



■ **EL CONSULTOR**
DE LOS AYUNTAMIENTOS

Empleo público y fraude en la contratación temporal

Efectos de la aplicación del Derecho
de la Unión Europea

José María
Campos Daroca

Empleo público y fraude en la contratación temporal

Efectos de la aplicación del Derecho
de la Unión Europea

José María Campos Daroca

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© José M.^a Campos Daroca, 2017

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Abril, 2017

Depósito legal: M-10832-2017

I.S.B.N.: 978-84-7052-738-8 (papel)

I.S.B.N.: 978-84-7052-739-5 (digital)

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

organice un sistema de sustituciones que exigen un mínimo de procedimiento y de justificación, pero no parece que haya de admitirse una fórmula como la adoptada que, mediante la libre disponibilidad de los interinos, no se ajuste a la ley. En este caso, sin motivación alguna de las exigidas legalmente, la situación de interinidad se prolongaba casi diez años».

Desde el punto de vista de la Administración, y en relación a la extinción de la interinidad causada por la cobertura de la plaza reglamentariamente, puede decirse que la lista de plazas que se ofertan a los aspirantes que han superado el proceso selectivo de funcionarios no está sometida a limitación alguna en relación con el tiempo de ocupación por un interino sino, antes al contrario, la ocupación por el funcionario interino de una plaza de funcionario de carrera está supeditada a que no se cubra el puesto o plaza por funcionario de carrera porque la permanencia en la función no es un derecho que se pueda reconocer al funcionario interino en régimen de igualdad respecto del de carrera, ya que como decía el art. 105 de la LFCE y ahora el artículo 10.5 del EBEP les es de aplicación por analogía el régimen general de los funcionarios de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición con excepción del derecho a la permanencia en la función entre otros, con carácter general⁽¹¹⁰⁾.

De las resoluciones citadas entre otras muchas puede deducirse que es doctrina pacífica de los tribunales el que ante la sucesión de nombramientos como funcionario interino la impugnación del último cese no permite extender la impugnación a los anteriores, ni tampoco se puede llevar a cabo un cuestionamiento del uso hecho por la Administración de esos nombramientos sucesivos. Es por ello que «aunque el apelante fuera nombrado para la plaza número NUM002, es por completo irrelevante cual fuera la plaza para la que inicialmente se la nombró, dado que, con su consentimiento, posteriormente ha prestado sus servicios en otros puestos de trabajo. Lo esencial es que, al momento de su cese, servía en un puesto de trabajo que pasó a ser provisto por funcionario de carrera»⁽¹¹¹⁾.

2. DIRECTIVA 1999/70/CE Y ACUERDO MARCO. DOCTRINA DEL TJUE

La Directiva 1999/70/CE tiene como objetivos, según la cláusula 1.^a del Acuerdo Marco, a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Por otro lado, están dentro del ámbito de la Directiva todas las relaciones de empleo público de carácter temporal incluyendo las que tienen su origen en un contrato laboral de duración deter-

(110) En este sentido STSJ de Madrid de 4-1-2012 (Rec. 484/2011).

(111) *Ibídem*.

minada así como las propias de los funcionarios provisionales o interinos. Es decir, que la regulación contenida en el Acuerdo Marco se aplica a las relaciones de servicio reguladas por el Derecho Administrativo.

Por ello es pertinente que las situaciones de encadenamiento de nombramientos deban examinarse ahora a la vista de la doctrina sentada por el TJUE.

Por lo que aquí interesa deben traerse dos sentencias dictadas por el TJUE el 14-09-2015, ambas en relación al empleo público español y en las que aparecen como demandantes en los procesos judiciales de instancia funcionarios interinos y personal estatutario temporal dependiente de la Administración sanitaria. Son la STJUE de 14-09-2016, *Martínez Andrés y Castrejana López*, asuntos acumulados C-184/2015 y C-197/2015 [LA LEY 111187/2016]. Y la de la misma fecha, asunto *Pérez López* C-16/2015. Importa citar una tercera sentencia de la misma fecha asunto *Diego Porras*, C-596/2014 [LA LEY 111190/2016], también relevante y referida a las relaciones laborales de empleo público también muy relevante como se verá y que trata sobre la indemnización por extinción de las relaciones temporales de empleo público.

Se examinará con detalle el asunto Pérez López, para concretar la doctrina del fraude en los nombramientos sucesivos del personal con relación administrativa. Luego se analizará el asunto Martínez Andrés y Castrejana López, por la forma de aplicar al fraude en las interinidades una medida equivalente, como la del indefinido no fijo.

