LA REFORMULACIÓN DEL ESTATUS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A SEXENIOS DE LOS INTERINOS

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

Profesor Titular (Acred.) de Derecho Administrativo
Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

Revista Española de Derecho Europeo 57
Enero – Marzo 2016
Págs. 75 – 105

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL EMPLEO PÚBLICO EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. II. EL CASO DE LOS TRIENIOS DEL PERSONAL NO FUNCIONARIO COMO PARADIGMA DE LA APROXIMACIÓN DE REGLAS APLICABLES A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. III. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN ESPAÑA. *1. Primera incidencia de los Tribunales del orden social. 2. Los pronunciamientos del orden contencioso-administrativo.* 2.1. Aplicación de la Directiva al ámbito de las Administraciones Públicas y, en concreto, al ámbito del empleo público. 2.2. Los términos de la aplicación. 2.3. El tiempo de la aplicación: la fecha de la transposición y el efecto directo de la normativa comunitaria. 2.4. Invocabilidad en el ámbito nacional. 2.5. El alcance del efecto directo. IV. UNA CUESTIÓN ADICIONAL: EL PROGRESO EN LA ORGANIZACIÓN Y EN LOS SISTEMAS DE EMPLEO PÚBLICO. V. UN PASO MÁS: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL PERCIBO DEL COMPLEMENTO DE SEXENIOS. *1. Trascendencia constitucional del amparo y justificación de su propia admisión. 2. El papel del Tribunal Constitucional en la ejecución del Derecho comunitario. 3. La cuestión de fondo: la igualación de las condiciones de trabajo en el marco de las relaciones de empleo público.* VI. LA APROXIMACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE EMPLEADO PÚBLICO POR OBRA DEL DERECHO COMUNITARIO.

RESUMEN: En el presente artículo se trata de analizar la incidencia que en la definición del régimen Jurídico de los empleados públicos comienza a tener la

ABSTRACT: In the present article is to analyze the impact on the definition of the legal status of public employees begin to have the doctrine established

doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, específicamente, en lo que se refiere a la igualación del régimen jurídico de quienes ostentan una condición de inamovilidad y quienes no en orden a sus condiciones laborales tanto de orden estrictamente económico como de promoción y de méritos en el ámbito de su relación. La posición del Tribunal Constitucional como garante de la aplicación del Derecho Comunitario y de esta doctrina de la aproximación de Ordenamientos Jurídicos es uno de los elementos claves del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Empleados públicos, función pública, trienios, méritos, sexenios, promoción interna, Tribunal de Justicia, potestades.

by the Court of Justice of the European Union, specifically in regard to equalization legal status of those who hold a condition of tenure and who do not in order to his working conditions both for strictly economic order as promotion and merit in the field of their relationship.

The position of the Constitucional Court as a guarantor of the application of Community law and the doctrine of the approach of Regulations Legal is one of the key elements of this work.

KEYWORDS: Public employees, civil, merits, presidential terms, internal promotion, Court powers.

Fecha de recepción del original: 10 de enero de 2016.
Fecha de aceptación: 27 de enero de 2016.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL EMPLEO PÚBLICO EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Podríamos indicar, con carácter de introducción, que la incidencia del Derecho Comunitario en el marco regulatorio del empleo público estaba llamada, en la concepción estructural inicial de aquel, a ser considerada como de menor entidad. La justificación es clara: las cuestiones organizativas, muy a menudo, quedan fuera del ámbito de actuación de la Unión Europea.

Como consecuencia de lo anterior y de la inclusión del régimen jurídico de los empleados públicos en este ámbito organizativo podíamos esperar poco, al menos inicialmente, de la incidencia que el Derecho Comunitario pudiera tener en la definición (o en la redefinición por decirlo más claro) del régimen jurídico de los empleados públicos y sobre la regulación que los diferentes Estados ha establecido en relación con el mismo.

De esta forma podríamos indicar que, al menos inicialmente, una de las cuestiones que quedaban fuera de la ordenación comunitaria es, precisamente, la determinación del régimen de empleo público que deben tener los distintos países europeos. El Derecho comunitario, como hemos apuntado, trata de unificar políticas y efectos pero huye de la armonización orgánica de las respectivas Administraciones, probablemente, porque sus impulsores son conscientes de que bajo el paraguas de la Unión Europea se incluyen países que responden a culturas muy diversas y cuyo armonización orgánica sería, sin duda, más lenta que la armonización de los efectos.

No obstante esta afirmación inicial podemos indicar que la evolución y el tratamiento del Derecho comunitario del empleo público ha venido, finalmente, de dos frentes diferenciados que han deparado un resultado, probablemente inesperado, pero, claramente, perceptible en relación con la incidencia del Derecho comunitario. De un lado (y al principio), las dudas se plantearon en relación con el propio

concepto de empleo público de cara a la inclusión del mismo en el ámbito de excepción de la libertad de circulación de los trabajadores.

Se refería al tema en el Tratado fundacional el artículo 48.4 cuando indicaba en relación con la aplicación de la libertad de circulación de los trabajadores que «…4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública…»[1].

En relación con el mismo, la STJCE de 30 de septiembre de 2003 recoge un principio central «…Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto comunitario de administración pública debe interpretarse de forma restrictiva, por tratarse de una excepción a un principio fundamental de Derecho comunitario, y limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que el artículo 39 CE, apartado 4, permite proteger a los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 1987 [TJCE 1987, 96], Comisión/Italia, 225/1985, Rec. p. 2625, apartado 7). Esta disposición debe entenderse en un sentido funcional: lo fundamental es que la actividad implique típicamente el ejercicio de prerrogativas de poder público; además, al titular del empleo debe encomendársele la responsabilidad de velar por los intereses generales del Estado (véase la sentencia Comisión/ Bélgica, antes citada, apartado 12)[2]…».

Esta misma Sentencia recoge, posteriormente, otro principio esencial de la interpretación, ya consolidada, del alcance del citado precepto del Tratado de la CE cuando señala que «…Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de administración pública a efectos del artículo 39, apartado 4, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discreción de los Estados miembros (véanse, en particular, las sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. p. 153, apartado 5, y Comisión/Bélgica, antes citada, apartados 12 y 18)[3].

De estas referencias jurisprudenciales podemos llegar a la conclusión, por tanto, de que la primera cuestión interpretativa es la relativa a la existencia o no de potestades (o de poderes públicos) de una forma estable en el ámbito de una determinada relación de empleo público y, una segunda, según la cual la aplicación y la reserva derivada de esta aplicación debe hacerse con criterio ciertamente restrictivo.

En esta situación lo que realmente se produce es que cuando opera esta reserva son las leyes nacionales las que definen los derechos y deberes de los empleados públicos de una forma más o menos completa. Frente a esto y, aunque el empleador sea una Administración Pública, –directa o indirecta a través de cualquier forma de

1. Tras el Tratado de Ámsterdam se trata del artículo 39.
2. Esta doctrina podría encontrarse tempranamente en la STJCE de 2 de julio de 1996.
3. La STJCE de 30 de mayo de 1989 establece que «…Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el empleo de lector de lengua extranjera en una Universidad no es un empleo en la Administración pública, en el sentido del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE, TJCE (Sala Pleno), sentencia de 3 junio 1986».

personificación– la determinación de los derechos y deberes de quienes no estén en el ámbito de aplicación de la reserva se definen también por la legislación nacional pero con la peculiaridad de que la misma debía ser acorde con la normativa comunitaria de aplicación y con la posibilidad cuando se den desajustes de la aplicación directa de la aquella.

Desde la perspectiva de lo que aquí analizamos se trata de una delimitación sectorial por razón de desarrollar o no funciones ligadas al poder público. Lo que nos interesa, en este punto, es analizar como el Derecho Comunitario ha abierto paulatinamente otro frente: el de los derechos y el estatus de los empleados públicos en función de la naturaleza y las características de la respectiva relación jurídica.

Conforme a esto, podemos indicar, por tanto, que de otro lado, la cuestión –más de actualidad– consiste en la aproximación de regímenes jurídicos entre los que potencialmente puedan existir en el marco de un Estado como consecuencia de declarar que las previsiones comunitarias sobre el empleo y los derechos de los trabajadores tienen un ámbito de aplicación coextenso que no puede ser limitado por las categorías jurídicas que se contienen en la legislación nacional.

En este sentido valga el resumen que hace Ordóñez cuando señala que «…Pero también la adopción de normas europeas de armonización legislativa en materia de política social aplicables a los trabajadores, por ejemplo en materia de duración del trabajo, de trabajo temporal, de vacaciones, de edad de jubilación, etc., ha permitido que el Tribunal de Justicia, sin vacilación alguna, haya considerado aplicables estas normas tuitivas tradicionales en el Derecho social a los empleados públicos incluido el núcleo más al margen del Derecho de la Unión de los funcionarios nacionales. En este sentido y como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia: «la obligación, derivada de una Directiva, de que los Estados miembros alcancen el resultado previsto por ésta y su deber, conforme al artículo 4 TUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. Tales obligaciones pesan sobre estas autoridades, incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público».

