



Universidades Lusíada

Gárate Castro, Javier

La normativa española sobre empleo público temporal y su necesaria compatibilidad, todavía no conseguida por completo, con el acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada

<http://hdl.handle.net/11067/7006>

<https://doi.org/10.34628/9zqp-bs21>

Metadados

Data de Publicação	2022
Palavras Chave	Trabalho temporário - Direito e legislação - Espanha, Administração pública - Espanha
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Minerva, v. 12, n. 05 (2022)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-02T15:00:44Z com informação proveniente do Repositório

**LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE
EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL Y SU
NECESSARIA COMPATIBILIDAD, TODAVÍA
NO CONSEGUIDA POR COMPLETO, CON EL
ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE
DURACIÓN DETERMINADA**

Javier Gárate Castro

*Professor Catedrático de Direito
do Trabalho e da Segurança Social
Universidade de Santiago de Compostela
Espanha
Investigador Colaborador do CEJEA
<https://doi.org/10.34628/9zqp-bs21>*

LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL Y SU NECESARIA COMPATIBILIDAD, TODAVÍA NO CONSEGUIDA POR COMPLETO, CON EL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA³⁸

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

ORCID ID 0000-0002-1109-7245

Investigador Colaborador do CEJEA

Sumario: General; 2. En relación con el contenido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco; 3. En relación con el contenido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco; 4. Conclusiones.

Resumen: La regulación, empleo y desarrollo de las relaciones de servicios temporales de los empleados públicos es, especialmente en España, frecuente causa de conflictos, una parte de los cuales aparecen motivados por pretendidas incompatibilidades con

³⁸ El presente estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación PDI2021-122254OB-I00, «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales». A lo largo de aquel se emplean las siguientes abreviaturas: AS (*Repertorio Aranzadi Social*), EBEB 2015 (Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), EBEP 2007 (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), ECLI (Identificador europeo de jurisprudencia), JUR (resolución no publicada en los productos CD/DVD de Aranzadi), LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social), RJ (*Repertorio de Jurisprudencia*, de Aranzadi) y RJCA (*Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, de Aranzadi).

el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Las dudas sobre dichas incompatibilidades y su solución ha animado a los jueces españoles (del orden social y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo) al planteamiento de un muy elevado número de peticiones de decisión prejudicial, las cuales llevan al convencimiento de que el empleo público temporal ha venido discurriendo y todavía discurre con arreglo a un marco normativo, prácticas en su utilización y criterios judiciales de interpretación que deben ser objeto de revisión a fin de eliminar sus desajustes con el Derecho Social de la Unión y, en particular, con los declarados por el Tribunal de Justicia. Sin perjuicio de los avances producidos, la regulación española del empleo público temporal presenta aspectos que siguen sin responder a las exigencias de una transposición suficiente de la Directiva 1999/70/CE, por la que se da aplicación al Acuerdo Marco.

De las decisiones prejudiciales planteadas hasta el 31 de marzo de 2023 por los jueces españoles en asuntos afectados por el referido Acuerdo Marco, el Tribunal ha entrado en el fondo de treinta y siete, de las que treinta y dos corresponden al ámbito del empleo público temporal y han encontrado respuesta de fondo en veinticuatro resoluciones, la mayor parte declarando la disconformidad con el derecho de la Unión de la correspondiente normativa nacional, de las actuaciones seguidas o resoluciones dictadas por el empleador público al aplicarla y, en su caso, de los criterios judiciales interpretándola. Tratándose de situaciones de discriminación de los empleados públicos temporales en relación con los fijos, lo anterior abre paso a la posible inaplicación judicial de aquella normativa, por lo general de forma implícita, mediante la concesión del derecho o beneficio negado por la disposición de que se trate (efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco). En cuanto a las actuaciones o resoluciones que suponen utilización abusiva del empleo temporal, incompatible con el derecho de la Unión, la solución comporta la privación de su validez por parte del juez nacional que conozca del asunto y debería conducir al abandono de su observancia u oportuna modificación por parte del empleador público, así como a la promulgación de disposiciones normativas que cumplan satisfactoriamente con lo ordenado por la cláusula 5 del Acuerdo Marco. En fin, en el caso de los criterios judiciales manteniendo interpretaciones no conformes con el derecho de la Unión, se impone su abandono y su sustitución por la interpretación conforme.

Palabras clave: Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, Derecho Social de la Unión, empleo público temporal, no discriminación de los trabajadores temporales.

Abstract: The regulation, employment and development of temporary service relations of public employees is, especially in Spain, a frequent cause of conflicts, a part of which appear motivated by alleged incompatibilities with the Framework Agreement on fixed-term work. Doubts about these incompatibilities and their solution have encouraged Spanish judges (of the social order and of the contentious-administrative jurisdictional order) to submit a very high number of requests for a preliminary ruling, which lead to the conviction that temporary public employment has come running and still is running in accordance with a regulatory framework, practices in its use and judicial criteria of interpretation that must be subject to review in order to eliminate its mismatches with EU Labour Law and, in particular, with those declared by the Court of Justice. Notwithstanding the progress made, the Spanish regulation of temporary public employment presents aspects that still do not respond to the requirements of a sufficient transposition of Directive 1999/70/EC, by which the Framework Agreement is applied.

Of the preliminary rulings submitted until March 31, 2023 by the Spanish judges in matters affected by the aforementioned Framework Agreement, the Court has entered the merits of thirty-seven, of which thirty-two correspond to the field of temporary public employment and they have found a substantive response in twenty-four resolutions, most of them declaring the disagreement with the law of the Union of the corresponding national regulations, of the actions followed or resolutions issued by the public employer when applying it and, where appropriate, of the criteria courts interpreting it. In the case of situations of discrimination of temporary public employees in relation to permanent ones, the foregoing opens the way to the possible judicial non-application of that regulation, generally implicitly, through the granting of the right or benefit denied by the provision that concerned (direct effect of clause 4.1 of the Framework Agreement). Regarding the actions or resolutions that involve abusive use of temporary employment, incompatible with EU law, the solution entails the deprivation of its validity by the national judge hearing the matter and should lead to the abandonment of its observance or timely modification by the public employer, as well as the promulgation of regulatory provisions that satisfactorily comply with the provisions of clause 5 of the Framework Agreement. Finally, in the case of judicial criteria maintaining interpretations that do not conform to EU law, their abandonment and substitution by the conforming interpretation is required.

Keywords: Framework Agreement on fixed-term work, non-discrimination of temporary workers, Social Law of the Union, temporary public employment.

1. General

Con independencia de su naturaleza laboral o administrativa, la relación de servicios temporal de los empleados públicos está comprendida en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, incluido como anexo de la Directiva 1999/70/CE³⁹. Ciertamente, la regulación de esa forma de relación y, por lo tanto, su utilización y desarrollo, se vienen mostrando, en la práctica, especialmente en algunos Estados miembros, como importante y permanente causa de conflictos, muchos de los cuales aparecen motivados por pretendidas incompatibilidades de disposiciones normativas nacionales y de decisiones del empleador público con las exigencias del Acuerdo Marco y, a la postre, por una inadecuada e insuficiente transposición de este. Entre los aludidos Estados miembros figura, de forma destacada, España, cuyos órganos jurisdiccionales han recurrido, hasta la fecha, más que los órganos jurisdiccionales de cualquiera de los demás Estados miembros, a la presentación de peticiones de decisión prejudicial dirigidas a obtener del Tribunal de Justicia respuestas útiles para la solución de aquellos conflictos (de los correspondientes litigios principales).