2.1. Fraude en la contratación temporal sucesiva en el empleo público según el TJUE. Necesidades permanentes cubiertas con personal temporal. La STJUE 14-09-16, Sala Décima, María Elena Pérez López, C-16/2015 [LA LEY 111185/2016]

En la cláusula 5.^a del Acuerdo Marco se señala a la prevención de los abusos en la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales, como el objetivo a conseguir por los Estados destinatarios de la Directiva, objetivo que es una obligación, enmarcada en el apartado b) de la cláusula 1.^a que señala como fines de aquella la de *establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*. No indica qué debe entenderse por fraude, aunque parece evidente que el mismo será toda conducta que amparándose en la legalidad de una sucesión de contratos temporales excluya al trabajador afectado de las ventajas de una relación laboral indefinida. En el preámbulo del Acuerdo Marco se afirma que *las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores*. Y en el mismo sentido en la consideración

general 6.^a del Acuerdo Marco se afirma que: *los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento.* Mientras que la consideración 7.^a, en relación a los contratos de duración determinada, parte ya de una especie de sospecha inherente a la temporalidad pues se afirma que *considerando que la utilización de contratos de trabajo de duración determinada basados en razones objetivas es una forma de evitar abusos* no obstante lo cual se reitera que *los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores.*

El abuso se manifiesta en el uso indebido de la contratación temporal sucesiva, contratación temporal que cubre unas necesidades que deberían ser cubiertas por personal indefinido beneficiándose los trabajadores de las ventajas propias de la estabilidad laboral. El supuesto ejemplo que se contiene en la sentencia referida es ilustrativo de qué va a entender por abuso de la contratación de duración determinada el TJUE.

En efecto, en este asunto los hechos de litigio original se refieren a un empleado temporal del Servicio de Salud de Madrid, por lo tanto personal estatutario como el que encontramos en el asunto 184/15 de la sentencia *Martínez Andrés y Castrejana López*. La sentencia del asunto C.16/15, da contestación a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Madrid que conoce de un litigio entre la demandante, personal temporal del Servicio de Salud, y la correspondiente Administración sanitaria con ocasión del cese de la interesada en una relación en interinidad que se había iniciado el 5 de febrero de 2009 y terminado el 31 de marzo de 2013. Fue a la terminación de su relación cuando la interesada impugna el cese. Debe advertirse que el art. 2.3 EBEP establece que 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 propio Estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el art. 20, y los arts. 22.3, 24 y 84. Además, el apartado 4.º del mismo precepto señala que *cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud.*

La legislación específica del personal sanitario es la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [LA LEY 1904/2003] (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003). Interesa aquí destacar el art. 9 de la citada Ley que regula al personal interino en los siguientes términos:

«1. Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.

Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

2. El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte, amortizada.

3. El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.

c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro».

Esta es la *normativa* específica que se tiene en cuenta en el litigio original y que se incluye en la información del órgano remitente al TJUE.

Los *hechos de litigio original* son en síntesis los siguientes: (apartados 14 a 18). La demandante fue nombrada personal estatutario temporal eventual como enfermera un Hospital durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 9, apartado 3, del Estatuto Marco, el nombramiento indicaba como causa justificativa la «realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria», y como contenido y descripción de la prestación el «desarrollo de su actividad en este Hospital para garantizar la atención asistencial». Con posterioridad fueron emitidos nuevos nombramientos en siete ocasiones, con una duración de tres, seis o nueve meses, todos con idéntico contenido, de modo que la demandante prestó servicios sin solución de continuidad durante el período comprendido entre el 5 de febrero de 2009 y el 31 de marzo de 2013.

Durante la vigencia del último de los nombramientos la interesada interpuso recurso de alzada contra la comunicación de cese y contra su nuevo nombramiento como personal estatutario temporal eventual y luego recurso contencioso-administrativo en el que alega que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servi-

cios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente. En consecuencia, la sucesión de nombramientos de duración determinada incurrir en fraude de ley y la relación de servicio debe transformarse.

Ahora bien, la pregunta que plantea el órgano remitente se refiere a la *adecuación de una normativa*, que permite un relato de hechos como el anterior, con la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco. En concreto en la resolución de reenvío se dice lo siguiente (apartado 19):

«Según el juzgado remitente, la normativa nacional controvertida, y más concretamente el art. 9 del Estatuto Marco, no contiene medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. En efecto, aunque se establezca una duración máxima de la relación de servicio del personal estatutario temporal eventual, la Administración puede apreciar libremente las razones que justifican la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada y la oportunidad de crear una plaza estructural que responda a las necesidades de los servicios de salud. Ahora bien, considera que, en el caso de que se cree dicha plaza, se mantendrá la situación precaria de este personal estatutario, ya que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal».