En fin, la adopción en 2000 y su equiparación con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a los Tratados constitutivos de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con una importante dimensión social han alentado la invocación por todos los empleados públicos de derechos reconocidos constitucionalmente como el derecho a no ser discriminado enunciado en el artículo 21 de la Carta, el derecho a vacaciones anuales retribuidas pagadas del artículo 31 de la Carta sobre condiciones de trabajo justas y equitativas, etc.

En España la evolución legislativa y jurisprudencial del Derecho de la Unión se está notando especialmente en los reenvíos prejudiciales «españoles» al Tribunal de Justicia que han permitido crear una importante doctrina jurisprudencial que en ocasiones, como demuestran las recientes sentencias de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro*, o de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, o el auto, de 18 de

marzo de 2011, *Montoya Medina*, suponen «una revulsiva corrección de la regulación legal y de la interpretación judicial mantenida por los tribunales españoles, incluido el Tribunal Constitucional…»[4].

Con vocación de síntesis podríamos indicar que se trata de una incidencia paulatina y, ciertamente, silenciosa que proyecta sobre la normativa general de la delimitación de las relaciones laborales una incidencia comunitaria por la vía de aproximar algunos de los elementos centrales de la relación.

Es cierto que en esta reconsideración coadyuva un elemento adicional: la consolidación en el tiempo de las relaciones de empleo precario. Con carácter general podemos indicar que las legislaciones de empleo público consideran las relaciones precarias como relaciones, esencialmente, temporales para cubrir situaciones no estructurales. El tiempo y la crisis económica ha reconvertido la situación de forma notable y lo que para las normas y la regulación jurídica era de carácter temporal y coyuntural ha pasado a convertirse en algo materialmente estructural lo que, claro está, ha planteado con mayor agudeza si era razonable en la realidad y apropiado en términos jurídicos mantener algunas de las diferencias tan notables en la ordenación del régimen jurídico del personal estable (en la conformación y en la realidad) del que no es desde una perspectiva jurídica pero que, sin embargo, lleva muchos años realizando una función desde este estatus de personal eventual o interino o en cualquiera de las condiciones o denominaciones de lo que podemos incluir dentro del empleo precario.

Analicemos algunos de los pronunciamientos más relevantes en esta línea de la reconfiguración y la aproximación de los regímenes jurídicos que, adelantémoslo desde ahora, es una de las líneas de futuro en la ordenación del conjunto del empleo público.

II. EL CASO DE LOS TRIENIOS DEL PERSONAL NO FUNCIONARIO COMO PARADIGMA DE LA APROXIMACIÓN DE REGLAS APLICABLES A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En línea con lo que acabamos de comentar y en ese proceso paulatino de acercamiento o de aproximación de regímenes jurídicos podemos analizar algunas premisas del Derecho comunitario en la ordenación de las relaciones laborales comunes. El punto central es el que, una vez establecida una pauta específica de ordenación de las relaciones laborales, el Tribunal de Justicia de la CE ha declarado finalmente que no existe obstáculo para su aplicación más allá de los trabajadores convencionalmente definidos y declara su aplicación a los empleados públicos. Se trata de una forma de actuar que es la que justifica la proclamada incidencia del Derecho Comunitario en la relación o la configuración del régimen jurídico de los empleados públicos y

4. Ordóñez Solís, D., «Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea». *Actualidad Administrativa*, nº 3, Quincena del 1 al 15 Feb. 2012, p. 272, tomo 1, Editorial LA LEY. Ed. Electrónica.

que se deduce de algunos pronunciamientos que conviene analizar para formar criterio sobre la extensión del sistema[5].

En concreto, podemos indicar que el debate, inicialmente fue el relativo a la aplicación a los funcionarios interinos –en su acepción más amplia– del derecho al reconocimiento y percibo de los trienios, primero, y de los sexenios, después[6]. Adelantemos, eso sí, que no son conceptos retributivos homogéneos ni idénticos porque en el primero predomina la idea de la permanencia en el empleo público como único elemento y como hecho de generación mientras que en el segundo –sexenios– la condición previa de funcionario de carrera (fijo) o interino (no fijo) es una condición pero no la única para la obtención del complemento en cuestión.

Centremos el análisis, en primer término en lo que resultó más sencillo: la determinación del derecho al percibo de trienios por quien no tiene la condición de personal fijo en el ámbito de la Administración.

Recordemos, en este punto, que la cuestión de los trienios en nuestro Ordenamiento estaba siendo objeto de una amplia polémica como consecuencia de la determinación del alcance de la prescripción contenida en el artículo 25 del EBEP cuando señala «…1. Los funcionarios interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. Percibirán asimismo las retribuciones complementarias a que se refieren los apartados b, c y d del artículo 24 y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre. 2. Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo…».

Podemos avanzar aquí, sin perjuicio de lo que analizaremos más adelante, que el EBEP ya tuvo en consideración la posición del Ordenamiento comunitario en relación con el tratamiento de las relaciones de empleo precario y procedió al reconocimiento de los trienios a quienes hasta ese momento y por mor de la naturaleza de su relación tenían impedido el percibo de las mismas. Es cierto que la propia configuración del EBEP, en sus aspectos estructurales, hizo que sus efectos no estuvieran claros para lo que podríamos denominar como colectivos de régimen especial.

De esta forma y como consecuencia del complejo entramado normativo en el que se sitúa el EBEP y de las demoras en la implementación definitiva del esquema al

5. Con carácter general, Ballesteros Moffa, L. A., *La aplicación administrativa directa del Derecho comunitario*. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2002.

6. Sobre la ordenación de las relaciones del empleo público en el EBEP puede verse el trabajo De Cantero Martínez, J., «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas». En *Estatuto Básico del Empleado Público*. Dir. Ortega Álvarez, L., Madrid. 2007.

que apunta el artículo 6º [7] del mismo se ha complicado la interpretación de algunas relaciones jurídicas y, en concreto, la que se refiere a la normativa aplicable al personal de los servicios de salud[8].

En lo que sí parece haber coincidencia es en que, con independencia de la redacción y la regulación concreta, el EBEP tiene una vocación de generalidad que lleva a Pérez Gálvez a indicar que «…la norma de referencia es el EBEP; el EBEP, en su artículo 2.3, consagra la aplicación al personal estatutario de los servicios de salud su legislación específica; la columna vertebral de la normativa especial en el ámbito del personal sanitario es el EM que no ha sido derogado. El artículo 2.2. de este Texto es concluyente: "en lo no previsto en esta ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente … o en los pactos o acuerdos regulados en el Capítulo XIV …serán aplicables al personal estatutario, las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente…"»[9].

Como es sabido este personal cuenta con una normativa propia que, en el plano de la ley, se identifica con el denominado Estatuto Marco (Ley 55/2003, de 16 de diciembre)[10].

Pues bien, el EM en su artículo 44 indica que «…El personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios…».

El problema, como hemos indicado, es el relativo a la relaciones entre la normativa general y la especial[11]. En condiciones normales y a la espera de cómo las Comunidades Autónomas resuelven la propia prelación de fuentes podemos indicar

7. El citado precepto establece que «…En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas…».

8. En este sentido, el artículo 2º del EBEP señala que «…3. El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84.4. Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud…».

9. Pérez Gálvez. J. F., *Incidencia del Estatuto del Empleado Público en el acceso al empleo del personal de los servicios de Salud*. Madrid. 2011. p. 314; En el mismo sentido, Alegre Ávila, J. M. *REDA*. núm. 148. Madrid. 2010.

10. Con carácter general, Castillo Blanco, F., «El Estatuto Marco del Personal Estatutario». En *La Reforma del Sistema Nacional de Salud*. Dir. Parejo Alfonso, L., Palomar Olmeda, A. y Vaquer Caballeria, M., Madrid. 2004.

11. Para formar un criterio claro sobre estas antinomias véase el cuadro que incluye en las pp. 30 y 309, el libro de Pérez Gálvez, J. F., *Incidencia del Estatuto Básico del empleado público en el acceso al empleo del personal de los servicios de Salud*. Madrid. 2011.

que la vocación generalista y de aplicación general del EBEP frente al conjunto de los empleados públicos había entrado en barrena y realmente las relaciones se estaban planteando sobre la base la normativa anterior-posterior o de la relación general-especial. La cuestión central es que no se ha hecho con visión de conjunto si no de espigueo de las peculiaridades de cada parte de la relación jurídica de forma que se aplique la norma más favorable.

En consecuencia lo que se ha llegado a plantear en el tema de los trienios que hemos tomado como central para el planteamiento general que venimos indicando es el de aplicar el EBEP frente al Estatuto marco. El EBEP más en la línea comunitaria de aproximación de regulaciones y el EM más en la línea convencional de diferenciar nítidamente los derechos de quienes están establemente en la organización y quienes no gozan de tal condición.

En este estado de cosas se produce la discusión sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio que en su cláusula 4 establece que «…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…».

En este punto y por enmarcar de una forma más amplia esta cuestión a la que nos estamos refiriendo podemos asumir el resumen que realiza Ordóñez Solís cuando indica que el acercamiento o la aproximación se puede visualizar en cuestiones como la ordenación del tiempo de trabajo, la seguridad y salud de los empleados públicos; el reconocimiento de la antigüedad de los empleados públicos temporales o, incluso, el derecho al disfrute de vacaciones retribuidas por los empleados públicos[12].

III. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN ESPAÑA

Centrándonos, en este momento, en la cuestión de los trienios al personal no fijo de las Administraciones Públicas que es donde nos habíamos situado como el primero y más paradigmático de los supuestos que justifican la aproximación de legislaciones y de regulaciones podemos indicar que su aplicación, en términos jurisdiccionales, resultó ciertamente compleja probablemente porque en el fondo late la dificultad real de la aplicación directa del Derecho Comunitario y la aplicación a relaciones tan cotidianas de los cánones de la aplicación directa que, ciertamente, parecen pensados para relaciones más complejas.

Analicemos las vicisitudes derivadas de las diferentes resoluciones judiciales.

12. Ordóñez Solís, D., «Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea». *Actualidad Administrativa*, nº 3, Quincena del 1 al 15 feb. 2012, p. 272, tomo 1, Editorial LA LEY.

1. PRIMERA INCIDENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL

Aunque no sea este el momento de hacer una consideración muy amplia sobre el fuero jurisdiccional de enjuiciamiento de las cuestiones que surgen entre el personal estatutario del Servicio Nacional de Salud sí podemos indicar a efectos de que se entienda la propia dinámica de la intervención sucesiva de dos órdenes jurisdiccionales que realmente se trata de una materia que ha pasado de los tribunales del orden social al ámbito administrativo y que, por tanto, no es infrecuente encontrar en algunas materias pronunciamientos –no siempre acordes– de ambos órdenes jurisdiccionales.

En este sentido comencemos por señalar que el Auto dictado por la Sala de lo Social del Alto Tribunal, de 31 de enero de 2008, alude la doctrina contenida en la Sentencia de 17 de mayo de 2004, sobre equiparación expresa en derechos y condiciones de trabajo entre trabajadores fijos y temporales o, dicho de otro modo, sobre la «normalización igualitaria» entre ambos tipos de trabajadores, impuesta ya por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, negando que exista una aplicación retroactiva de la Ley 12/2001, que por otro lado, se añade, hubiese estado justificada.

La Directiva mencionada es aplicada por la Sala, incluso como mero criterio interpretativo, cuando por razones cronológicas no era aún aplicable al caso litigioso, y que a partir de la Sentencia de 7 de octubre de 2002, antes citada, provoca un cambio jurisprudencial para adaptar la doctrina de la propia Sala a la nueva situación legislativa.

En este orden de consideraciones, merece destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de mayo del 2008, que, con remisión a una Sentencia precedente, de 7 de octubre de 2002, dictada en Sala General, reiteraba que tanto lo dispuesto en la Directiva 1999/70 CEE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración indefinida, como en el Art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores, trasposición de aquella, cuando dispone que los trabajadores con contratos temporales y duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con duración indefinida y expresa *«aún no aplicables tales preceptos a la situación contemplada en aquella sentencia ni en ésta por razones temporales, había que tenerlas en cuenta a la hora de interpretar los preceptos de cualquier convenio anterior a la hora de resolver los problemas concretos de aplicación de lo dispuesto en ellos a situaciones anteriores, en clara defensa de un principio de igualdad de trato entre fijos y temporales sin más excepciones que las contenidas en las previsiones legales o en razones objetivas suficientemente justificativas de la diferencia de trato».*

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La posición de los Tribunales del orden contencioso-administrativo puede considerarse errática en un primer momento. Tomamos como referencia la establecida

por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que señaló un criterio que podríamos denominar como más contundente y, prácticamente, definitivo.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia de 10 de marzo de 2011 estableció[13] la siguiente doctrina:

2.1. Aplicación de la Directiva al ámbito de las Administraciones Públicas y, en concreto, al ámbito del empleo público

En los términos que anteriormente hemos planteado la primera cuestión que tuvo que justificar la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es la aplicación de la Directiva 1999/70, esto es, de la normativa laboral sobre la discriminación en el marco de las relaciones comunes y, por tanto, las previsiones que la normativa comunitaria establece en relación con las relaciones estables y no estables.

En punto a esta cuestión la Sentencia señala que «… Y no lo fue pese a que sobre la aplicabilidad al Sector Público (Función Pública inclusive) de las Directivas en materia de igualdad en el empleo, los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya eran unánimes y reiterados antes de la promulgación de la Directiva 1999/70, baste destacar, a título ilustrativo, el de 2 de Octubre de 1997 (rec. N_ C-1/1995), en cuyo apartado 18 se precisa: "Debe señalarse que, excluir la función pública de su ámbito de aplicación, sería contrario a la finalidad del artículo 119. Por lo demás, el Tribunal de Justicia declaró, en su Sentencia de 21 de Mayo de 1985, Comisión/Alemania (248/83, Rec. p. 1459), apartado 16, que la Directiva 76/207, al igual que la Directiva 75/117, se aplica a las relaciones de empleo del sector público. Precisó, además, que estas Directivas, como el artículo 119, tienen un alcance general, inherente a la propia naturaleza del principio en ellas definido"…».

Respecto de la Directiva en cuestión se pronunció el Tribunal Europeo en su Sentencia de 13 de Septiembre de 2007 (caso Yolanda del Cerro contra Servicio Vasco de Salud), reconociendo el derecho de los funcionarios interinos a percibir la retribución por trienios, al afirmar en su parte dispositiva:

«1.– El concepto de «condiciones de trabajo» a que se refiere la Cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de Marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de Junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que 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.

2.– La Cláusula 4, punto 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con

13. Posteriormente en la STSJ de Madrid de 1 de abril de 2011.

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».

Como consecuencia de lo anterior la Sentencia del Tribunal de Justicia indica que «…En este sentido se razona el dicho último pronunciamiento, reafirmando la aplicabilidad de dicha normativa al personal de las Administraciones Públicas Españolas, en el apartado 25 de la Sentencia:

"A este respecto, el Tribunal de Justicia ha señalado, ya que se deduce tanto del tenor literal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco como del sistema y la finalidad de éstos, que las disposiciones contenidas en ellos se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público" (Sentencias de 4 de Julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartados 54 y 57, así como de 7 de Septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, Rec. p. I-7213, apartados 40 a 43, y Vassallo, C-180/04, Rec. p. I-7251, apartados 32 a 35)».

Es más, se añade, en el apartado 27, «Ahora bien, habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas».

Y en el apartado 28: «En consecuencia, la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador».

Y en el apartado 29. «La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como "de plantilla" con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco así como la aplicación uniforme de éstos en los Estados miembros, reservando a estos últimos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios (véanse, por analogía, las Sentencias de 9 de Septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02, Rec. p. I-8389, apartados 58 y 59, así como de 5 de Octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 99). Tal como se deduce no sólo del artículo 249 CE, párrafo tercero, sino también del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, interpretado a la luz del decimoséptimo considerando de ésta, los Estados miembros se encuentran

obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho comunitario (véase la sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 68)…».

2.2. Los términos de la aplicación

En fin, se señala en el apartado 57: «En estas circunstancias, debe entenderse que dicho concepto no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo».

Y se concluye en el 58: «Bien al contrario, el referido concepto requiere que la desigualdad de trato controvertida esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto».

La conclusión de que la función pública como sector y los empleados públicos como colectivo se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70, fue ya avanzada en el asunto Konstantinos Adeneler (Sentencia de 4 de Julio de 2006 ya citada), se vio ratificada por la Sentencia de 15 de Abril de 2008 (caso Impact), que llega a proclamar la igualdad de derechos entre el personal temporal no funcionario y el funcionario comparable de las administraciones públicas irlandesas (apartado 18), reconociendo la equiparación en retribuciones y en algunos aspectos de la protección social; y por la Sentencia de 23 de Abril de 2009 (caso Kiriaki Angelidaki) relativa a la consolidación del empleo de los funcionarios interinos.

Estos pronunciamientos, suficientemente precisos, han sido reiterados, con mayor claridad si cabe, para el caso del Derecho Español, en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010, dictada en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09 (entre personal interino y la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Junta de Galicia), derivados de peticiones de decisión prejudicial planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo n° 3 de A Coruña y n° 3 de Pontevedra, y que concluye:

«1) Un miembro del personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia, como la demandante en el litigio principal, está incluido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de Junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y en el del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de Marzo de 1999, que figura en el anexo de dicha Directiva;

2) Un complemento salarial por antigüedad como el controvertido en el litigio principal está incluido, en la medida en que constituye una condición de trabajo, en la Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, de manera que los trabajadores

con contrato de trabajo de duración determinada pueden oponerse a un trato que, en relación con el pago de dicho complemento y sin ninguna justificación objetiva, es menos favorable que el trato dispensado a los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable. La naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, en el sentido de esta cláusula del Acuerdo marco».

2.3. El tiempo de la aplicación: la fecha de la transposición y el efecto directo de la normativa comunitaria

En este punto la Sentencia que venimos analizando señala que «… En el Fundamento precedente hemos concluido que la Función Pública Española se encuentra en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de Junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y en el del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de Marzo de 1999, que figura en el anexo de dicha Directiva».