En España, donde coexisten empleados públicos temporales de régimen laboral (titulares de un contrato de trabajo de duración determinada) y administrativo (personal eventual, funcionarios interinos y personal estatutario eventual), la discusión y búsqueda de certeza sobre la realidad del referido tipo de

³⁹ Se muestra tajante, respecto de la referida inclusión, el Tribunal de Justicia: «la definición a efectos del Acuerdo Marco del concepto de “trabajador con contrato de duración determinada”, formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan» y con independencia de la calificación que reciba su contrato en el derecho interno. Así, entre otras, sentencias de 4 de julio de 2006, *Adeneler* [(asunto C-212/04; ECLI:EU:C:2006:443), apartado 56], y sentencias, todas de 2014, de 13 de marzo, *Márquez Samohano* [(asunto C-190/13; ECLI:EU:C:2014:146), apartado 38], 3 de julio, *Fiamingo* y otros [(asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13, ECLI:EU:C:2014:2044), apartado 29], y 26 noviembre, *Mascolo* y otros [(asuntos acumulados C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13; ECLI:EU:C:2014:2401), apartado 67]; también sentencia de 14 de septiembre de 2016, *Pérez López* [(asunto C-16/15; ECLI:EU:C:2016:679), apartado 24].

incompatibilidades y su solución ha animado a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo y del orden jurisdiccional social al planteamiento de un muy alto número de peticiones de decisión prejudicial. Es más, tal discusión y búsqueda de certeza constituye, sin duda, la principal fuente de las más de cien peticiones de decisión prejudicial elevadas por los jueces españoles desde el 1 de enero de 1986 o, para ser precisos, de las más de cien peticiones presentadas y que han merecido una respuesta de fondo del Tribunal de Justicia. Así las cosas, cabe concluir que el empleo público temporal -tanto el cubierto recurriendo al régimen administrativo como al laboral- sigue estando sometido a un marco normativo acompañado de prácticas o actuaciones de aplicación y de criterios judiciales de interpretación que deben ser objeto de revisión cuidadosa a fin de eliminar la oposición entre aquel y las indicadas prácticas y criterios con el Derecho Social de la Unión. Ello comporta, por descontado, solucionar los desajustes declarados al respecto por el Tribunal de Justicia en sus numerosas resoluciones resolviendo las peticiones de decisión prejudicial de nuestros jueces.

De las peticiones planteadas hasta el 31 de marzo de 2023 por los jueces españoles en asuntos afectados por la Directiva 1999/70/CE, por la que se da aplicación al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, el Tribunal ha entrado en el fondo de treinta y siete, resueltas por veintidós sentencias⁴⁰ y doce autos motivados⁴¹. Pues bien, treinta y dos de esas peticiones

⁴⁰ De 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso* (asunto C-307/05; ECLI:EU:C:2007:509), 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres* (asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09; ECLI:EU:C:2010:819), 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana* (asunto C-177/10; ECLI:EU:C:2011:557), 13 de marzo de 2014, *Márquez Samohano*, cit., 9 de julio de 2015, *Regojo Dans* (asunto C-177/44; ECLI:EU:C:2015:450), 14 de septiembre de 2016 (tres sentencias), Pérez López, cit., *Martínez Andrés* (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15; ECLI:EU:C:2016:680) y *de Diego Porras* (asunto C-596/14; ECLI:EU:C:2016:683), 20 de diciembre de 2017, *Vega González* (asunto C-158/16; ECLI:EU:C:2017:1014), 5 de junio, 5 y 25 de julio y 21 de noviembre (dos sentencias) de 2018, *Montero Mateos* (asunto C-677/16; ECLI:EU:C:2018:393), *Grupo Norte Facility* (asunto C-574/16; ECLI:EU:C:2018:390), *Vernaza Ayovi* (asunto C-96/17; ECLI:EU:C:2018:603), *de Diego Porras* (asunto C-619/17; ECLI:EU:C:2018:936) y *Viejobuena Ibáñez* (asunto C-245/17; ECLI:EU:C:2018:934), respectivamente, 11 de abril de 2019, *Cobra Servicios Auxiliares* (asunto C-29/18; ECLI:EU:C:2019:315), 20 de junio de igual año, *Ustariz Aróstegui* (asunto C-72/18; ECLI:EU:C:2019:516), 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz-Fernández Álvarez y otras* (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18; ECLI:EU:C:2020:219), 22 de enero de igual año, *Baldonado Martín* (asunto C-177/18; ECLI:EU:C:2020:26), 3 de junio (dos sentencias) y 24 de igual mes de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario* (asunto C-726/19; ECLI:EU:C:2021:439), *Servicio Aragonés de Salud* (asunto C-942/19; ECLI:EU:C:2021:440) y *Acciona Agua* (asunto C-550/19; ECLI:EU:C:2021:514), respectivamente, y 30 de junio de 2022, *D. Clemente y Comunidad de Castilla y León* (asunto C-192/21; ECLI:EU:C:2022:513).

⁴¹ De 18 de marzo de 2011, *Montoya Medina* (asunto C-273/10; ECLI:EU:C:2011:167), 9 de febrero de 2012, *Lorenzo Martínez* (asunto C-556/11; ECLI:EU:C:556:11), 11 de diciembre de 2014, *León Medialdea* (asunto C-86/14;

corresponden al ámbito del empleo público temporal y han encontrado respuesta de fondo en treinta resoluciones (dieciocho sentencias y doce autos), una buena parte declarando que las disposiciones normativas del derecho español en las que encaja el asunto objeto del litigio principal, las actuaciones seguidas o resoluciones dictadas por el empleador público a la hora de aplicarlas o, en su caso, los criterios judiciales que las interpretan no son conformes con el derecho de la Unión o, en otras palabras, se oponen a lo que disponen las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco. Sin duda, todas las resoluciones del Tribunal de Justicia que declaran semejante oposición repercuten, en mayor o menor grado, sobre el desarrollo de las relaciones de empleo público temporal; sin embargo, las soluciones a adoptar para corregir aquella oposición difieren según que resulte afectada una u otra de las referidas cláusulas. Ni que decir tiene que los criterios establecidos al respecto por el Tribunal de Justicia son aplicables para resolver, además de los asuntos objeto de los correspondientes litigios principales, cualesquiera otros asuntos pendientes o futuros sustancialmente iguales suscitados tanto en España (impacto directo) como en los demás Estados miembros (impacto indirecto), entre ellos, pues, Portugal.

