

## ARTÍCULOS

# Controversia sobre el abuso en el empleo público interino de carácter administrativo

## Estado de la cuestión, alternativas y soluciones\*

**Javier Murgoitio Estefanía**

Exmagistrado

Como se deduce de la ponencia de Isabel Olmos\*\*, el Estatuto de los Trabajadores, mucho antes de la refundición de 2015, ya consagraba la condición de trabajador fijo del que superase los plazos que detallaba, pero la D.A Decimoquinta, para el empleo público, no obstante, establecía el cese en el momento en que el puesto fuese cubierto por medio de los procedimientos selectivos ordinarios. De ahí iba a surgir, no sin cierta paradoja, la figura jurisprudencial del “**indefinido no fijo**”, que suponía que el trabajador inicialmente temporal no obtenía, -así dicho por el TS-, la “*propiedad*” de la plaza estructural ocupada.

Este antecedente normativo fue, no obstante, extraño al empleo público de régimen administrativo estatutario, siendo indicativo que el artículo 10 del Texto Refundido del EBEP

---

\* Expuesta esta comunicación en las Jornadas Conjuntas de Tarragona del pasado día 4 de octubre por el miembro de la asociación jubilado Javier Murgoitio Estefanía.

\*\* Se refiere a la Magistrada de la Sala de lo Social de Galicia que había intervenido escasos momentos antes.

En el breve debate que por razones de retraso se siguió, se produjeron algunas intervenciones (no todas las solicitadas), que no pudieron ya responderse ni ser objeto de desarrollo y discusión.

Haciendo una breve alusión, corroboro que la indemnización judicial, como medida de reparación -si es postulada y congruente respecto de la conversión en una relación indefinida-, puede representar aquella equivalencia con las medidas que el TJUE reclama, y sustituir en la interpretación del Juez interno a la denominada conversión. Pero ello siempre que, sin exacerbar punitivamente sus magnitudes, se aleje del paradigma legal imperante, o de sus posibles acumulaciones literales, y tome como fundamento la lesión del funcionario interno por no haber obtenido las ventajas, derechos y facultades estatutarias durante el período de tiempo que perduró la situación abusiva, aunque posteriormente haya quedado superada por consolidación del empleo.

5/2015, no consagrarse ningún tipo de tránsito desde la situación del empleado público interino hacia el carácter indefinido de los servicios a prestar, salvo el consistente en la participación en pruebas selectivas independientes de dicha relación de interinidad.

Mientras tanto, la jurisprudencia la Sala Tercera del TS, ST -así STS, Sección 4, del 5 de julio de 2023 (ROJ: STS 3048/2023), ha seguido reiterando la doctrina de que una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más, p.e, de diez años sin que la Administración haya demostrado que estuviera destinada a algo distinto que a cubrir una necesidad permanente. constituye una utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada, a efectos de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco, pero las consecuencias jurídicas de esa situación contraria son las expuestas en las sentencias de esta Sala n.º 1425/2018 y n.º 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, a saber: el derecho a la subsistencia de la relación de empleo -con los correspondientes derechos profesionales y económicos-, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta, y finalizaba recordando, que ni la cláusula 5 del Acuerdo Marco ni la legislación española prevén que la persona que se halla en una situación de utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

Respecto de posibles indemnizaciones -siguiendo ahora a la STS, Sección 4, del 12 de julio de 2023 (ROJ: STS 3237/2023)-, se está a la doctrina expresada en sentencias como la de 10 de diciembre de 2021 (recursos de casación 6676/2018, 6674/2018 y 7459/20180,) y de 20 de diciembre de 2021 (recurso de casación 6902/2019), y el criterio es también negativo.