Ocurre, sin embargo, que en la fecha límite de trasposición de la misma, que era el 10 de Julio de 2001 como sabemos, tal trasposición no se había llevado a cabo, pues la misma no se produjo hasta la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo artículo 25, que lleva por título «retribuciones de los funcionarios interinos», dispone en su apartado segundo que «se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo».

Debe recordarse que la mera circunstancia de que una disposición nacional como el artículo 25, apartado 2, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70 no excluye que dicha disposición pueda ser considerada una medida nacional de trasposición de esta Directiva al Derecho interno (en este sentido ver pronunciamiento tercero de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de Diciembre de 2010 a la que ya nos hemos referido).

En este estadio de la argumentación hemos de detenernos a analizar la problemática que plantean dos cuestiones de capital importancia, a saber, si la Directiva no ejecutada a su vencimiento por el Estado Español en el aspecto debatido engendra derechos a favor de los particulares afectados o, dicho en otras palabras, si la Directiva, en el supuesto de haber vencido el plazo de ejecución sin que España la hubiera desarrollado en su derecho interno respecto al personal que presta sus servicios para las Administraciones Públicas como personal interino, es directamente aplicable a éstos y, además, cuáles serían los efectos de una trasposición limitada, insuficiente, incompleta o deficiente de la Directiva.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado –hace ya tiempo– «la eficacia directa vertical» de las Directivas en determinadas circunstancias. Con precedentes anteriores, pero ya decididamente desde las Sentencias de 5

de Abril de 1979, Rati, 148/78, y 12 de Enero de 1982, Becker 8/81, se condiciona la invocabilidad de una Directiva y su efecto directo, a la expiración del plazo dado a los Estados para su adaptación interna y, en consecuencia, a la ausencia, insuficiencia o deficiencias en la adaptación y a que desde el punto de vista de su contenido la Directiva sea clara y precisa e incondicional en el sentido de que funde una obligación concreta desprovista de ambigüedad. Este carácter obligatorio de la Directiva para los Estados se deduce de los artículos 5 –hoy 10– y 189 –hoy 249– del Tratado, que en virtud del efecto útil de la Directiva, fundamentan el derecho del particular a invocar a su favor una Directiva no ejecutada, e impiden al Estado miembro sustraerse a las obligaciones que la Directiva le impone (Sentencias de 5 de Abril de 1979, Ratti 148/1978, 19 de Enero de 1982, Becker 8/1981, 26 de Febrero de 1986, Marschall 152/1984, 20 de Septiembre de 1988, Moormann 190/87 y 26 de Septiembre de 2000, IGI – Investiments Inmobiliarios SA).

Quiere ello decir que siempre que las disposiciones de una Directiva sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, podrán ser invocadas frente al Estado que no haya realizado su trasposición en los plazos previstos o la haya efectuado de forma incompleta o deficiente, estando los Jueces nacionales obligados a dar prevalencia a las disposiciones de la Directiva sobre la legislación nacional contraria.

Por tanto, si el Estado Español debía adoptar determinadas medidas en la materia que nos ocupa y no las adoptó en el plazo señalado en la Directiva, o lo hizo deficientemente, su propia inacción o defectuoso proceder no podía malograr el ejercicio de los derechos, para los particulares afectados, que resultan de la Directiva.

En cuanto al carácter vinculante y preferente del Derecho comunitario, no debe olvidarse que el efecto directo de las Directivas puede ser observado por el Juez nacional incluso sin necesidad de que el particular lo invoque a su favor. El TJCE tiene declarado en este aspecto que «el Derecho comunitario no se opone a que un Órgano Jurisdiccional nacional aprecie de oficio la conformidad de una normativa nacional con las disposiciones precisas e incondicionales de una Directiva cuando el plazo de adaptación del Derecho interno a la misma haya vencido, en el caso de que el justiciable no haya invocado ante el Órgano Jurisdiccional los derechos que le confiere la Directiva» (TJCE, Sentencia de 11 de Julio de 1991, Verholen, asuntos acumulados C-87/90, C-88/90 y C-89/90).

En efecto, el TJCE ha desvinculado la eficacia directa de la noción de invocabilidad, de manera que pueda producirse aquélla incluso de oficio ante los poderes públicos, aunque ningún particular la invoque a su favor, lo que no resulta ser más que una consecuencia inevitable de construcción teórica de la doctrina de la eficacia directa de las normas comunitarias conforme se articuló en su pronunciamiento primigenio en la Sentencia Van Gend en Loos, al proclamar que las normas comunitarias crean derechos y obligaciones que las Jurisdicciones nacionales tienen el deber de salvaguardar. Dicho de otro modo, la Directiva, una vez agotado su período

de trasposición, queda integrada en el Ordenamiento jurídico nacional, y debe ser aplicada por sus Órganos Jurisdiccionales en virtud del principio «iura novit curia».

En consecuencia, al aplicar el Derecho interno, el Órgano Jurisdiccional nacional a la hora de interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que persigue la misma y de esta forma atenerse al artículo 189.3 del Tratado CE (actualmente artículo 249 TCE, párrafo tercero).

De lo anterior se deduce, en primer lugar que es obligación del Juzgador Nacional realizar una exégesis de la normativa interna que sea conforme a las normas comunitarias; lo que ha venido a bautizarse como la doctrina de la «interpretación conforme», que se dibuja desde los asuntos Von Colson y Kamann (TJCE, Sentencia de 10 de Abril de 1984, asunto 14/83), Marleasing (TJCE, Sentencia de 13 de Noviembre de 1990, asunto C-106/89) o Wagner Miret (TJCE, Sentencia de 16 de Febrero de 1993, asunto C-334/92. Véase, además, la Sentencia de 11 de Julio de 2002, Marks & Spencer, asunto C-62/00).

Más, si dicha interpretación conforme no es posible, cuando la norma comunitaria resulte «incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un Tribunal Nacional» (es decir hábil para desplegar el efecto directo) el Órgano Jurisdiccional Nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho Comunitario (así se manifiesta el TJCE, por ejemplo, en Sentencia de 21 de Mayo de 1987, Albako, asunto 249/85).

2.4. Invocabilidad en el ámbito nacional

Esta cuestión es abordada en la siguiente forma «…En el hilo argumental iniciado en el Fundamento anterior es el momento de poner de relieve que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) en Sentencia de fecha 15 de Abril del 2008, contestó a una cuestión planteada por la Labour Court (Irlanda) relativa a si la Cláusula Cuarta, apartado 1, del Acuerdo Marco aplicado por la Directiva 1999/70/CEE del Consejo era incondicional y suficientemente precisa en sus términos, de modo que pudiera ser invocada por los particulares ante sus Tribunales nacionales, declarando en su parte dispositiva que "la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de Marzo de 1999, que figura como Anexo de la Directiva 1999/70 es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional…", añadiendo que "la Cláusula Cuarta del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que las condiciones de trabajo a las que se refiere dicha disposición incluye las condiciones relativas a la retribución" y ello con fundamento en el punto 130 de la Sentencia en el que se explicita que "al determinar tanto los elementos constitutivos de la retribución como el nivel de estos elementos las autoridades nacionales competentes deben aplicar a

los trabajadores con contratos de duración determinada el principio de no discriminación como está recogido en la Cláusula Cuarta del Acuerdo Marco…"».

Este pronunciamiento ya se había efectuado en la Sentencia de 15 de Abril de 2008 (caso Impact), (véase su pronunciamiento segundo), por lo tanto, tratándose de una Cláusula que despliega el efecto directo la consecuencia es, como resalta en sus fundamentos 46 y 47 la Sentencia de 7 Septiembre de 2006 (caso Cordero Alonso), con cita de la de 12 Diciembre de 2002 (caso Rodríguez Caballero), que: «Cuando se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario y en tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutan las personas comprendidas en la categoría beneficiada (Sentencia Rodríguez Caballero, de 12 de Septiembre de 2002, apartado 42, ya citada) … En tal hipótesis, el juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado el mismo régimen del que disfruten los demás trabajadores (apartado 43 de la propia Sentencia y la Jurisprudencia que allí se cita). Está obligado a ello con independencia de que en el Derecho interno existan disposiciones que le confieran la competencia para hacerlo».

Es lo que se ha venido en denominar «efecto directo de exclusión y de sustitución», ya apuntado en las Sentencias CIA Security (de 30 de Abril de 1996) y Unilever (de 26 de Septiembre 2000) entendiendo que las normas comunitarias engendran directamente derechos a favor de los particulares (fundamentos jurídicos números 49 y 50 CIA Security), doctrina cristalizada en la Sentencia Landelijke (de fecha 7 de Septiembre del año 2004); en virtud de los cuales una vez regulada una materia por una Directiva, como es el caso, la Ley nacional que lo hacía con anterioridad queda sustituida, deviniendo excluida al tiempo la posibilidad de que se elabore una norma nacional al respecto que no se dicte en trasposición de la misma.

En definitiva, la omisión de la trasposición, o su realización de forma incompleta, defectuosa o sin respetar el procedimiento previsto en el Derecho Comunitario, debe ser subsanada por el Juez nacional en el litigio concreto del que está conociendo a través de la aplicación directa de la Directiva para salvaguardar esos derechos, aunque para ello tenga que ignorar la normativa Estatal o Autonómica, en tanto que las Directivas gozan de eficacia directa en el plano vertical, generando obligaciones para la Administración y derechos para los particulares…».