Un número tan elevado de peticiones de decisión prejudicial como el indicado, muy superior al que aparece en los demás Estados miembros en los que también existe empleo público temporal, no puede considerarse que se deba, exclusivamente, al grado de utilización de dicha forma de empleo en España y a una mucho más deficiente o inapropiada transposición, por parte de la normativa española sobre empleo público, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Tampoco permite considerar que se deba a que nuestros jueces son los más inseguros de todos los Estados miembros a la hora de interpretar el Acuerdo y establecer, en el caso concreto, si la referida normativa y las prácticas o resoluciones adoptadas en su aplicación

ECLI:EU:C:2014:2447), 21 de diciembre de 2016, *Álvarez Santirso* (asunto C-631/15; ECLI:EU:C:2016:725), 9 de febrero de 2017, *Rodrigo Sanz* (asunto C-443/16; ECLI:EU:C:2017:109), 22 de marzo de 2018, *Centeno Meléndez* (asunto C-315/16; ECLI:EU:C:2018:207), 19 de marzo de 2019, *CC.OO* (asunto C-293/18; ECLI:EU:C:2019:224), 12 de junio de igual año, *Aragón Carrasco* (asunto C-367/18; ECLI:EU:C:2019:487), 2 de junio de 2021, *Sindicato Único de Sanidad e Higiene (SUSH) de la Comunidad de Madrid y Sindicato de Sanidad de Madrid de la CGT* (asunto C-103/19; ECLI:EU:C:2021:460), 13 de diciembre (dos autos) de igual año, *BF y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)* (asunto C-151/21; ECLI:EU:C:2021:1005), *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)* (asunto C-226/21; ECLI:EU:C:2021:1010), y 26 de abril de 2022, *QL y Universidad de Barcelona* (asunto C-464/21; ECLI:EU:C:2022:337).

por los empleadores públicos se oponen o no al derecho de la Unión. Puestos a buscar una explicación plausible, esta podría encontrarse en el hecho de que un grupo de jueces españoles (de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo), pequeño y especialmente receptivo al enjuiciamiento de los asuntos teniendo en cuenta las disposiciones del Acuerdo Marco y la supremacía del derecho de la Unión, ha terminado por hacer que nuestros órganos jurisdiccionales sean, de todos los Estados miembros, los que menos reparos tienen en solicitar del Tribunal de Justicia respuestas expresas sobre la interpretación de las aludidas disposiciones y la conformidad a ellas de las normas y prácticas nacionales en materia de empleo público.

2. En relación con el contenido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco

Vulneran la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco las actuaciones de los empleadores públicos basadas en disposiciones normativas que conducen a que su personal temporal se vea privado de alguna ventaja o condición de trabajo de la que disfruta el personal fijo (funcionario, estatutario o laboral) comparable. Respecto de este primer grupo de actuaciones, la solución se presenta, con carácter general, más fácil o sencilla. Se está ante actuaciones que consienten una particular o especial forma de inaplicación de aquellas disposiciones normativas por parte de los jueces y tribunales, mediante la admisión, una vez constatada la falta o insuficiente transposición del Acuerdo Marco en que incurran, del «efecto directo» de la citada cláusula («por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas») y la concesión, en su virtud, del derecho o beneficio negado por la disposición normativa de que se trate, acompañada de la anulación de la resolución administrativa que la aplique⁴².

⁴² Advierten sobre el indicado efecto directo de la cláusula, por ejemplo, el apartado 68 y el punto 2 del

Oposición a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada e inaplicación, en el sentido indicado, esto es, por el efecto directo de aquella, es la declaración a realizar por nuestros órganos jurisdiccionales en relación con el precepto de la normativa española que niegue al personal eventual⁴³, a los funcionarios interinos, al personal estatutario eventual o sustituto de los servicios de salud⁴⁴ o a los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada el acceso a un complemento retributivo (por ejemplo, trienios o un incentivo) o a otra ventaja o condición de trabajo (por ejemplo, una promoción interna, la consolidación de un grado personal superior, el acceso a la situación de servicios especiales o la exención de guardias)⁴⁵ y reserve su disfrute a los funcionarios de carrera, al personal estatutario fijo⁴⁶ o a aquellos cuyo contrato de trabajo sea por tiempo indefinido, apareciendo, en el caso concreto, que la situación de los primeros es comparable a la de los segundos por lo que respecta a la percepción del complemento, ventaja o condición de trabajo y no existe una razón objetiva justificativa de la diferencia de trato.

El reconocimiento por el órgano jurisdiccional nacional del derecho del grupo de empleados públicos discriminados (el personal eventual, los

fallo de la sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact* (asunto C-268-06; ECLI:EU:C:2008:223), y el apartado 90 y el punto 3) del fallo de la sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres*, cit.[«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...) es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por funcionarios interinos ante un tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a complementos salariales, como los trienios controvertidos en el litigio principal, correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al derecho interno del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del derecho nacional en materia de prescripción»].

⁴³ El del art. 12.1 del EBEP 2015.

⁴⁴ Arts. 9.2 y 9 bis de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

⁴⁵ Véanse sentencias de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, y 20 de diciembre de 2017, *Vega González*, cit. Sendos comentarios de estas resoluciones en FERREIRO REGUEIRO, C.: «Principio de no discriminación, promoción interna en la función pública y cómputo de los servicios prestados como funcionario interino», y ARGÜELLES BLANCO, M^a. A.: «Otra 'vuelta de tuerca' para la equiparación del personal temporal y el fijo: el derecho de los funcionarios interinos a la situación de servicios especiales», ambos en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles (Estudios ofrecidos a M^a. Emilia Casas Baamonde)*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (directores), Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 2020), págs. 369 y sigs. y págs. 359 y sigs., respectivamente.

⁴⁶ Véase art. 44 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, cit.

funcionarios interinos, el personal estatutario temporal o los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada) a disfrutar del complemento, de la ventaja o del beneficio de que se trate es el *modus operandi* al que lleva la doctrina de las sentencias *Del Cerro Alonso*, de 2007⁴⁷, *Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres*, de 2010⁴⁸, *Rosado Santana*, de 2011⁴⁹, *Regojo Dans*, de 2015⁵⁰, y *Ustariz Aróstegui*, de 2019⁵¹, así como la de los autos *Montoya Medina*, de 2011⁵², *Centeno Meléndez*, de 2018⁵³ y *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)*, de 2021⁵⁴. El indicado:

1) Es el *modus operandi* seguido por el órgano jurisdiccional remitente al pronunciarse sobre el asunto objeto del litigio principal determinante del planteamiento de la cuestión prejudicial a la da respuesta la sentencia *Ustariz Aróstegui*, que declara que la aquí contemplada cláusula 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 el derecho a un

⁴⁷ Cit. Un comentario de la sentencia en GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «No discriminación de trabajadores temporales y concesión de primas de antigüedad», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit., págs. 265 y sigs.

⁴⁸ Cit. Un comentario de la sentencia en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Sobre el momento y los límites del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de trienios», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit., págs. 273 y sigs.

⁴⁹ Cit.

⁵⁰ Cit. Un comentario de la sentencia en MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R.: «Personal eventual de las administraciones públicas y derecho a trienios», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit., págs. 313 y sigs.

⁵¹ Cit. Un comentario de la sentencia en DE VAL TENA, A.: «Contratación temporal y discriminación retributiva: inexistencia de razones objetivas», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit., págs. 427 y sigs.

⁵² Cit. Un comentario del auto en VILLALBA SÁNCHEZ, A.: «Contrato de trabajo de duración determinada del profesorado universitario: derecho a trienios y principio de no discriminación», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit., págs. 281 y sigs.

⁵³ Cit. Un comentario del auto en FERNÁNDEZ PROL, F.: «Principio de no discriminación y funcionarios interinos», en el volumen *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles ...*, cit., págs. 369 y sigs.