Tras aludir al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado al Derecho europeo mediante la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, y su carácter aplicable al empleo público, tanto de naturaleza laboral como de naturaleza estatutaria, destaca la Sala Tercera que la Cláusula 5ª tiene como finalidad, en sus propias palabras, *“prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”*; y *para lograr esta finalidad exige que los Estados miembros adopten una o varias medidas (razones objetivas que justifiquen la renovación de la relación laboral de duración determinada, duración máxima total esas relaciones sucesivas, número posible de sucesivas renovaciones). También contempla la posibilidad de que, en lugar de las mencionadas, los Estados miembros aprueben “medidas legales equivalentes”*.

*De la lectura de la cláusula 5 del Acuerdo Marco se infiere que este precepto tiene una finalidad predominantemente objetiva; es decir, busca que en el ordenamiento interno de cada Estado miembro haya normas que -previa consulta con los agentes sociales y “conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales”- impidan o al menos dificulten la utilización injustificada y, en ese sentido, abusiva de las formas de trabajo de duración determinada. Dicho de otra manera, la cláusula 5 del Acuerdo Marco -cosa distinta es la cláusula 4- no tiene como finalidad primaria otorgar derechos subjetivos a los individuos en concretas relaciones jurídicas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al tratar del abuso de la interinidad en el empleo público de naturaleza estatutaria, insiste en que lo crucial es que haya medidas que efectivamente resulten disuasorias.*

*En todo caso, en conexión con cuanto se acaba de exponer, debe subrayarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que las sanciones e indemnizaciones pueden ser una medida equivalente para alcanzar el efecto disuasorio contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco; pero en ningún momento ha dicho que sea una consecuencia necesaria e ineludible. Es una posibilidad para lograr la finalidad impuesta, no un medio obligatorio. Y ni que decir tiene, siempre en este contexto, que un deber de la Administración de indemnizar habría de tener alguna clase de cobertura en el ordenamiento interno del Estado miembro, dado que no surge de manera forzosa y directa del Acuerdo Marco. No es ocioso recordar aquí lo que dispone el apartado quinto de la cláusula 8 del Acuerdo Marco: “La prevención y la resolución de los litigios y quejas que origine la aplicación del presente Acuerdo se resolverán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales”.*

En cuanto a la segunda cuestión de interés casacional objetivo, el TS hace básicamente dos consideraciones.

**En primer lugar**, cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. Es perfectamente sabido que la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un “estatuto” en gran medida heterónimo. En este sentido, **no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración**.

**En segundo lugar**, dado que no puede ser el cese ajustado a Derecho, lo que ocasione un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma, se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto -tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en las sentencias de 26 de septiembre de 2018, citadas en el auto de admisión de este recurso de casación- pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños; algo que ni siquiera se ha intentado en este caso. En otras palabras, el mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño. La recurrida no hace indicación alguna sobre el perjuicio o la lesión que le habría ocasionado la mera circunstancia de haber sido interina.

En relación con este último extremo, es significativo que la parte recurrida concluya su escrito de oposición afirmando que la indemnización por utilización abusiva de la interinidad no tiene por objetivo resarcir daños o perjuicios efectivamente padecidos por el empleado público mientras estuvo en esa situación o sufridos como consecuencia de ella, sino que en el fondo tiene una “naturaleza sancionadora”.

Tal idea está muy próxima de lo que, en la terminología jurídica angloamericana, se denominan “**daños punitivos**”. Ocurre, sin embargo, que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones

a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta.

Así las cosas, lo que en el fondo se plantea en este recurso de casación es si debe darse por bueno el reconocimiento hecho en la instancia y en apelación de una indemnización de naturaleza sancionadora, sin ninguna base en el ordenamiento español. Esta Sala considera que la respuesta debe ser negativa. El deber de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora, como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, no viene impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea atinente a la cláusula 5 del Acuerdo Marco; jurisprudencia que ha afirmado de manera inequívoca que dicha cláusula 5 “[...] *no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional*”. Así las sentencias Sánchez Ruiz (C-103/18 y C-429/18) de 19 de marzo de 2020 (párrafo 118) e Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19) de 3 de junio de 2021 (párrafo 79).

Es verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las directivas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la directiva. En este sentido, entre otras muchas, la sentencia Marleasing (C-106/89) de 13 de noviembre de 1990. Pero la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo de caer en la arbitrariedad.