2.5. El alcance del efecto directo

Esta cuestión es, también, abordada como elemento central para la aplicación con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuando señala que «…OCTAVO: Como ya hemos avanzado la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de Septiembre de 2007 abordó el significado y alcance de la Cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de Marzo de 1999, que figura como Anexo a la Directiva

1999/70/CEE del Consejo de 28 de Junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada», señalando que la misma debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión 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, también, que la mencionada Cláusula 4, punto 1, 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 del empleador.

En consecuencia, siendo la Cláusula y apartado de referencia incondicionales y suficientemente precisos para que un particular pueda invocarlos ante sus Tribunales Nacionales, no cabe hacer ninguna objeción a la aplicación de la Directiva 1999/70/CEE del Consejo de 28 de Junio de 1999, con prevalencia sobre la legislación nacional contraria a lo en ella dispuesto, como consecuencia del ya analizado «efecto directo vertical». El paso siguiente, por tanto, ha de ser analizar si el artículo 9 de la Ley 7/2007, de 21 de Diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, respeta lo dispuesto en la Directiva tantas veces citada.

El precepto en cuestión dispone: «1. Los funcionarios interinos devengarán trienios por los servicios que presten a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Órganos de Gestión sin personalidad jurídica propia y demás Entidades de Derecho Público y Entes del sector público de ella dependientes.

2. En iguales términos, se reconocerán los servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyos efectos económicos, de proceder, serán en todo caso posteriores a su entrada en vigor.

3. Mediante orden de la Consejería de Hacienda se regulará el procedimiento para hacer efectivo lo establecido en el presente precepto».

Este precepto, por su claridad evita cualquier necesidad interpretativa, reconoce a los funcionarios interinos de la Comunidad de Madrid trienios por servicios devengados, tanto antes como después de su entrada en vigor, en el ámbito propio de la Administración de la Comunidad de Madrid…».

Los términos en los que se pronuncia la Sentencia analizada nos permite indicar que el juego de los principios aplicativos del Derecho Comunitario ha hecho saltar el dique de contención que la normativa nacional y aun autonómica habían establecido para no propiciar la igualación de regímenes jurídicos.

De esta forma ni la naturaleza del vínculo ni el lugar de prestación de servicios constituyen elementos que puedan considerarse como determinantes de la no aplicación del criterio general.

Es cierto, eso sí, que de forma inmediata se plantearon algunas consideraciones adicionales dado que las conclusiones sobre las que se asienta el Derecho Comunitario pueden proyectarse sobre otras relaciones del mismo estatuto que están (o pueden estar) afectadas por las conclusiones que acabamos de extraer del régimen jurídico del empleo público.

IV. UNA CUESTIÓN ADICIONAL: EL PROGRESO EN LA ORGANIZACIÓN Y EN LOS SISTEMAS DE EMPLEO PÚBLICO

Más allá del tema puntual de los trienios pero cuya incidencia en el replanteamiento que venimos indicando es claramente perceptible por su importancia real y por la línea argumental de los órganos jurisdiccionales que, claramente, trasciende del hecho puntual que se analiza y se sitúa en un plano más amplio, podemos indicar que este pronunciamiento se sitúa en un contorno más amplio en el que la aproximación del régimen jurídico del empleo público a algunos de los derechos que se vienen reconociendo en el ámbito laboral es ya una constante.

En este sentido, el progreso en la organización y, específicamente, la posibilidad de obtener nuevos puestos de trabajo dentro de la misma están en algunos casos condicionados por la valoración o la puntuación de los años de permanencia en la propia organización. Lo tradicional, en este punto, es que los elementos valorables sean únicamente los de permanencia en la organización en condiciones de empleo no precario. Desde una consideración histórica no se había planteado la situación porque, como señalábamos, el empleo precario no estaba pensado para proyectarse en el tiempo y, por tanto, derechos como el traslado no formaban parte de la expectativa razonable que la organización otorgaba a quienes no se integraban en la misma con un carácter definitivo.

Como venimos repitiendo la propia forma de organización se ha tornado muy diferente y, hoy, es razonable encontrarse con empleados públicos cuyo nivel de permanencia hace que no pueda pensarse en el mismo en clave de relación o situación coyuntural que se repondrá o volverá a la situación de normalidad en escaso tiempo. Lejos de esto parece que vamos camino de habituarnos a una relación o una configuración material del empleo público que no tiene su fundamento únicamente en la naturaleza de la relación de empleo.

Es esta, sin duda, una de las causas que justifica una posición radical y, finalmente, acorde en la igualación de los derechos de los colectivos incluidos en el empleo público desde una posición o una consideración diferencial del régimen jurídico de los que se integran en el mismo.

En este sentido, se plantea –poco después– del problema de los trienios si en los concursos de promoción o de traslado dentro de la organización pública podían

quedar excluidos o infravalorados los periodos de desarrollo de la función pública desde una condición de empleado precario. La respuesta del Tribunal de Justicia se movió, rápidamente, en los mismos parámetros que habían servido para resolver la cuestión de la retribución de los empleados no estables.

En este sentido, la STJUE de 8 de septiembre de 2011. En síntesis lo que se plantea es el cómputo de los servicios prestados en una condición diferente a la de funcionario de carrera (funcionario interino) en orden a la admisión en una prueba de promoción interna en la que había que acreditar una determinada titulación o, en defecto de la misma, haber desempeñado un mínimo de 10 años como funcionario de carrera.

El problema: la existencia de una Ley nacional, la 70/1978, de 26 de diciembre de reconocimiento de los servicios previos, en la que se afirma que el reconocimiento de los trienios era únicamente a efectos económicos.

La Sentencia contiene una referencia clara «…62 En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones primera y segunda que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco que figura en el anexo de ésta deben interpretarse en el sentido de que, por un lado, se aplican a las relaciones de servicio de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y el resto de entidades del sector público, y, por otro, exigen que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables de un Estado miembro basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, justifiquen un trato diferente…».

Podríamos indicar que la Sentencia es consciente que la promoción interna tiene un componente muy estructural y organizativo y que, por tanto, no puede identificarse únicamente con la consolidación del empleo si no que puede realmente tratarse de una auténtica promoción, esto es, un cambio del contenido funcional que se venía desempeñando más allá, por tanto, de si esto ocurría en una relación estable o en una relación precaria.

De aquí que podamos aludir a algunas matizaciones en la aplicación de la doctrina establecida por al STJCE cuando señala que:

«…Si se comprobara que las funciones ejercidas por el demandante en el litigio principal como funcionario interino no corresponden a las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente a los cuerpos correspondientes al grupo D exigidas en la convocatoria, de ello se derivaría que el interesado no se encuentra, en cualquier caso, en una situación comparable a la de un funcionario de carrera candidato a la promoción interna que ha cumplido en dichos cuerpos los períodos de servicio requeridos.

69. En efecto, la naturaleza de las funciones ejercidas por el demandante en el litigio principal durante los años en los que prestó servicios para la Junta de Andalucía como funcionario interino y la calidad de la experiencia adquirida en esta condición no son sólo uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia

de trato con respecto a los funcionarios de carrera. Figuran también entre los criterios que permiten comprobar si el interesado se halla en una situación comparable respecto de éstos…».

Como consecuencia «…En cambio, si el demandante en el litigio principal hubiera cumplido como funcionario interino un período de diez años de servicio en los cuerpos de funcionarios correspondientes a dicho grupo D, o en otro cuerpo cuyas funciones se correspondieran a las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente a los cuerpos correspondientes a dicho grupo, el único elemento que podría diferenciar su situación de la de un funcionario de carrera candidato al proceso selectivo controvertido sería la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vinculaba a su empleador durante el cumplimiento de los períodos de servicio como funcionario interino. 71. En tal caso, debería comprobarse si existe una razón objetiva que justificara que no se tomaran en consideración dichos períodos de servicio en el marco del proceso selectivo controvertido»[14].

El Fallo establece, a los efectos, de lo que aquí se analiza que «… La cláusula 4 de dicho Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. 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 tal razón objetiva…».

Esta Sentencia, con todos los matices que se quiera en relación a la identidad funcional entre los periodos de precariedad y de fijeza, supone, igualmente un cierto replanteamiento en la propia ordenación del empleo público, incluso, podría indicarse que rupturista en relación con la doctrina constitucional en aplicación del principio de mérito y capacidad donde realmente se aprecia una tendencia a la exclusión de este tipo de mérito en razón a que pueden condicionar la pureza aplicativa de aquellos principios. Es cierto que esta tendencia está muy en función del respectivo sistema selectivo pero la tendencia no parece muy discutible en su conjunto.

---

14. En punto a la determinación de si cuando estamos ante causas objetivas existe una determinación clara «…74 La referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. En efecto, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada» (Sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, antes citada, apartados 56 y 57, y Auto Montoya Medina, antes citado, apartados 42 y 43).