⁵⁴ Un comentario del auto en MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «Los nuevos viejos problemas de la discriminación entre trabajadores temporales y fijos en la administración pública española (a propósito de dos autos del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2021, asuntos C-151/21 y C-226/21)», en el volumen *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (directores), Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor, Navarra, 2022), págs. 109 y sigs.

complemento retributivo [de grado] a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo, en particular, a los profesores contratados administrativos, si haber cubierto un determinado tiempo de servicios constituye el único requisito para la concesión de dicho complemento». Una vez comprobada la concurrencia de esta condición y la situación comparable de ambos grupos de profesores, no extraña que el órgano jurisdiccional remitente, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Pamplona, haya resuelto el litigio principal admitiendo «el derecho del demandante a acceder en las mismas condiciones que los funcionarios de carrera al complemento del grado con los efectos que se deriven y con reconocimiento de las cantidades» adeudadas «con sus intereses correspondientes»⁵⁵. Se viene así a dejar sin aplicación el art. 11.1 del Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre, por el que se regula la contratación de personal en régimen administrativo en las administraciones públicas de Navarra, en la versión a la sazón en vigor y del siguiente tenor: «El personal contratado en régimen administrativo percibirá las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupe o función que desempeñe, el premio de antigüedad y la ayuda familiar. Se excluye el grado, como retribución personal básica inherente a la condición del personal funcionario». Felizmente, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia constituye uno de los ejemplos de inmediata corrección de la situación a través de la modificación de la disposición normativa opuesta al derecho de la Unión. Procedió a una corrección de tal naturaleza el art. 1 del Decreto-ley Foral 4/2019, de 23 de octubre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de personal al servicio de las administraciones públicas de Navarra⁵⁶. No todos los poderes normativos (del Estado o de las comunidades autónomas) son tan diligentes a la hora de remediar la falta de conformidad de la normativa de empleo público con el derecho de la Unión.

⁵⁵ Sentencia de 25 de julio de 2019 [procedimiento abreviado 59/2017 (JUR 2020/156088; ECLI:ES:JCA:2019:3644)].

⁵⁶ La conexión entre la modificación y la sentencia *Ustariz Aróstegui* se confiesa, de forma expresa, en el preámbulo del referido Decreto-ley Foral. Con la modificación, el art. 11.1 del Decreto Foral 68/2009 pasó a disponer que «el personal contratado en régimen administrativo percibirá las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupe o función que desempeñe, el premio de antigüedad, la retribución correspondiente al grado y la ayuda familiar».

2) Es el *modus operandi* que se aprecia en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 7ª) de 21 de enero de 2016⁵⁷ al resolver el litigio principal origen del planteamiento de la petición de decisión prejudicial a la que da respuesta la sentencia *Regojo Dans* y reconocer a la recurrente, que desempeñaba tareas administrativas (no de confianza o de asesoramiento especial, en el sentido del art. 12.1 del EBEP 2007 y 2015) al amparo de su nombramiento como personal eventual y en situación comparable a la de los funcionarios de carrera ocupados en iguales tareas, el derecho a la percepción de trienios que le había sido negado por la administración pública empleadora (el Consejo de Estado) en virtud de lo establecido en las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado y, últimamente, en virtud del art. 26.4 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012.

3) Es el *modus operandi* seguido por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Pontevedra de 14 de febrero de 2011⁵⁸ al fallar en el litigio principal origen del planteamiento de la petición de decisión prejudicial tramitada como asunto C-456/09, resuelta por la sentencia *Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres*, y condenar a la administración pública demandada (Junta de Galicia) a abonar a la demandante, funcionaria interina de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria, «con plena admisión del efecto propio de la aplicación directa de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo con contrato de duración determinada (*sic*), que consagra la plena equiparación entre personal temporal y personal fijo»: 1) «los atrasos derivados de su derecho al pago de trienios generados por servicios prestados como interina por el período previo a la entrada en vigor del art. 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público» (de 2007) y desde la fecha de expiración del plazo concedido a los Estados miembros para la trasposición al derecho interno de la referida Directiva (10 de julio de 2001)⁵⁹; y 2) la cantidad a que asciendan

⁵⁷ RJ 2016/432; ECLI:ES:TS:2016:180.

⁵⁸ Procedimiento abreviado 291/2009 (RJCA 2011/224; ECLI:ES:JCA:2011:9).

⁵⁹ En igual sentido, aplicando la doctrina de la sentencia *Gavieiro Gavieiro-Iglesias Torres*, sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Santa Cruz de Tenerife de 7 de febrero de 2011, procedimiento abreviado 361/2010 (RJCA 2011/96; ECLI: ECLI:ES:JCA:2011:3): nulidad, por «no conforme a derecho» y, «en concreto, [por] contraria al derecho de la Unión Europea (...), de aplicación directa ante su defectuosa transposición a nuestro derecho interno por el art. 25.2 EBEP» 2007, de la resolución administrativa

las diferencias provocadas por lo anterior sobre «los trienios generados como interina que se le vinieron a reconocer» a raíz de aquella entrada en vigor.

4) Es el *modus operandi* seguido por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 12 de Sevilla de 9 de diciembre de 2011⁶⁰ al pronunciarse en el litigio principal conducente al planteamiento de la petición de decisión prejudicial resuelta por la sentencia *Rosado Santana* y declarar la nulidad de la resolución administrativa (de la Secretaría General para la Administración Pública de la Junta de Andalucía) que anuló el nombramiento del demandante como funcionario de carrera del grupo C, por turno de promoción interna, por resultar únicamente computables, a efectos de los diez años de prestación de servicios como funcionario del grupo D exigidos para la participación en las correspondientes pruebas selectivas, los servicios prestados como funcionario de carrera y haberse valido aquel, en este punto, tanto servicios prestados en tal calidad como en calidad de funcionario interino. Razona al respecto la sentencia⁶¹, en primer lugar, que cualquier norma española que se oponga al cómputo del período de servicios que los participantes en el proceso selectivo de referencia hayan prestado como funcionarios interinos del grupo D, «no puede ser aplicada ni por la administración ni por los tribunales nacionales, en tanto que vulneradora de la Directiva 1999/70 (*sic*), la cual goza de primacía normativa» sobre aquella; en segundo lugar, que la restricción en el sentido indicado contenida en las bases de la convocatoria de dicho proceso selectivo de promoción interna «ha de considerarse nula de pleno derecho y sin efecto alguno, debiendo apreciarse tal defecto de oficio, sin necesidad de alegación o impugnación previa por parte del interesado».

5) Es el *modus operandi* seguido por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2011⁶² al resolver el litigio principal que llevó a la Sala a plantear la petición de decisión prejudicial resuelta por el auto *Montoya Medina* y confirmar la sentencia de instancia que había reconocido al recurrente el derecho a percibir

que denegó el derecho al disfrute de trienios de una funcionaria interina al servicio de la Administración de Justicia en Canarias por el período no prescrito anterior a la entrada en vigor del citado precepto del EBEP.

⁶⁰ Procedimiento abreviado 394/2009 (RJCA 2011/913; ECLI:ES:JCA:2011:139).

⁶¹ Fundamento de derecho sexto, *in fine*.

⁶² AS 2011/1930; ECLI:ES:TSJCV:2011:4112.

trienios durante el período de servicios prestados en la Universidad de Alicante como profesor ayudante doctor (temporal). La Sala valenciana confirma la aludida sentencia de instancia por apreciar que la situación de los profesores ayudantes doctores es comparable a la de los profesores contratados doctores (por tiempo indefinido), únicos de las dos categorías de profesores a los que la normativa aplicable (los arts. 14.1 y 15 del Decreto 174/2002, de 15 de octubre, del Gobierno valenciano, sobre régimen y retribuciones del personal docente e investigador contratado laboral de las universidades públicas valencianas y sobre retribuciones adicionales del profesorado universitario) concede los trienios como concepto integrante de sus retribuciones.

