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En cualquier caso, hasta tanto se pronuncie el legislador, en los casos dudosos que se planteen deben ser los jueces y tribunales españoles los órganos encargados de realizar este fino análisis y de comprobar si la situación del funcionario interino es comparable a la de otro funcionario de carrera de esa Administración. Las dudas que se están planteando son cada vez más frecuentes, aunque la solución esté cada vez más clara siguiendo la jurisprudencia comunitaria. Así, se han planteado ya nuevas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la extensión a los empleados temporales del derecho a la readmisión en caso de despido improcedente acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario (art. 96.2 del TREBEP) o respecto de algunas prácticas dudosas que se están realizando en algunas Comunidades Autónomas y que prevén el cese de los profesores interinos durante los meses de verano para evitar el pago de sus nóminas durante las vacaciones escolares. La respuesta que se dé desde las instituciones comunitarias bien podría ya anticiparse porque la línea jurisprudencial es muy clara.

Los jueces y tribunales están habilitados para inaplicar las normas que desconozcan esta línea jurisprudencial. Así se ha apuntado recientemente en la STC 232/2015, en la que se resalta nuevamente la aplicación directa y preferente del Derecho Comunitario sobre las leyes, reglamentos y actos administrativos en materia funcionarial. No hemos de olvidar que el principio de igualdad de trato se ha configurado como uno de los principios fundamentales de la política social europea, por lo que no puede ser interpretado de una forma restrictiva. Distinta es la posición en la que se encuentra la Administración. El principio de legalidad le obliga a cumplir con las normas. En este sentido, sobre la forma de materializar esta tutela para el funcionario interino, aunque el TJUE remite a las normas procesales internas, la mera posibilidad de que el funcionario tenga que ejercitar una nueva acción ante un tribunal diferente para determinar la sanción apropiada una vez declarada judicialmente la existencia de utilización abusiva de nombramientos interinos «no es conforme con el principio de efectividad», en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho empleado inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal (puntos 63 y 64 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos Martínez Andrés y Castrejana López). Significa ello que corresponde al mismo Juzgado o Tribunal que conoce del asunto establecer la concreta protección al funcionario.

6. Apuntes sobre los inminentes procesos de consolidación derivados del acuerdo para la mejora del empleo público

La Administración debe hacer un gran esfuerzo por cambiar su cultura jurídica y evitar a toda costa la utilización abusiva de la interinidad, evitando la creación de bolsas de los interinos llamados «permanentes» o «de larga duración», pues ello supone una completa desnaturalización de esta figura. Para ello, obviamente, no debería encontrarse con el importante obstáculo de la limitación en la tasa de reposición de efectivos que, como es sabido, en los últimos años ha sido utilizada de forma recurrente por las leyes de presupuestos generales del Estado.

Ya se han empezado a adoptar medidas para revertir esta situación. Se ha aprobado el Real Decreto-Ley 6/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público en determinados ámbitos administrativos, se regularán con mucha mayor generosidad las tasas de reposición de efectivos en las leyes de presupuestos generales del Estado en los próximos años y se ha suscrito un Acuerdo histórico entre el Gobierno de la nación y los sindicatos para reducir el 90% de las plazas ocupadas de forma temporal en la Administración en un plazo de tres años. La meta a conseguir en los próximos años es rebajar la tasa de temporalidad en la Administración, que ahora excede del 20% en muchos sectores, al 8%. Se habilita a las Administraciones para que puedan con-

vocar en los ámbitos señalados en dicho Acuerdo las plazas ocupadas en los últimos tres años con personal temporal, ya sean funcionarios interinos, contratados temporales laborales o personal eventual de la Administración sanitaria.

El *Acuerdo para la mejora del empleo público* de 29 de marzo de 2017 especifica los sectores en los que se va a actuar de forma inmediata, sin que las plazas convocadas computen a efectos de la tasa de reposición de efectivos. Estos procesos afectan al personal docente de la Universidad y de las distintas etapas educativas, al personal estatutario de los servicios de salud, al de los servicios sociales, al de la Administración de Justicia y la Policía Local, así como al personal de los servicios de gestión tributaria, inspección y recaudación. Podrán ofertarse sólo los puestos de trabajo temporales que hayan estado cubiertos en los últimos tres años de forma temporal.