Pero las cosas no quedan aquí. Si vinculamos la doctrina de la sentencia expuesta con la ya más antigua STJCE de 26 de octubre de 2006 podríamos llegar a la conclusión de que se añade un efecto adicional: los méritos no pueden referirse a la misma Administración.

En este sentido la Sentencia afirma:

«…A este respecto, es jurisprudencia reiterada que, en virtud del artículo 39 CE, cuando un organismo público de un Estado miembro se propone, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 4 del citado artículo, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones, respecto a los nacionales comunitarios, en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en el Estado miembro al que pertenece dicho organismo o en otro Estado miembro (véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 1994 [TJCE 1994, 21], Scholz, C-419/92, Rec. p. I-505, apartado 12; de 12 de mayo de 2005 [TJCE 2005, 130], Comisión/Italia, antes citada, apartado 14, y de 23 de febrero de 2006 [TJCE 2006, 55], Comisión/España, C-205/04, no publicada en la Recopilación, apartado 14)[15]…».

15. Como consecuencia de esta doctrina, la propia Sentencia señala que «…De toda esta jurisprudencia se desprende que la negativa a reconocer la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el ejercicio de una actividad comparable en una administración pública de otro Estado miembro por nacionales comunitarios empleados posteriormente en la función pública italiana, basándose en que los referidos nacionales no han superado un concurso público antes de ejercer su actividad en el sector público de ese otro Estado, no puede ser admitida, puesto que, como ha señalado la Abogado General en el punto 28 de sus conclusiones, no todos los Estados miembros proveen todas las plazas del sector público mediante concurso público. La discriminación en este contexto sólo se puede evitar si se tienen en cuenta los períodos de actividad comparable en el sector público de otro Estado miembro cubiertos por una persona seleccionada de conformidad con los requisitos locales…».

En esta misma línea, la STJCE de 12 de mayo de 2005 afirma que «…Por lo que respecta a la selección de personal docente sobre la base de listas de aptitud permanentes, que, como se ha señalado en el apartado 10 de la presente sentencia, afectan a la mitad de los puestos disponibles por año académico, el Gobierno italiano reconoció, en su escrito de contestación, que dispensaba un trato distinto a los nacionales comunitarios según que la experiencia profesional tomada en consideración para la inclusión en dichas listas se hubiera adquirido en el territorio nacional o en otros Estados miembros, diferencia que se justifica, a su juicio, por la inexistencia de equivalencia entre los contenidos y programas de la enseñanza italiana y los de la enseñanza impartida fuera de Italia.

18. Ahora bien, de la jurisprudencia citada en el apartado 14 de la presente sentencia resulta que no puede justificarse una postura totalmente opuesta a la consideración de la experiencia adquirida merced a actividades docentes ejercidas en otros Estados miembros con el argumento de que existen diferencias entre los programas de enseñanza de dichos Estados. En efecto, es innegable que la experiencia relativa a una enseñanza específica, como la exigida por la normativa italiana, en particular, en el sector de la enseñanza

V. UN PASO MÁS: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL PERCIBO DEL COMPLEMENTO DE SEXENIOS

Es cierto que cuando se abre la espita de la igualación de regímenes y de efectos jurídicos de la situación de empleo se plantean algunos elementos adicionales en los que, probablemente, no se había reparado hasta ese momento. En el presente caso el complemento de sexenios retribuye la permanencia en la Administración (seis años) y la realización de un número de horas de formación en dicho periodo. Este complemento se había reconocido únicamente a los funcionarios de carrera de forma que, cualquiera que fuera el periodo de permanencia en la Administración sino era en condición de funcionario de carrera no podía llegar a la percepción de los sexenios ni a su reconocimiento.

Estos requisitos y, específicamente, el relativo a la permanencia en la Administración Pública en condiciones de estabilidad fue, inmediatamente, replanteado a la luz de la doctrina que hemos analizado y de las exigencias de igualación de regímenes jurídicos que hemos señalado como una de las características centrales de la aplicación de la normativa comunitaria.

La cuestión, siguiendo la inercia comunitaria, se planteó en el ámbito jurisdiccional con suerte diversa. Las discrepancias se centraban en su carácter no automático y en la vinculación al cumplimiento de otros requisitos adicionales como son los créditos de formación durante el período y, finalmente, en el papel real que la condición de funcionario de carrera otorgaba a dicho complemento.

Después de muchas vicisitudes, la cuestión ha quedado zanjada con la publicación de la STC de 5 de noviembre de 2015 que resuelve el recurso de amparo 1709/2013 interpuesto contra la STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2012, que estimaba el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, revocando la Sentencia apelada y declarando conforme a derecho la resolución administrativa recurrida en la instancia. La Sentencia se remite a otros pronunciamientos anteriores de la misma Sala, y en concreto a la Sentencia de la Sección 3ª de 16 de enero de 2012 ([JUR 2012, 203251] recurso núm. 283/2010), para razonar, por lo que aquí importa, que sí existen «razones objetivas» que justifican, de conformidad con lo establecido en la citada Directiva, el trato diferente dispensado al recurrente, profesor interino, respecto a los profesores que son funcionarios de carrera[16].

---

artística o en la enseñanza impartida a las personas discapacitadas, puede también adquirirse en otros Estados miembros.

19. En cuanto al tercer método de selección, al que se alude en el apartado 10 de la presente sentencia, relativo a la selección basada en listas especiales de suplencia, tampoco parece que pueda garantizar plenamente la igualdad de trato exigida por los artículos 39 CE (ter y) y 3 del Reglamento núm. 1612/68. En efecto, el análisis de los textos aportados por el Gobierno italiano durante el presente procedimiento patentiza un grado distinto de valoración de la experiencia profesional según que ésta se haya adquirido en el territorio nacional o en otros Estados miembros…».

16. Es cierto que este mismo Tribunal había tenido una posición más abierta en la STSJ de 9 de junio de 2001 al señalar que «… Es en base a estos servicios a los que se acaba de hacer

Así lo explica la citada Sentencia:

«Múltiples Sentencias del Tribunal Supremo señalan que desvanecida la primera impresión de afinidad entre quienes son funcionarios de carrera y quienes no lo son, que provocan las notas de ser personal incorporado a la Administración a través de la relación de servicios profesionales retribuidos sometida al Derecho Administrativo, son muchas las diferencias existentes entre ambos (sistema de selección, acceso, traslados, procedimiento organizativo interno, régimen de permanencia, etc.); diferencias de régimen jurídico existentes ya desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de Febrero y mantenida por la legislación posterior, que establecen al funcionario interino como una especie funcionarial diferenciada sustancialmente del funcionario de carrera, lo que va a incidir necesariamente en el marco de sus derechos.

Dicha singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera ni es contraria al principio de igualdad ni vulnera, en principio, la Directiva Comunitaria

---

alusión, prestados por la actora con anterioridad a su ingreso en el Cuerpo de Profesores de Maestros, por los que doña Pilar V. M. solicitó de la Dirección Provincial del MEC en Murcia que se le tuvieran en cuenta para el cómputo de sexenios a efectos de percibir el correspondiente componente del complemento específico establecido por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de octubre de 1991, solicitud que fue desestimada al entender que esos servicios no se podían tener en cuenta a los efectos pretendidos pues no habían sido prestados en un centro de los integrados en la Red Pública de centros creados y sostenidos económicamente por las Administraciones Públicas con competencia plena en materia educativa (Ministerio de Educación y Ciencia y Comunidades Autónomas).

El problema por tanto, queda concretado en determinar si el tiempo de los servicios docentes prestados para un Ayuntamiento es o no computable para determinar el componente de formación permanente del complemento específico en el ámbito de la docencia no universitaria del Ministerio de Educación y Cultura.

El precepto transcrito del Acuerdo del Consejo de ministros de 11 de octubre de 1991, no dice por ningún lado ni de ninguna forma que sólo se puedan computar a efectos de sexenios los servicios prestados en un centro "integrado en la Red Pública de Centros creados y sostenidos económicamente por las Administraciones Públicas con competencias plenas en materia educativa (MEC y CCAA)" que es la interpretación restrictiva efectuada por la Instrucción. Lo que dice exactamente es que a efectos de completar sexenios (períodos de seis años de servicios como funcionarios de carrera de la función pública docente no universitaria) "se tendrán en cuenta los servicios prestados en la Administración educativa y en la función inspectora en el supuesto de retorno a la función docente, así como los desempeñados en la función pública docente con anterioridad al ingreso en los correspondientes cuerpos", y en un sentido amplio es evidente que la función pública docente se puede ejercer, y así lo entiende esta Sala (Sección 6ª), no sólo en los centros de Enseñanza del Ministerio de Educación y Ciencia y de las Comunidades Autónomas, sino también en otros centros públicos en los que se ejerza la docencia como pueden ser las Universidades Populares de las Corporaciones Locales, u otros similares en los que de forma oficial se impartan enseñanzas, razón por la cual la pretensión de la actora debe ser aceptada, pues como dice la doctrina del Tribunal Supremo a propósito de la interpretación de las normas jurídicas, "donde la Ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir"…».

al existir razones objetivas que pueden justificar la diferencia de trato, y eso es lo que ocurre en el supuesto debatido, por cuanto que el componente de formación permanente está íntimamente vinculado con la carrera profesional del funcionario, y tiene por finalidad reconocer el interés del funcionario, en seguir formándose con posterioridad a su ingreso en la función pública tras la superación de los procesos de selección correspondientes.