6) Es el *modus operandi* seguido por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Zaragoza tras recibirse por el número 2 de ellos la respuesta a su petición de decisión prejudicial resuelta por el auto *Centeno Meléndez*, según el cual la normativa interna de la Universidad de Zaragoza reguladora del sistema de carrera profesional horizontal del personal de administración y servicios era contraria a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada en la medida en que reservaba a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo la participación en aquel sistema y, con ello, el disfrute del consiguiente complemento retributivo. Resultado inmediato del referido auto fue la anulación, por los mencionados Juzgados, de las resoluciones de la Universidad de Zaragoza que habían denegado la participación de los demandantes en el sistema en cuestión por el simple hecho de ser funcionarios interinos⁶³.

7) Es el *modus operandi* que adopta la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Toledo de 31 de enero de 2022⁶⁴ al resolver el litigio principal origen del planteamiento de la petición de

⁶³ Véanse sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de 15 de mayo de 2018 [tres sentencias correspondientes, una, al procedimiento abreviado 302/2016-B (JUR 2020/194192, ECLI:ES:JCA:2018:8683), otra, al procedimiento abreviado 303/2016 (*Repertorio Oficial de Jurisprudencia*, base de datos del Centro de Documentación Judicial -Consejo General del Poder Judicial- SJCA 8650/2018, ECLI:ES:JCA:2018:8650) y la última al procedimiento abreviado 304/2016-L (JUR 2020/194667, ECLI:ES:JCA:2018:8651)] y del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 5 de 18 de igual mes y año [otras tres sentencias correspondientes, una, al procedimiento abreviado 185/2016/Ac (JUR 2020/196945; ECLI:ES:JCA:2018:9250), otra, al procedimiento abreviado 299/2016 (JUR 2020/196012, ECLI:ES:JCA:2018:9249) y la última al procedimiento abreviado 300/2016 (JUR 2020/195829, ECLI:ES:JCA:2018:9252)].

⁶⁴ Procedimiento abreviado 217/2020 (JUR 2022190169; ECLI:ES:JCA:2022:870).

decisión prejudicial objeto del auto *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)*, en el que el Tribunal de Justicia declara 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 normativa nacional en virtud de la cual el derecho de exención de guardias se concede a los trabajadores con contrato de duración indefinida y no a los trabajadores con contrato de duración determinada». Recibida tal respuesta, el órgano jurisdiccional remitente procedió a reconocer el referido derecho a la demandante, médica del SESCAM en virtud de su nombramiento como personal estatutario eventual.

En fin, también hubiera sido, sin duda, el *modus operandi* del órgano jurisdiccional remitente en el asunto *Del Cerro Alonso*. Lo hubiera sido si dicho órgano jurisdiccional -el Juzgado de lo Social número 1 de San Sebastián- hubiese mantenido su competencia para conocer de los conflictos del personal estatutario de la seguridad social en el momento de recibir la contundente respuesta del Tribunal de Justicia declarando: 1) que «el concepto de “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...) debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión como la controvertida en el procedimiento principal, dirigida a que se asigne a un trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos»; y 2) que la misma cláusula y punto «debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador». Mala suerte tuvo la demandante, pues unos meses después de la presentación de la petición de decisión prejudicial la competencia para resolver el conflicto que le enfrentaba con su administración empleadora pasó a la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el criterio finalmente establecido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁶⁵. Al Juzgado de lo Social número 1 de San Sebastián no le

⁶⁵ Remito aquí a dos sentencias de 16 de diciembre de 2005, de casación ordinaria (RJ 2005/7821 y RJ

quedó otro remedio que apreciar «de oficio la falta de competencia objetiva del orden jurisdiccional laboral», «desestimar la demanda interpuesta (...) contra el Servicio Vasco de Salud» y declarar «que el orden jurisdiccional competente es el contencioso administrativo, ante cuyos tribunales [la demandante, Sra. Del Cerro Alonso] podrá formular la correspondiente demanda»⁶⁶.

Desde luego, cabía esperar, *prima facie*, que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) resolviendo el litigio principal en cuyo curso se tramitó la petición de decisión prejudicial a la que responde la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2022, *D. Clemente y Comunidad de Castilla y León*, cit., también hubiera recurrido al efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco y, en su virtud, hubiese reconocido que el período de servicios del recurrente como funcionario interino en un puesto de trabajo de nivel superior al del puesto que pasó a ocupar a raíz de la adquisición de la condición de funcionario de carrera es computable, una vez producida tal adquisición, a efectos de la consolidación del grado personal inherente a aludido puesto de nivel superior. Al final no ha sido así por la forma en que aquella sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, de 7 de diciembre de 2022⁶⁷, proyecta sobre la normativa nacional aplicable su interpretación del razonamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia. El Tribunal Superior de Justicia considera que la referida normativa nacional⁶⁸ no produce una discriminación del funcionario interino que ampare la aplicación de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. No admite discusión que tal cláusula pide que la consolidación de un grado personal superior por los funcionarios deba determinarse computando de igual manera los servicios temporales prestados en un puesto del nivel correspondiente a aquel grado por los funcionarios de carrera y por los funcionarios interinos; así las cosas, desde el momento en que la normativa

2006/533, respectivamente; recursos 39/2004 y 199/2004, también respectivamente), y a otras dos sentencias de 21 de igual mes y año, de unificación de doctrina y de Sala General (RJ 2006/535 y RJ 2006/1793, respectivamente; recursos 4758/2004 y 164/2005, también respectivamente).

⁶⁶ Sentencia de 11 de octubre de 2007 [procedimiento 907/2004 (JUR 2019/227453; ECLI:ES:JSO:2007:52)].

⁶⁷ Recurso de apelación 194/2020 (JUR 2023/37442; ECLI:ES:TSJCL:2022:5232).

⁶⁸ Los arts. 3, 4 y 5 del Decreto de la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 17/2018, de 7 de junio, por el que se regula la consolidación, convalidación y conservación del grado personal.

nacional aplicable impide que los de carrera que cubran temporalmente un puesto cuyo nivel se corresponda con un grado personal superior al del nivel del puesto ocupado con carácter definitivo tengan un derecho automático a consolidar ese grado superior, no hay razón para reconocer que los interinos que hayan pasado por igual situación tengan tal derecho tras adquirir la condición de funcionarios de carrera. Si así fuese, se produciría una situación de discriminación en perjuicio, no de los interinos, sino de carrera (una situación de discriminación inversa, pues)⁶⁹. No comparten semejante conclusión los sendos votos particulares que acompañan a la sentencia a la que se acaba de hacer referencia y a otra de igual fecha y Tribunal⁷⁰ resolviendo litigio sustancialmente igual⁷¹.