Como es lógico, el Acuerdo no puede suponer, bajo ningún concepto, la adquisición automática de la condición de funcionario de carrera de quienes ocupan interinamente esos puestos porque ello pugnaría con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y concurrencia competitiva (art. 61.1 TREBEP), lo que obliga a establecer los correspondientes procedimientos selectivos, sin que quepan pruebas restringidas, pues se han de respetar los mencionados principios. No obstante, para beneficiar a los empleados que ya ocupan temporalmente estas plazas se ha previsto la posibilidad de que, en la fase de concurso, se pueda valorar el tiempo de servicios prestados en la Administración. El art. 61.3 del TREBEP es muy claro al respecto al establecer que los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo. Asimismo, y previa negociación colectiva en cada ámbito territorial, se ha previsto también la posibilidad de que se puedan adoptar determinadas medidas de coordinación entre las Administraciones para el desarrollo de estos procesos selectivos.

Aunque se fija como objetivo la cobertura del 90% de las plazas temporales, en puridad, estos procesos sólo deberían afectar a las plazas estructurales, a vacantes que respondan realmente a necesidades de la organización y que estén siendo ocupadas temporalmente mediante contratos o nombramientos abusivos en los términos del Acuerdo marco comunitario. No tendría mucho sentido la aplicación de esta medida a todos los demás supuestos reales de temporalidad, cuando el interino ocupa transitoriamente una plaza sustituyendo al funcionario titular, cuando se nombra a un interino ante un exceso puntual o acumulación de tareas o para la ejecución de un mero programa temporal que, por definición, no debe responder a necesidades estructurales de la Administración. Lo razonable, pues, será realizar una seria y honesta reflexión organizativa en cada ámbito Administrativo para determinar realmente cuándo estamos ante una temporalidad ficticia o artificial, pues sólo este tipo de puestos deberían consolidarse. De ahí la necesidad de que todos estos procesos de consolidación se aborden en cada Administración, previa negociación y en el marco siempre de una adecuada planificación de sus recursos humanos, tal como se prevé en el art. 69 del TREBEP. El correspondiente Plan de Ordenación de Recursos Humanos es el instrumento de gestión que permitirá realizar con sensatez y visión estratégica este análisis organizativo previo para determinar qué puestos ocupados interinamente responden a necesidades estructurales y, en consecuencia, se han de consolidar o, en su caso, se decide amortizar por no ser ya necesario.

Por otra parte, el Acuerdo menciona expresamente los procesos de consolidación de empleo temporal a los que se refiere la disposición transitoria cuarta del TREBEP, cuando se trate de plazas que estén ya dotadas presupuestariamente en la fecha de la firma del Acuerdo (marzo de 2017). La configuración actual de este precepto resulta ciertamente insuficiente para absorber el contenido del Acuerdo porque sólo da cobertura a los que tenían ya esta condición con anterioridad al 1 de enero de 2005. Es decir, sólo podría beneficiar a interinos que llevan ya más de 12 años en la Administración. Teniendo en cuenta la previsión escalonada de estos procesos a lo largo de tres años, tal vez sería razonable una expresa intervención del legislador en esta materia para recoger las exigencias derivadas del acuerdo que, como hemos señalado, sólo exige que las plazas a ofertar hayan sido ocupadas temporalmente en los últimos tres años. En estos casos, es previsible que se utilice la vía del concurso-oposición y que en la fase de concurso se valoren, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, lo que, sin duda, supone una importantísima ventaja para los interinos que, en ningún caso, podrá ser determinante de la nota final. Asimismo, esta disposición obliga a que el contenido de las pruebas guarde relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria.

En fin, habría que tener en cuenta que se trata de procesos extraordinarios que, como ha recordado la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, la persona que ocupa interinamente estas plazas que habrían

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

7. Bibliografía

Aldomà Buixadé, J. (2015). *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*. Barcelona: Diputació de Barcelona.

García Murcia, J. (2016). 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*, *41*.