Pues bien, aplicando dichos razonamientos al presente caso, es evidente la procedencia de estimar el presente recurso de apelación y declarar conforme a derecho la Orden de 20 de octubre de 2010 de la Consejería de Educación que desestimaba el recurso de reposición formulado contra la desestimación por silencio de la reclamación de solicitud de complemento de formación (**sexenios**) efectuada por el hoy apelado».

El Tribunal Constitucional dicta la STC de 5 de noviembre de 2015 en la que estima el recurso de amparo interpuesto frente a la anterior sentencia del TSJ de Madrid y otorga el amparo al recurrente en aplicación de las reglas convencionales del Derecho Comunitario.

La línea argumental de la STC puede resumirse en los siguientes hitos:

1. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL AMPARO Y JUSTIFICACIÓN DE SU PROPIA ADMISIÓN

Es el fundamento de derecho segundo de la STC el que señala, a este respecto, que «… Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con los arts. 49.1 y 50.1.b) de nuestra Ley Orgánica reguladora, esta condición de requisito de admisión y por consiguiente de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo [RTC 2012, 113], FJ 2, y las allí citadas) así como exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015 TEDH 2015, 3, asunto *Arribas Antón contra España*, apartado 46) obligan a explicitar el cumplimiento de ese requisito para hacer así recognoscibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, este Tribunal decidió admitir este recurso de amparo porque, en primer lugar, sus circunstancias podían permitir desarrollar nuestra doctrina sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea [supuesto a) de los enunciados en la STC 155/2009, de 25 de junio (RTC 2009, 155), FJ 2], y además, en segundo lugar, porque esas mismas circunstancias permitían a este Tribunal valorar si procede mantener o matizar nuestra doctrina acerca de la proyección del derecho a la igualdad entre situaciones funcionariales, y en concreto entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, establecida desde la STC 7/1984, de 7 de enero (RTC 1984, 7) [supuesto b) de la STC 155/2009, FJ 2, antes citada]. Lo cual no significa necesariamente que esos dos factores relevantes para decidir la admisión del recurso deban trasladarse al núcleo de nuestra razón

de decidir sobre el fondo del recurso, pues como ya tuvimos ocasión de aclarar en la STC 9/2015, de 2 de febrero (RTC 2015, 9), FJ 3, la estructura del razonamiento, el orden conforme al cual han de estudiarse las quejas ante nosotros esgrimidas u otras razones pueden impedirlo…».

Esta consideración nos ubica en el propio planteamiento de la STC que se centra, por tanto, en la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho comunitario en la conformación del régimen de los empleados públicos lo que, posteriormente, lleva al Tribual a analizar su propia posición en el marco de ejecución del Derecho comunitario y, finalmente, la diferencia de trato y su relevancia constitucional según la propia doctrina comunitaria. Examinemos cómo ha resuelto ambas cuestiones el Tribunal Constitucional.

2. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Se refiere a esta cuestión la STC de 5 de noviembre de 2015 indicando que «…Desde esta perspectiva, esta jurisdicción constitucional debe operar con un doble canon de enjuiciamiento:

a) Por un lado, el general del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que comprende, por lo que aquí importa, el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto último de la decisión, ámbito éste último ajeno a esta jurisdicción constitucional (así, para un caso semejante, STC 27/2013, de 11 de febrero [RTC 2013, 27], FJ 5).

Por lo que a este caso igualmente importa, este derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE también comprende el derecho a una resolución congruente (por todas, STC 3/2011, de 14 de febrero [RTC 2011, 3], FJ 3), una congruencia que debe referirse no solo a esas pretensiones oportunamente deducidas, conformadas por el *petitum* y la *causa petendi*, sino también, muy especialmente, a todas las alegaciones sustanciales deducidas por las partes (así, entre otras muchas, STC 204/2009, de 23 de noviembre [RTC 2009, 204], FJ 3).

b) Por otro lado, este Tribunal debe valorar también el canon más específico del derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan "conforme al sistema de fuentes establecido" (STC 58/2004 [RTC 2004, 58], FJ 14; y, en el mismo sentido, STC 173/2002, de 9 de octubre [RTC 2002, 173], FJ 10). Porque como recuerda STC 58/2004 primeramente citada, "no cabe duda de que, conforme al art. 96 de nuestra Constitución, el Tratado de la Comunidad Europea –y concretamente, en este caso, su art. 234 [actual art. 267 TFUE– forma parte del Ordenamiento interno; por ello la cuestión prejudicial prevista en dicho precepto configura un instrumento más al servicio de los Jueces y Tribunales para la depuración del Ordenamiento jurídico" (STC 58/2004 [RTC 2004, 58], FJ 10),

y de conformidad con ese instrumento, "ante una duda en la aplicación del Derecho comunitario, el Juez o Tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna, en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro". "Ahora bien", matizábamos inmediatamente, "esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991 [TJCE 1991, 296], asunto *Francovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81)" STC 58/2004 (RTC 2004, 58), FJ 9; y, en el mismo sentido, STC Pleno 78/2010 (RTC 2010, 78), FJ 2 b)]. Y esto era, justamente, lo que sucedía en el presente caso, podemos avanzar ya para una mayor claridad expositiva, pues la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE preterida por la resolución judicial recurrida en amparo había sido ya interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que se opone a una normativa como la española en materia de "**sexenios**" que reserva sin ninguna justificación por razones objetivas este complemento salarial a los funcionarios de carrera excluyendo a los funcionarios interinos en general (Sentencias del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 [TJCE 2007, 229] y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414]) y a los profesores de educación secundaria interinos en particular (Auto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012), tal y como inmediatamente se verá…».

3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA IGUALACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO

Esta es la cuestión central desde el punto de vista material y lo que realmente plantea es si la diferente configuración jurídica de la relación de empleo permite diferenciar nítidamente el marco general de retribuciones de los diferentes empleados públicos. Los apartados anteriores ponen de manifiesto lo que hemos denominado una aproximación por la vía de las condiciones que fija el Derecho comunitario en aplicación de las condiciones de igualdad de las distintas clases de empleados públicos y, en esta Sentencia lo que se trataba de delimitar es el margen final de la igualdad y si la misma afectaba únicamente a las que pudiéramos considerar como retribuciones ligadas a un concepto objetivo: la permanencia en el empleo público o, adicionalmente, en otro tipo de retribuciones que están en función del progreso en la organización o de la realización de actividades complementarias dentro de la misma organización.

La STC 5 de noviembre de 2015 determina, en este punto, lo siguiente:

«…Continuando con la resolución de este recurso que ahora nos ocupa, conviene resaltar la importancia capital que tienen aquí las dos siguientes circunstancias del caso:

a) En primer lugar, que como ya se anticipó, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado ya antes de la deliberación y fallo del recurso por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre cuál era la interpretación correcta del principio de no discriminación contenido en la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE. Lo había hecho en diversas Sentencias dictadas con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles (entre otras, STJUE *del Cerro Alonso*, de 13 de septiembre de 2007 [TJCE 2007, 229], y STJUE *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, de 22 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 414], ambas sobre funcionarios interinos y trienios) y, singularmente, en el Auto *Lorenzo Martínez* de 9 de febrero de 2012, dictado con ocasión de una cuestión prejudicial planteada también por un Juez español con ocasión de una reclamación del todo idéntica a la subyacente a este amparo (planteada por una profesora de enseñanza no universitaria interina reclamando el reconocimiento y cobro de los citados "**sexenios**" que la normativa interna española solo reconoce a los profesores funcionarios de carrera) y en el que el Tribunal de Justicia resolvió que:

"La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que 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".

b) Y en segundo lugar, que esa jurisprudencia del TJUE había sido introducida y formaba parte del objeto del debate. Era conocida, por tanto, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sobre la relevancia de este dato, véase, por todas, la STC 145/2012, de 2 de julio [RTC 2012, 145], FJ 4). Por un lado, porque la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 24 de Madrid, objeto del recurso de apelación que debía resolver la Sala de Madrid, se basaba en la Sentencia *del Cerro Alonso* antes citada. Y por otro, porque al conocer la parte el posterior Auto *Lorenzo Martínez* igualmente citado, procedió a aportar a la Sala una copia del mismo a fin de que fuera conocido y valorado por ella en la resolución de la apelación. Y consta la providencia que tiene por recibido ese escrito. Todo ello, además, antes de la fecha señalada para la votación y fallo de esa apelación.

Frente a todo ello, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (i) ni cita ni valora la jurisprudencia del TJUE mencionada, (ii) ni, lo que es verdaderamente relevante, cita o valora el Auto *Lorenzo Martínez* de 9 de febrero de 2012, sino que se limita a remitirse a un pronunciamiento anterior de la Sección 3ª de la misma Sala (de 16 de enero de 2010) y a motivar así, por referencia o remisión, que no consideraba discriminatoria la denegación de los **sexenios** acordada por la Administración por la singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera, cuando esa circunstancia había sido ya precisamente excluida por el Tribunal de Justicia como una "razón objetiva" válida para el trato diferente permitido bajo ciertas condiciones por la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE.