Un número tan elevado de fallos del Tribunal de Justicia y de los jueces españoles declarando, respectivamente, la oposición al derecho de la Unión -a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco- de preceptos de disposiciones normativas (estatales, autonómicas e, incluso, de universidades públicas) reguladoras del régimen jurídico de los empleados públicos temporales y la nulidad de las resoluciones o acuerdos administrativos dictados a su amparo, muestra la conveniencia de la modificación de aquellas -o de cualesquiera otras que incluyan preceptos sustancialmente iguales- en orden a la supresión de cuantas reglas acusen la mencionada oposición. En verdad, no faltan casos ejemplares, como el del art. 11.1 del Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre, ya mencionado, en los que ya ha sido corregida la disconformidad con el derecho de la Unión; sin embargo, todavía queda camino por andar. Cabe hablar de modificaciones normativas deseables y no descartables; algunas deseables y no descartables a la vista de lo declarado, en relación con las disposiciones normativas que deberían asumirlas, por el propio Tribunal de Justicia. Lejos de eliminar la necesidad y conveniencia de esas modificaciones, el que los órganos jurisdiccionales

⁶⁹ Cfr. apartados 47, 48 y 49 de la sentencia del Tribunal de Justicia ahora contemplada.

⁷⁰ Recurso de apelación 220/2020 (JUR 2023/36933; ECLI:ES:TSJCL:2022:5234).

⁷¹ De acuerdo con los indicados votos particulares, «la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (...), en los términos en que ha sido interpretada por el TJUE, se opone a que, en aplicación del art. 3 del Decreto 17/2018, de 7 de junio, al funcionario interino que adquiere posteriormente la condición de funcionario de carrera, a efectos de la consolidación de su grado personal, no se le reconozcan los servicios prestados en los puestos de trabajo del nivel que se pretende consolidar por no haber sido titular del puesto con carácter definitivo».

nacionales deban recurrir, a falta de ellas, al efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco y dejar de aplicar los correspondientes preceptos hace más inexplicable y criticable que no se haya procedido a su realización. No cabe perder la esperanza de que el grupo de fallos del Tribunal de Justicia al que se viene haciendo referencia pueda llevar algún día a la oportuna modificación del tipo de preceptos afectados. No cabe perder la esperanza, por ejemplo, de que la sentencia *Regajo Dans*, de 2015, termine por llevar a la supresión, en alguna de las futuras leyes de presupuestos generales del Estado, del precepto que, de forma incondicionada, viene excluyendo los trienios de las retribuciones a las que tiene derecho el personal eventual⁷². No cabe perder la esperanza de que el auto *Montoya Medina* termine por conducir a una modificación del Decreto 174/2002, de 15 de octubre, del Gobierno valenciano, en virtud de la cual se reconozca que los profesores ayudantes doctores de las universidades públicas valencianas también tienen derecho a trienios⁷³. No cabe perder la esperanza de que el auto *KQ y Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)* termine por conducir a que el art. 15.1 de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de dicha comunidad autónoma, se modifique para que el derecho a la «exención de guardias por motivos de edad, con participación voluntaria en módulos de actividad adicional», deje de estar supeditado al requisito de que el solicitante tenga la condición de «personal facultativo fijo de atención especializada o atención primaria» o de «personal de enfermería fijo de atención primaria».

Ciertamente, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, dista mucho de suponer un importante hito en el proceso de eliminación del tipo de situaciones

⁷² Lo sigue haciendo, en iguales términos que las leyes de presupuestos anteriores, el art. 23.Cuatro de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023: «El personal eventual percibirá las retribuciones por sueldo y pagas extraordinarias correspondientes al grupo o subgrupo de clasificación al que el Ministerio de Hacienda y Función Pública asimile sus funciones y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo, reservado a personal eventual, que desempeñe, siendo de aplicación a este colectivo lo dispuesto en el párrafo B) del apartado uno de este artículo».

⁷³ No me consta que tal modificación se haya producido. Desde luego, no la han hecho ni el capítulo XX de Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat; ni el capítulo XI del título II de la Ley 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022; tampoco el capítulo V del título III de la Ley 8/2022, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat.

que se han descrito y consecución efectiva del objetivo de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, de equiparación del régimen de servicios del personal temporal y del fijo con base en el respeto del principio de no discriminación. Si se prefiere, sigue sin haber aquí una adecuada transposición del Acuerdo Marco. Aquella consecución precisa algo más que la nueva redacción que dicha ley da al apartado 5 del art. 10 del EBEP 2015, según el cual «al personal funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal [hasta aquí no hay cambio alguno] y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera». También precisa algo más que lo previsto por el art. 9 ter de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, introducido por el Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio; dispone dicho precepto, de forma similar al art. 10.5 del EBEP 2015, que al personal estatutario temporal y sustituto «le será aplicable el régimen general del personal estatutario fijo en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de personal estatutario fijo».

3. En relación con el contenido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco

El otro gran grupo de casos origen de peticiones de decisión prejudicial y resoluciones del Tribunal de Justicia sobre las relaciones temporales de empleo público está compuesto por las disposiciones normativas y prácticas, actuaciones o resoluciones de los empleadores públicos que suponen o podrían suponer la utilización del empleo temporal de forma abusiva e incompatible con lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Respecto de los casos que lo componen y de otros pendientes o futuros sustancialmente iguales que lleguen al conocimiento de los tribunales laborales o del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la solución es bien diferente de la que corresponde al grupo de casos en los que la cláusula del Acuerdo Marco afectada es

la 4.1. A diferencia de esta, la cláusula 5 carece de efecto directo y, por lo tanto, no admite que los particulares puedan invocarla ante los tribunales nacionales o frente al empleador público con la finalidad de excluir la aplicación de las disposiciones del derecho nacional contrarias a ella⁷⁴. Se impone, pues, la búsqueda de otras vías que permitan atacar y neutralizar, de modo eficaz, los efectos de las esas disposiciones y de las actuaciones del empleador público que favorezcan o produzcan la utilización abusiva que persigue prevenir y sancionar el Acuerdo Marco.

Entre las vías a las que se acaba de hacer referencia figura la aplicación de las aludidas disposiciones nacionales interpretándolas en modo que permita garantizar la plena efectividad del derecho de la Unión, esto es, recurriendo a la conocida como interpretación conforme, acompañada, en su caso, del abandono o corrección de los criterios judiciales que impliquen interpretaciones no conformes⁷⁵, incluso cuando procedan de órganos jurisdiccionales superiores. Dicho sea de paso, ello resulta coherente con la obligación de los jueces y tribunales españoles de aplicar el derecho de la Unión «de conformidad con la

⁷⁴ Como ha tenido oportunidad de señalar en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia, los términos de la cláusula no son incondicionales ni suficientemente precisos para permitir una invocación como la indicada [así, entre otras, sentencia de 15 de abril de 2008, *Impact*, cit., apartados 79 y 80 y punto 2) del fallo]. Sobre la general inviabilidad de semejante invocación cuando las disposiciones del derecho de la Unión carecen de efecto directo es terminante la sentencia de 24 de junio de 2019, *Poplawski* (asunto C-573/17; ECLI:EU:C:2019:530): «cualquier juez nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, estará obligado, como órgano de un Estado miembro, a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del derecho de la Unión con efecto directo en el litigio de que conoce» (apartado 61); en cambio, «no cabrá invocar, como tal, una disposición del derecho de la Unión carente de efecto directo en un litigio al que se aplique el derecho de la Unión, con el fin de excluir la aplicación de una disposición de derecho nacional que le sea contraria» (apartado 62); «la invocación de la disposición de una directiva que no sea suficientemente clara, precisa e incondicional para que se le reconozca efecto directo no puede dar lugar, sobre la base exclusivamente del derecho de la Unión, a que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro excluya la aplicación de una disposición nacional» (apartado 64).