De las cuatro cuestiones prejudiciales⁽¹¹²⁾ que se plantean nos interesa la primera que tiene la siguiente redacción:

(112) Se plantea por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo sobre la compatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con el principio de no discriminación tal como está formulado en la cláusula 4 del Acuerdo Marco: «Señala que el personal estatutario temporal eventual de los servicios de salud sujeto al Estatuto Marco y los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo eventual, regulado por el Estatuto de los Trabajadores, son relaciones laborales de duración determinada comparables. Ahora bien, a diferencia de las disposiciones aplicables al personal estatutario temporal eventual, el Estatuto de los Trabajadores no sólo reconoce a estos trabajadores con contrato de duración determinada el derecho a una indemnización equivalente a doce días de salario por cada año trabajado o fracción inferior, sino que además incluye una cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, consistente en que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumirán celebrados por tiempo indefinido». Respecto a esta pregunta se contesta que es incompetente, pues no se cuestiona una comparación entre una relación temporal y otra indefinida, sino entre relaciones temporales: «68. Pues bien, en la medida en que ningún elemento de los autos en poder del Tribunal de Justicia deja ver que en el litigio principal exista una diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual y el personal estatutario fijo, la diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (autos de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 64; de 22 de junio de 2011, Vino, C-161/11, no publicado, EU:C:2011:420, apartado 30, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartado 52). Por tanto, esta diferencia de trato está incluida únicamente en el ámbito de aplicación del Derecho nacional, cuya interpretación corresponde exclusivamente al juzgado remitente» (autos de 22 de junio de 2011, Vino, C-161/11, no publicado, EU:C:2011:420, apartado 35, y de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes, C-178/12, no publicado, EU:C:2013:150, apartado 53).

«1) ¿Es contrario al [Acuerdo Marco] y, por lo tanto, inaplicable, el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud [LA LEY 1904/2003], por favorecer los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de carácter eventual?, en la medida que:

a) No fija una duración máxima total para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos.

b) Deja a la libre voluntad de la Administración la decisión de proceder a la creación de plazas estructurales, cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años.

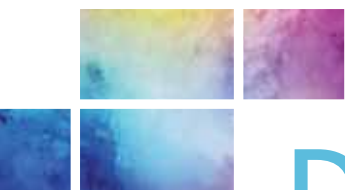
c) Permite realizar nombramientos de carácter eventual sin exigir la constancia en los mismos de la concreta causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que los justifique».

Para la contestación de esta cuestión la sentencia realiza el siguiente recorrido:

- Doctrina sobre los fines de la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco. Puesto que estamos ante contratación sucesiva es de aplicación la cláusula 5.^a del Acuerdo Marco.— «En relación con la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, hay que recordar que dicha cláusula tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados» (apartado 26).

- Doctrina sobre la cláusula 5.^a del Acuerdo Marco. Obligación de resultado y medidas equiparables.— «Por consiguiente, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones» (apartado 28).

- Doctrina sobre las razones objetivas de la cláusula 5.^a 1. a) del Acuerdo Marco.— En relación con «la existencia de una "razón objetiva", se desprende de la jurisprudencia del TJUE que debe entenderse que este concepto se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circuns-



Desde el año 2007 el empleo público español viene siendo objeto de atención por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial por lo que se refiere al abuso en la contratación temporal. Esta obra pretende ofrecer una exposición detallada de las sentencias más significativas que están cuestionando el régimen jurídico de los empleados públicos con relación temporal, tanto laboral como administrativa. Para ello se lleva a cabo un comentario 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 trabajo de duración determinada.

Esta Directiva, con muchos años de vigencia, es el texto normativo que se viene empleando por el TJUE y por los órganos jurisdiccionales europeos para resolver las situaciones de abuso en la contratación temporal así como las regulaciones discriminatorias para el trabajo de duración determinada. Puede decirse que hay, desde hace tiempo, una doctrina estable del TJUE sobre los problemas derivados del trabajo temporal en el empleo público. Pero es ahora, en una situación de crisis, reducción del gasto y de las ofertas de empleo público, cuando los problemas del empleo público temporal se vienen manifestando con más intensidad. Esta obra clarifica el estado de la cuestión con una atención a las sentencias del TJUE sobre la citada Directiva y Acuerdo Marco.