Pues bien, con tal decisión (y motivación), la Sala dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, como era la existencia de ese precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte; y al no hacerlo, resolvió además el recurso de apelación con una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso" (STC 145/2012 [RTC 2012, 145], FJ 6), en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante (FJ 5) vulnerando con ello el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

Según hemos recordado más arriba, este principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para casos semejantes (Sentencias *del Cerro Alonso* de 13 de septiembre de 2007 y *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* de 22 de diciembre de 2010, antes citadas) y, sobre todo, para un caso idéntico al que la Sala de Madrid debía resolver, como era el caso *Lorenzo Martínez*, igualmente mencionado (Auto de 9 de febrero de 2012), con preferencia sobre el derecho interno incompatible. Una aplicación directa que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto "aclarado" por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial "materialmente idéntica" planteada en un "asunto análogo" (Sentencia *Cilfit* de 6 de octubre de 1982, apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia *Cilfit*, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso"; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio [RTC 2012, 145], y 290/2006], de 9 de octubre [RTC 2006, 290]).

Y ello obliga, en consecuencia, a estimar el presente amparo. Estimación que hace innecesario el examen del segundo motivo de amparo, que se imputa a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones…».

Una interpretación correcta de la Sentencia y de su doctrina nos lleva a indicar que lo que el Tribunal Constitucional reconoce es el derecho a no ser discriminado en o como consecuencia de la condición de interino y, sin perjuicio, de que el reconocimiento real de dicho complemento esté sometido a otros requisitos académicos o administrativos que no tengan que ver, de forma directa, con la condición y, sobre todo, con la naturaleza de la relación de empleo que une al empleado público con la respectiva Administración.

Se trata de un paso más en la aplicación de la doctrina comunitaria sobre la Directiva de 1999 y que afecta a otro aspecto de la relación de empleo público que la legislación específica (en este caso la educativa) había reservado a quienes tienen la condición de empleados públicos de carácter inamovible y que, en el ámbito de la legislación española, reciben la denominación de funcionarios de carrera.

De nuevo, hay que insistir en que la eventual discriminación –remediada por la Sentencia del Tribunal Constitucional– tiene un origen normativo y una consolidación práctica. Desde el punto de vista de la legislación española, al menos, no es previsible que alguien pueda desempeñar un puesto en precario durante el tiempo suficiente para consolidar un sexenio porque realmente si se trata de empleo estructural y, por tanto necesario para la propia organización, ésta debería proveer los instrumentos necesarios para la incorporación definitiva al servicio en cuestión. La ruptura de este principio que es esencial en la configuración española del empleo público es el que ha generado que un puesto estructural se sirva desde regímenes pensados para la temporalidad. La proyección en el tiempo de esta situación es la que genera el juicio comparativo que, finalmente, resuelve el Tribunal Constitucional sobre la base de analizar si la discrepancia de regímenes jurídicos se ajusta a su propia realidad y sí se puede proyectar sobre un tipo de empleo que, finalmente, tiene una continuidad que no estaba prevista ni concebida en dichos términos pero que se ha traducido en una relación estable aunque solo lo sea por la prórroga o la continuidad acordada temporalmente.

Teniendo en cuenta los diferentes precedentes que se han ido viendo y que afectan al acceso al empleo, a los derechos en el marco de la relación y, en general, tienden a proyectarse sobre el conjunto de la realidad de empleo cabe plantearse si estas conclusiones derivadas del pronunciamiento del Tribunal de Justicia deberían afectar a una concepción más amplia que la que se deduce o que la que se obtiene de pronunciamientos judiciales de carácter parcial dentro de la relación de empleo público. A esta consideración nos referimos en el apartado siguiente.

VI. LA APROXIMACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE EMPLEADO PÚBLICO POR OBRA DEL DERECHO COMUNITARIO

El conjunto de las consideraciones que acaban de analizarse y que se sitúan en recientes planteamientos de los tribunales de justicia y del propio Tribunal

Constitucional aplicando una normativa que, ciertamente, tiene ya una antigüedad notable y que, de alguna forma, ha renacido con dichos pronunciamientos nos sitúa, realmente, ante la necesidad de replantearnos la idoneidad del marco jurídico que sirve para delimitar las relaciones del empleo público en la actualidad[17].

En este sentido podemos indicar que la regulación actual del EBEP es tributaria de nuestra historia organizativa y se ha situado en marcar una nítida diferencia entre la relación de carrera, caracterizado por la estabilidad, del empleo precario, pensada en clave coyuntural, de necesidades puntuales, extraordinarias y sin ninguna perspectiva de consolidación porque si se tratase de necesidades estables se hubiera incluido en el ámbito de los procesos que dan cobertura a la primera categoría jurídica de las apuntadas.

Sin embargo, este esquema, vinculado a un régimen jurídico nítidamente diferenciado en derechos y obligaciones, es el que resulta cuestionado, en la actualidad, con los pronunciamientos que acaban de analizarse y con la igualación del régimen jurídico del empleo público por la aproximación del régimen de derechos y obligaciones.

Al tema se refiere Ordóñez Solís cuando señala que «…El estatuto del empleado público en España ha estado sometido en los últimos años a una extraordinaria transformación como consecuencia no solo de los cambios de la propia sociedad sino, de manera especial, de la aplicación del Derecho europeo.

En el marco de la Unión Europea, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha tenido una evolución expansiva tanto de las libertades económicas fundamentales como de los derechos sociales que está ofreciendo nuevas perspectivas con el fin de desterrar la discriminación por razón de la nacionalidad y en su propósito de profundizar en la protección de los derechos sociales de los empleados públicos.

Esta evolución ha sido corroborada de manera especial por la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que consagra, en el ámbito general de la aplicación del Derecho europeo, unos derechos y principios exigibles y aplicables a los empleados públicos nacionales. Así se refleja, por una parte, en la importancia de la tutela judicial efectiva tal como ha sido reconocida por la Carta; y, por otra parte, en el extraordinario alcance del principio de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión respecto de los distintos Derechos nacionales.

Asimismo, la jurisprudencia europea ha tenido un efecto homogeneizador de los distintos Derechos nacionales de la función pública sin que ello suponga, como es evidente, que se pretenda la unificación del régimen de los empleados públicos en Europa.

---

17. Con carácter general, *Justicia, Constitución y Unión Europa*, Madrid, 2005 y *El juez español y el Derecho comunitario: jurisdicción constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, Martínez Sierra, J. M., *La recepción constitucional del Derecho comunitario*, Valencia, 2007.

Y desde el punto de vista español, los efectos de la jurisprudencia europea en el estatuto del empleado público han sido beneficiosos particularmente en un periodo de una cierta desorientación debido a las titánicas tareas de desarrollo del Estado autonómico en que se ha echado de menos una más sólida y coherente construcción legislativa, por ejemplo a través de la colaboración entre el legislador estatal básico y los legisladores autonómicos; y también a la hora de reclamar una mejor implicación de las tareas encomendadas a la interpretación por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo…»[18].

Pues bien, este es el planteamiento en el que, ciertamente, debemos situarnos. La aplicación del Derecho Comunitario por parte de los órganos jurisdiccionales españoles (incluyendo en esta categoría material al propio Tribunal Constitucional) conduce, claramente, a un replanteamiento de los postulados esenciales de la delimitación del régimen jurídico de los empleados públicos en función de su vinculación o permanencia en la organización. Este replanteamiento debería hacerse por el legislador para evitar que los procesos de reconocimiento se eternicen si el reconocimiento corresponde a los Tribunales de Justicia y, sobre todo, se fraccione o diferencie en función del criterio de los respectivos órganos judiciales[19].

Es cierto que esta conclusión se ubica en un contexto de reflexión más genérico y que consiste en cuestionarnos –en general– si el propio EBEP con su falta de desarrollo e implementación real es la norma con la que afrontar el empleo público del futuro sobre la base de elementos y planteamiento modernos y de actualización de las reglas de organización del empleo público. Es evidente que esta cuestión trasciende del objetivo de este trabajo que se sitúa en el análisis del proceso de aplicación y actualización del régimen jurídico de los diferentes empleos públicos como consecuencia de los efectos del Derecho Comunitario aplicado por los órganos jurisdiccionales españoles.

18. Ordóñez Solís, D., «Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea». *Actualidad Administrativa*, nº 3, Quincena del 1 al 15 feb. 2012, p. 272, tomo 1, Editorial LA LEY. Ed. Electrónica y, posteriormente, en «Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores» en el *Estatuto del empleado público en España*. *Unión Europea Aranzadi*, ISSN 1579-0452, nº 10, 2013, pp. 25-58.

19. También, con carácter general, sobre la aplicación directa podemos reseñar los trabajos de: Fernández Vicién, C.; Moreno Tapia-Rivas, I., «Una paso adelante en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales: el asunto courage». *Revista para el análisis del Derecho*, 2002; Maillo González-Orús, J., «La noción de Estado en relación al efecto vertical de las Directiva: aplicación al caso español». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, 1999. Núm. 5.6.