Según la Sala Tercera: “el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite.”

Iba a ser la Ley 20/2021, de 28 de diciembre (BOE del 29), de **medidas urgentes destinadas a reducir la temporalidad en el empleo público**, la que en su artículo 1º. Uno, introdujera, como respuesta a la doctrina del TJUE basada en la Directiva de la Unión 1999/70, sobre el Acuerdo Marco, la medida consistente en fijar un plazo máximo de TRES AÑOS para que el interino pueda ocupar una plaza vacante, cesando en caso contrario y solo pudiendo continuar en ella hasta la resolución de la convocatoria siempre que estuviese ya publicada la misma antes de cumplirse dichos tres años.

Por su parte, el artículo 2 introducía los **procesos de estabilización de empleo temporal**.

“1. Adicionalmente a lo establecido en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, **hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.**

Sin perjuicio de lo que establece la disposición transitoria primera, las plazas afectadas por los procesos de estabilización previstos en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, serán incluidas dentro del proceso de estabilización descrito en el párrafo anterior, siempre que hubieran estado incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización y llegada la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no hubieran sido convocadas, o habiendo sido convocadas y resueltas, hayan quedado sin cubrir.

2. Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes.

La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022.

La resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

3. La tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales.

4. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (...)

5. De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.

**6. Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando**

**en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización. (...)**

La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso.

7. Con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Administraciones Públicas deberán certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas estructurales ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados”.

**“Disposición adicional sexta.** Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración.

Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, **por el sistema de concurso**, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma”.

(EBEP artículo 61.6.). “Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.”

**“Disposición adicional octava.** Identificación de las plazas a incluir en las convocatorias de concurso.

Adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016”.

Y, como es sabido, además de la STJUE de 22 de febrero de 2024, en C-59/2022, que daba respuesta a consultada la Sala de lo Social de Madrid, dicho tribunal ha dictado otra posterior, del **13 de junio de 2024, C-331/22**, en doble consulta planteada por el Juzgado de lo C-A nº 17 de Barcelona. -C-59/2022, y C-331/2022-.

El mismo Juez comunitario que nuevamente resultaba ponente (Andreas Kumin) desgranaba en este segundo asunto argumentos semejantes, pero ciñéndome a esta segunda sentencia, que es la que incide directamente sobre el abuso de empleo en el ámbito administrativo, podemos extrapolar las siguientes conclusiones;

1º (**C-59/22**). La Cláusula Quinta del Acuerdo Marco impone la adopción de las medidas de modo efectivo y vinculante. Existe un margen de apreciación de los Estados para elegir

los medios y así, una medida que prevé los plazos para convocar los procesos selectivos de cobertura definitiva de las plazas con inclusión en la OPE en plazo de dos años, es en principio idónea para evitar la perpetuación abusiva, y no meramente abstracta, -arts. 10.4 y 70 del EBEP 2015-, pero constata seguidamente el TJUE en el supuesto enjuiciado, -en que se trataba de funcionarias interinas de la Generalitat de Catalunya, con duración de 37 y 17 años-, que, sin embargo, ninguna medida había tenido eficacia limitativa.

El TJUE toma aquí una perspectiva “*ad casum*”, que abre un margen a la decisión judicial en pos de la búsqueda de la eficacia y resultado real de las medidas de la legalidad interna, sin negarles validez en todos los casos. No será así más adelante, pues, aunque el TJUE difiere al tribunal nacional la interpretación última de si la normativa interna cumple con la Directiva, le dirige unas precisiones, que yo entiendo que, más que excepcionales, son la esencia misma de la consulta prejudicial, pues en otro caso, si nada hubiese que contrastar de la norma interna estaríamos ante la doctrina del **acto claro o aclarado**, partiendo de la antigua sentencia Cilfit y otros, 283/81, EU:C:1982:335, apartado 21, y seguida de muchísimas como la STJUE de 9 de septiembre de 2015 en asunto C-72/14). Nada de esto dice ni transmite la Sentencia comentada de 13 de junio de 2024.