⁷⁵ Como las apuntadas, por ejemplo, en el apartado 80 y en el punto 2) del fallo de la sentencia de 19 de marzo de 2020, *Sánchez-Ruiz-Fernández Álvarez y otras*, así como en los apartados 61, 66, 68, 69, 77 y 88 y en el punto 1) del fallo de la sentencia de 3 de junio de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, cit. Un comentario de la primera sentencia en GÁRATE CASTRO, J.: «Sobre las incompatibilidades con el derecho de la Unión de las disposiciones normativas y prácticas judiciales y administrativas españolas en materia de empleo público temporal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2010, *Sánchez Ruiz-Fernández Álvarez y otras*, asuntos acumulados C-103-18 y C-429/18)»; de la segunda, en ORDÓNEZ SOLIS, D.: «El abuso en el empleo público temporal en la perspectiva judicial y legislativa (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, asunto C-726/19)», ambos en el volumen *Estudios sobre la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social*, cit., págs. 53 y sigs. y págs. 91 y sigs., respectivamente.

jurisprudencia» del Tribunal de Justicia⁷⁶. Las mismas interpretaciones conformes pueden llevar al abandono o a la corrección, *ad futurum*, de las prácticas de los empleadores públicos que no encajen en ellas.

Dando un paso más, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto y entienda que la normativa nacional en juego carece de medida efectiva alguna de prevención y sanción de la utilización abusiva del empleo temporal y, a la postre, no es susceptible de interpretación conforme que evite esta, podría llegar a decidir, *in extremis*, armándose de valentía y en función de las particulares circunstancias del caso, la inaplicación de aquella basándose en la consecución del efecto útil del Acuerdo Marco y sirviéndose de la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 2006⁷⁷, en la que el Tribunal de Justicia declaró, a la vista de las aludidas circunstancias, que «el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, solo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por

⁷⁶ Art. 4 bis.1 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Un caso de interpretación conforme, a la luz de las consideraciones de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, cit., en sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 30 de igual mes y año (RJ 2021/3974): «en la interpretación del derecho interno, los órganos judiciales nacionales estamos obligados a garantizar el resultado perseguido por el derecho de la Unión y evitar el abuso en la contratación temporal constituye objetivo básico del mismo». Téngase en cuenta que la doctrina que establezca el Tribunal de Justicia en interpretación del derecho de la Unión con un valor uniforme para todos los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros constituye, en España: 1) «jurisprudencia» cuya infracción por parte del órgano jurisdiccional que haya conocido del asunto en primera y única instancia es susceptible de ser examinada a través del recurso de suplicación [cfr. art. 193.c) de la LRJS] o de casación ordinaria [cfr. art. 207.e) de la LRJS]; y 2) doctrina de contraste a efectos de la interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas por las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia que entren en contradicción con aquella (art. 219.2 de la LRJS). Sobre el asunto véase el magnífico trabajo de MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, diciembre 2017, núm. 47, págs. 308 y sigs. De apreciar la contradicción, el Tribunal Supremo queda obligado a la estimación del recurso y a casar y anular la sentencia recurrida. Un caso de apreciación de la contradicción, aunque referido a una sentencia de contraste resolviendo petición de decisión prejudicial planteada por juez austriaco [la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr* (asunto C-506/06; ECLI:EU:C:2008:119)], en sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2017 (RJ 2017/1981).

⁷⁷ *Adeneler* (asunto C-212/0), cit.

tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a “necesidades permanentes y duraderas” del empleador y deben considerarse abusivos».

Salvo que se den los presupuestos que permitan adoptar la anterior solución a las relaciones administrativas de servicios de duración determinada, lo cual no es nada fácil que suceda a la vista de la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo⁷⁸, lo que le queda al empleado público afectado es emprender el calvario, de resultado incierto, de reclamar al Estado el resarcimiento de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del Acuerdo Marco. Me viene a la memoria la decisión de desistir de emprender ese camino tomada por el Sr. Wagner Miret, en relación con el incumplimiento de la Directiva 80/987/CEE (hoy sería la Directiva 2008/94/CE), cuando el órgano jurisdiccional remitente, una vez recibida la notificación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1993⁷⁹, resolvió el asunto principal iniciado por aquel optando por dejarle abierta la expresada posibilidad de reclamación por su exclusión, como personal de alta dirección, de la protección a cargo del Fondo de Garantía Salarial como institución encargada del aseguramiento del pago de las cantidades adeudadas por el empresario⁸⁰. El Sr. Wagner Miret adoptó su decisión por desesperación.

En honor de la verdad, la solución del problema mediante una de esas dos últimas vías puede llegar a ser en buena medida innecesaria como consecuencia de los cambios introducidos en materia de empleo público temporal por la ya citada Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Con carácter general, los aludidos cambios, que no son ajenos a la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia⁸¹, evidencian la voluntad del legislador de establecer en nuestro ordenamiento jurídico medidas efectivas y adecuadas de prevención y sanción de

⁷⁸ Como la contenida, señaladamente, en las sentencias de 26 de septiembre de 2018 (dos sentencias; RJ 2018/4062 y RJ 2018/4063).

⁷⁹ Asunto C-334-92, ECLI:EU:C:1993:945.

⁸⁰ Véase sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de febrero de 1994 (AS 1994/577). Tuvo ocasión de volver a aplicar el criterio la sentencia de igual Sala y Tribunal de 11 de noviembre del mismo año (AS 1994/4364).

⁸¹ Como revela el preámbulo de la propia Ley (apartados I y IV).

la utilización abusiva de la temporalidad, anteriormente inexistentes. A pesar de que la Ley ahora contemplada se abstenga de advertir que aquellos cambios se adoptan en transposición de la Directiva 1999/70/CE⁸², lo cierto es que las medidas que comprenden permitirían considerar cumplida, *prima facie* y, al menos, parcialmente⁸³, la exigencia de una transposición suficiente, en el ámbito de las relaciones administrativas de servicios de duración determinada, de dicha Directiva en relación con el contenido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Los cambios realizados se proyectan, además de sobre los funcionarios interinos y el personal laboral temporal, a través de la nueva redacción que recibe el art. 10 del EBEP 2015 y del añadido a este texto legal de una nueva disposición adicional decimoséptima («medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público»), sobre el personal estatutario y equivalente de los servicios de salud, cuya normativa reguladora ha pasado a adaptar lo previsto en ambos preceptos del EBEP 2015 a las peculiaridades propias de su régimen jurídico, dando así cumplimiento a lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 20/2021 y del Real Decreto-ley 14/2021⁸⁴.

⁸² Tampoco consta que se haya informado de ellas a la Comisión.