Martín Alonso, N. (2016). El principio de no discriminación y su aplicación a la retribución de los empleados públicos de carácter temporal. Comentario a la STC 232/2015, de 5 de noviembre. *Noticias Jurídicas*. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10863-el-principio-de-no-discriminacion-y-su-aplicacion-a-la-retribucion-de-los-empleados-publicos-de-caracter-temporal-comentario-a-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre-i/

Mayor Gómez, R. (2015). Comentario a la Sentencia dictada por la Sala tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015 (asunto C-177/14) sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE de contratación de duración determinada al personal eventual: trienios. *GABILEX: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 3,* 155-167.

Ocaña Escolar, L. (2013). La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, *118,* 203-215.

Ordoñez Solís, D. (2012). Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea. *Actualidad Administrativa, 3*, 2-3.

Palomar Olmeda, A. (2016). La reformulación del status de los empleados públicos a la luz del Derecho comunitario: el reconocimiento del derecho a sexenios de los interinos. *Revista española de derecho europeo*, *57,* 75-105.

Pérez Charco, J. (2016). Análisis de los efectos de las sentencias de 14 de septiembre 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre los nombramientos temporales del personal estatutario de los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud. *Blog Juristas de la Salud*. En: http://www.ajs.es/blog/analisis-de-los-efectos-de-las-sentencias-de-14-de-septiembre-2016-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-sobre-los-nombramientos-temporales-del-personal-estatutario-de-los-servicios-de-salud-d/

Pérez Rey, J. (2016). Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porras en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70. *Revista de Derecho Social*, *76,* 219-252.

Preciado Domenech, C.H. (2016). *La contratación temporal tras las SSTJUE, de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés.* Albacete: Bomarzo.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (2016). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de trabajadores interinos. *Diario La Ley*, *8850*.

Sánchez Morón, M. (2016). *Derecho de la Función Pública,* 9.ª ed. Madrid: Tecnos.

Notas

1 Artículos 8.2.b. y 10 del *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*, en adelante, TREBEP.

2 Así, por ejemplo, la STS de 22 de septiembre de 2016, dictada en unificación de doctrina, permite al funcionario interino que sea sometido a una reducción de jornada y sueldo y disfrutar del derecho al desempleo parcial, al igual que ocurre con los contratados laborales interinos. En la STSJ de Castilla y León de 20 de marzo de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, se ha reconocido a una maestra, funcionaria interina, derechos porque no pudo tomar posesión como interina por una lumbalgia, considerando que la decisión de exclusión para el nombramiento que adoptó la Administración resultaba discriminatoria por razón de sexo y vulneraba el principio de igualdad.

3 El sindicato CC.OO. cifra en unos 300.000 los empleados públicos temporales en las Administraciones Públicas. Desde la Secretaría de Estado de Función Pública se dio en un primer momento una cifra final similar a la de CC.OO. pero luego la rebajó hasta los 250.000, que es la misma que estimó la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CFSI). UGT, en cambio, calculó que podría llegar incluso hasta los 350.000 afectados. Esta disparidad de cifras se debe a que no se sabe con exactitud cuál es el número de interinos que hay en la Administración Pública y, en concreto, en los entes locales. http://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2017/03/30/58dc08bae5fdead41a8b4661.html

4 El Acuerdo prevé, asimismo, aumentar al 100% la tasa de reposición de efectivos en los denominados sectores prioritarios que, por cierto, se amplían considerablemente, y al 50% el resto de sectores, sin que computen en ella las plazas que se oferten como promoción interna o las plazas de carácter estructural que se convoquen para personal laboral declarado indefinido por sentencia judicial. El Acuerdo puede verse en: http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/2/o214794.pdf

5 La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, introdujo importantes novedades en el régimen jurídico de estos interinos, que han sido recogidas por el Texto Refundido de la Ley del EBEP de 2015.

6 Buena muestra de ello son algunas prácticas que están utilizando últimamente algunas Comunidades Autónomas en el ámbito educativo, que aprovechan las vacaciones de verano para disponer el cese de los docentes interinos con la única intención de evitar el pago de sus nóminas en los meses de verano. Estas prácticas, aunque han sido sancionadas por algunas sentencias, ahora están en discusión porque el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su más que dudosa compatibilidad con la Directiva mencionada.