2º Pues bien, ese reproche surge no obstante con respecto a la normativa y jurisprudencia del Reino de España en tanto no comporta el nivel de protección exigida por la Cláusula Quinta en base a establecer una mera indemnización si el proceso selectivo no se supera por el funcionario interino. -párrafo 67-, pues las medidas deben ser suficientemente disuasorias y efectivas, resultando equivalentes al perjuicio, con cita de la STJUE de 3 de junio de 2021, (Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural (...), C-726/19), o la de 3 de enero de 2022.

También cita al TS español, rechazando el criterio de la Sala Tercera de que resulte eficaz mantener al funcionario interino en su puesto hasta convocarse y resolverse el proceso selectivo. A su vez examinando la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, destaca sus principales medidas urgentes, -convocatoria de procesos selectivos abiertos y la indemnización de 20 días por año si no se superan-, pero la Sentencia del TJUE afirma que tales convocatorias no eximen de una medida idónea para sancionar, pues son inciertas, abiertas a los candidatos terceros e independientes de toda consideración relativa al carácter abusivo de la duración y, por ello, no alcanzan la finalidad de la Cláusula Quinta del Acuerdo Marco. Tampoco se desvirtúa esa insuficiencia porque deban finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. En todo caso, la indemnización, que califica de simbólica, no permite alcanzar el objetivo ni la reparación proporcionada y efectiva de las situaciones de abuso.

2º Si esto respecta al asunto C-59/2022, en el seno de la **C-331/2022**, aborda el TJUE la duda clave de si deben convertirse tales situaciones abusivas de interinidad en relaciones por tiempo indefinido *idénticas o equiparables* a las del funcionario de carrera, y responde que, aunque la Cláusula Quinta no impone en especial esa solución a los estados miembros, cabe entre las medidas del párrafo 2, la conversión incide sobre la estabilidad laboral “**principal factor de protección de los trabajadores**” -STJUE de 8 de mayo de 2019, Jueces de Paz italianos-. De este modo, no solo cabe establecer esa medida de conversión por los Estados miembros, sino que **solo podrán prohibirla si en el ordenamiento interno existe otra que resulte igualmente efectiva para sancionar el abuso.**

Hago el paréntesis de que, a mi entender, en esa máxima radica la clave última del posicionamiento del Tribunal de Luxemburgo. Se vincula a ella en la jurisprudencia interna la

prohibición de que el nombrado interino pueda acceder a la condición de funcionario de carrera, -como indica el artículo 10.2 EBEP en redacción de 2021, “*El nombramiento derivado de estos procedimientos de selección en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera*”-, que acaso decaería materialmente ante la mayor vinculación que la Directiva dispensa frente al abuso de la temporalidad. Cuales hayan de ser las otras medidas reparadoras o de íntegra restitución que al funcionario interino se destinen en vez de la conversión o, si cabe decirlo así, en vez de la novación del contenido de su relación estatutaria, queda acotado por el TJUE, que se refiere a **medidas indemnizatorias** que compensen *in integrum* la pérdida de esa estabilidad en el empleo, que es la mayor fuente de protección socioeconómica. Parece deducirse de la Sentencia que solo medidas de esa intensidad y alcance, comportan el carácter disuasorio e incentivador de la evitación del abuso. No obstante, se rechaza en el párrafo 82 que el principio de reparación íntegra del perjuicio sufrido o el principio de proporcionalidad, exijan el abono de una **indemnización de carácter punitivo** (sentencia de 8 de mayo de 2019, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti, C-494/17).

El Tribunal de Justicia ha precisado que, cuando se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos temporales, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores **efectivas y equivalentes**, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión, pues, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los **resultados** fijados por [dicha] Directiva» (sentencia de 13 de enero de 2022, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C-282/19).