⁸³ Ciertamente, cabe cuestionar que respondan de modo cabal, sin dejar huecos, a cualesquiera posibles situaciones de utilización abusiva del empleo temporal como, por ejemplo, las producidas por sucesivas renovaciones de nombramientos para continuar cubriendo los afectados la realización de iguales o análogas funciones. La falta de respuesta a tales situaciones no parece conciliable con la cláusula 5.2 del Acuerdo Marco [«Los Estados miembros (...) determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada» se considerarán «sucesivos»]. Asimismo, cabe cuestionar si constituye una medida sancionadora de la utilización abusiva del empleo temporal, compatible con la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, el hecho de que la Ley 20/2021 (su art. 2.6) solo reconozca derecho a una indemnización a los empleados públicos temporales víctimas de la aludida utilización abusiva y cuya relación de servicios se extinga por no haber superado el proceso selectivo de estabilización al que hubieran concurrido con el propósito de regularizar su situación, de modo que se deja sin sancionar, a través del reconocimiento de algún tipo de indemnización, la misma utilización abusiva a la que hubiesen estado sometidos los que superen tal proceso. Muestra de esa posibilidad de cuestionar que las actuales medidas de prevención y sanción de la utilización abusiva de la temporalidad en el empleo público se acomoden plenamente a las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco son las ya numerosas peticiones de decisión prejudicial solicitando una respuesta del Tribunal de Justicia al respecto. De tales peticiones, todas de 2022, tres corresponden al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (una tramitada como asunto C-59/21, otra como asunto C-110/22 y la última como asunto C-159/22) y dos al Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 17 de Barcelona (una tramitada como asunto C-331/22 y la otra como asunto C-332/22).

⁸⁴ La referida adaptación se ha producido a través de la modificación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 12/2022, de 5 de julio.

4. Conclusiones

Primera. El estudio de las sentencias y autos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisión prejudicial sobre incompatibilidades de disposiciones normativas nacionales y de decisiones del empleador público con las exigencias del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada muestra, de forma cabal, el papel y la contribución de aquel a la efectividad del Derecho Social de la Unión. Ello es así por el muy elevado número de peticiones de decisión prejudicial del tipo indicado y por el contenido y sentido de las aludidas sentencias y autos. Dicho estudio corrobora cuanto sobre aquel papel y contribución del Tribunal de Justicia se indica a continuación. El experimento puede hacerse con otras materias propias de la política social (traspasos de empresa, despidos colectivos, tiempo de trabajo, insolvencia empresarial, igualdad de trato en materia de seguridad social, etc.) y el resultado obtenido no variará.

Segunda. En materia de Derecho Social de la Unión (por lo tanto, no solo del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada), abundan los casos en que las respuestas del Tribunal a las peticiones de decisión prejudicial sirven para descubrir situaciones de oposición de los derechos nacionales y abren paso a su corrección mediante cambios normativos, la aplicación judicial de preceptos del disposiciones de la Unión dotados de efecto directo, el excepcional mandado expreso de inaplicación judicial de algún precepto de la normativa nacional o, con mayor frecuencia, las interpretaciones conformes, algunas de las cuales preceden a cambios normativos y otras constituyen, por hoy, la solución a la pasividad del legislador en orden a afrontar la modificación de preceptos del derecho nacional para adaptarlos al derecho de la Unión.

Tercera. Todas y cada una de las peticiones de decisión prejudicial -pasadas, presentes y futuras- que cuenten con fallos del Tribunal de Justicia entrando en el fondo del asunto impactan sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. El impacto alcanza tanto al ordenamiento al que pertenezca la disposición normativa enjuiciada por el Tribunal como a los demás ordenamientos nacionales. El impacto es directo en el primer caso e indirecto en el segundo. Aunque ese impacto directo es, con frecuencia, inmediato, no faltas

situaciones en que queda latente. Sucede esto último cuando el fallo declare que no existe oposición entre la normativa nacional y el derecho de la Unión. Un fallo en tal sentido ha de ser tenido en cuenta por los órganos jurisdiccionales, que no podrán apartarse de él y declarar la oposición no apreciada por el Tribunal de Justicia.

Cuarta. El relevante papel del Tribunal de Justicia en el campo de la efectividad del Derecho Social de la Unión se debe, en gran medida, a la actuación de los jueces y tribunales nacionales. El protagonismo del Tribunal en la satisfactoria aplicación del Derecho Social es propiciado por las peticiones de decisión prejudicial elevadas por tales jueces y tribunales.

Quinta. La actividad de los jueces y tribunales nacionales en relación con las peticiones de decisión prejudicial no es igual en todos los Estados miembros. No justifica las diferencias el mayor o menor número de trabajadores existentes de cada uno de aquellos; ello constituye, a los fines indicados, un factor neutro o, en el mejor de los casos, de relativa repercusión. Tampoco se puede considerar que las aludidas diferencias sean consecuencia del diverso grado en que las legislaciones nacionales transponen de forma adecuada o exacta las disposiciones de la Unión en materia de política social; nada indica que aquel grado sea más alto en los Estados miembros cuyos jueces han elevado el menor número de peticiones de decisión prejudicial, ni que sea más bajo en los Estados miembros con el mayor número de peticiones. Si así fuese, resultaría que la legislación laboral alemana y la española son las que han transpuesto del modo más insuficiente e inadecuado las referidas disposiciones normativas de la Unión en, comparación, por ejemplo, con la legislación italiana, francesa, holandesa, sueca, húngara o portuguesa.

Sexta. Una de las vías de mejora de la eficacia del Derecho Social de la Unión es la consecución de una mayor predisposición de los jueces nacionales a resolver los litigios sobre cuestiones afectadas por aquel teniendo en cuenta la regulación que realiza y su primacía sobre las disposiciones normativas nacionales. Debe favorecerse la eliminación de los escrúpulos y obstáculos que tienen buena parte de los jueces nacionales, en algunos Estados Miembros más que en otros, a la hora de solicitar del Tribunal de Justicia un pronunciamiento expreso sobre la interpretación de las normas sociales de la Unión y la

conformidad a ellas de la correspondiente normativa nacional. La mejora de aquella predisposición debe estar acompañada del fomento del conocimiento del Derecho Social por parte de los restantes profesionales del derecho y, en especial, los abogados.

Séptima. Paradigma de la contribución de la doctrina del Tribunal de Justicia a la potenciación de la efectividad del Derecho Social de la Unión son sus numerosas sentencias y autos sobre empleo público temporal. Por lo que concierne a España, esas sentencias y autos han permitido corregir y eliminar buena parte de las situaciones de oposición de la normativa nacional de empleo público al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

Octava. Lo anterior no admite discusión en relación con la equiparación del régimen de servicios del personal temporal y del fijo con base en el respeto del principio de no discriminación que proclama, con carácter general, la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Allí donde la normativa nacional no ha llegado a corregir y eliminar las situaciones de oposición a esta cláusula, lo hacen los jueces y tribunales españoles de la mano de los fallos del Tribunal de Justicia y recurriendo al efecto directo de aquella declarado por este.

Novena. Respecto de la efectividad de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y la eliminación de la muy frecuente utilización abusiva del empleo público temporal propiciada por la propia normativa estatal, la solución al problema dependía, hasta 2021, una vez descartadas las posibilidades del recurso a la interpretación conforme y a la inaplicación de la aludida normativa, del resultado incierto de la actividad del afectado reclamando al Estado el resarcimiento por los perjuicios sufridos por el incumplimiento de la referida cláusula. La reforma de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público llevada a cabo en 2021 viene a invertir, bajo la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia, la posición del legislador en la materia. Su anterior abstención en orden al establecimiento de medidas de corrección del uso abusivo del empleo público temporal se sustituye por la voluntad de establecerlas. Queda por comprobar si las medidas adoptadas son lo suficientemente efectivas y adecuadas como para permitir entender cumplido el objetivo del Acuerdo Marco. En este punto, la última palabra la tendrá, antes o después, el Tribunal de Justicia.