7 En este caso se trataba de una empleada del Ministerio de Defensa, la señora De Diego Porras, que había concatenado durante más de 7 años varios contratos de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad del contrato de interinidad para la sustitución de un liberado sindical que, con motivo de la crisis, se había reincorporado a su puesto de trabajo. A la espera de que se modifique la legislación y que, tal como ha anunciado el grupo de expertos que se constituyó para estudiar sus efectos, se rebaje la indemnización a 12 días de salario por año trabajado, la jurisprudencia está reconociendo 20 días de indemnización por año trabajado. Así, puede traerse a colación la STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, Sección n.º 03 de lo Social, sentencia número 613/2016-CB, ha declarado que no se puede discriminar a la señora De Diego Porras, por lo que tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es, veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción de su contrato es procedente. En consecuencia, condena al Ministerio a pagar 6.141,85 € en concepto de indemnización.

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

9 Al respecto nos remitimos al extenso y certero análisis realizado por Mauri Majós, Joan, «Los efectos de las sentencias de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre las relaciones de servicio de duración determinada en las Administraciones públicas», *Revista Vasca de Administración Pública,* 2017 (en prensa).

10 Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía del Derecho Comunitario, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo

así un control desconcertado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea (STC 145/2012, de 2 de julio, y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10 y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09).

11 Conviene tener en cuenta que este asunto es ya una cuestión pacífica y concretamente clarificada. Ello explica que haya sido resuelta mediante Auto, toda vez que, en virtud de lo dispuesto en el art. 99 de su Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado. Y esto es lo que ha sucedido en este supuesto.

12 En un sentido similar se pronuncia también la STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, sentencia núm. 917/2012, que anula diversos preceptos del reglamento de carrera horizontal de los funcionarios autonómicos asturianos (Decreto 37/2011 de 11 de mayo), así como la STS de 30 de junio de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), declarando el derecho a la percepción del complemento carrera profesional de los interinos de larga duración de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León.

13 También a través del Auto del Juzgado de lo Social número 2 de Terrasa, de 26 de enero de 2017, hemos tenido noticia del planteamiento de una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que afectaría al régimen del despido disciplinario. En este caso se trata del despido disciplinario de una enfermera de un hospital público indefinida —no fija—, en el que se cuestiona si el reconocimiento del derecho de readmisión previsto en el art. 96.2 del TREBEP para el despido disciplinario de los empleados laborales fijos es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4.ª de la Directiva 1999/70, con respecto a los empleados laborales indefinidos no fijos y temporales. http://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/#lópez

14 En la disposición adicional decimoquinta del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, se prevé la obligación de que la Administración haga compatible la contratación indefinida prevista en su art. 15 con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo que se cubran esos puestos de trabajo declarados indefinidos a través de los procedimientos selectivos ordinarios y de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. Mientras tanto, el contratado laboral indefinido continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos selectivos, momento en el que se producirá la extinción de su relación laboral si no consigue superarlos.

15 La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras muchas en sus Sentencias de 24 de junio de 2014 y de 6 de julio de 2016, ha previsto que, si bien el indefinido no fijo se equipara al interino, tienen derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prestado con el límite de 12 mensualidades cuando la Administración decida amortizar su puesto de trabajo a través de la RPT, canalizándose su cese a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo. En este sentido, puede traerse también a colación la reciente STS 28 de marzo 2017 (Sala de lo Social, recurso 1664/2015), que proclama también el reconocimiento de una indemnización de 20 días por la extinción por cobertura reglamentaria de un puesto de trabajo ocupado por un empleado previamente declarado indefinido no fijo, sin mencionar expresamente la doctrina del caso De Diego Porras.

16 Los nombramientos de personal estatutario temporal pueden ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución. El nombramiento de carácter interino se utiliza para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones. Su cese se produce cuando se incorpore personal fijo o cuando se amortice la plaza. El nombramiento de sustitución se expide cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. Más problemático es el nombramiento de carácter eventual, que está previsto para tres supuestos: a) cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; b) cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios y c) para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Se produce el cese cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.