Estos principios obligan a los Estados miembro a establecer una reparación adecuada, que no se limite a una **indemnización meramente simbólica**, sin sobrepasar, no obstante, la compensación íntegra (sentencia de 8 de mayo de 2019, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti, C-494/17).

Reitera el TJUE, que.

*“En los presentes asuntos, de conformidad con las consideraciones que se derivan de la jurisprudencia citada en los apartados 75 y 76 de la presente sentencia -que, habida cuenta de los elementos obrantes en los autos en poder del Tribunal de Justicia que se han recordado en los apartados 73 y 74 de la presente sentencia, parecen aplicables-, la convocatoria de los procesos selectivos que se contempla en la jurisprudencia nacional o en el artículo 2 de la Ley 20/2021, a reserva de la comprobación que incumbe realizar al juzgado remitente, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada ni, por tanto, para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión.”*

Se aprecia por tanto la gran sima que separa las concepciones respectivas del TJUE y del TS sobre esta materia. Para el tribunal nacional el Acuerdo Marco supone una exigencia de inserción objetiva en el ordenamiento interno de las medidas jurídico-formales opcionales que la Cláusula Quinta señala, de suerte que la consecuencia final para el funcionario interino sea, en suma, la de ser cesado sin reparación alguna transcurrido un determinado plazo, pese a que su plaza se configure en la práctica como de necesidad

permanente o estructural. Nunca la continuidad por más tiempo le va a otorgar otra ventaja que la de optar a cubrir la plaza en régimen de libre concurrencia con la valoración de sus méritos. En cambio, para el TJUE se está ante una garantía, no solo de implementación de medidas preventivas o de evitación de que se perpetue el abuso, sino también de lograr que el efectivo incumplimiento de esa finalidad evitativa se materialice en favor del empleado interino. Se está por ello en una confrontación entre medidas instrumentales o tendenciales y medidas de real y efectivo resultado, que dan perfección normativa a la Clausula.

4º La otra conclusión -sin duda más ambigua-, que se extrae de la doctrina del TJUE expresada en la sentencia de 21 de junio pasado, es la relacionada con principios jurídicos, incluso de rango constitucional imperantes en el Estado miembro, como serían los de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones y cargos públicos según los artículos 23.2 y 103 CE.

Nos dice el Tribunal de Justicia que la cláusula 5, punto 1, del Acuerdo Marco **no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional.** (efecto directo) En efecto, en virtud de esta disposición, corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciar si, para prevenir la utilización abusiva de contratos o de relaciones laborales de duración determinada, recurren a una o varias de las medidas enunciadas en esta cláusula o incluso a medidas legales existentes equivalentes,

No obstante, -sigue diciendo-, que es jurisprudencia reiterada que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta **obligación de interpretación conforme** se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a dicha directiva [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18].

La obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de **seguridad jurídica e irretroactividad**, y no puede servir de base para una *interpretación contra legem* del Derecho nacional [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18].

Por añadidura, el Tribunal de Justicia señala que, dado que el principio de **tutela judicial efectiva** es un principio general del Derecho de la Unión reconocido, además, en el artículo 47 de la Carta, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, si no existe una medida que transponga correctamente al Derecho español la Directiva 1999/70, asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 75 y jurisprudencia citada).

**En este marco, incumbe a dicho juez nacional apreciar si las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, incluidas las de rango constitucional, pueden inter-**

pretarse, en su caso, de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo Marco a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta [véase, por analogía, la sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18].

Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, una jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva.

De todo lo anterior se desprende, en primer término, que, en el supuesto de que el juzgado remitente considere que el ordenamiento jurídico interno de que se trata no contiene, en el sector público, ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, como los que son objeto de los asuntos principales, **la conversión de estos contratos o relaciones en una relación de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida.**

En segundo término, si, en ese supuesto, el juzgado remitente considera, además, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo se opone a tal conversión, el juzgado remitente deberá entonces dejar inaplicada dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo *si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.*

En tercer término, tal conversión puede constituir una medida adecuada para sancionar de manera efectiva la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, siempre que no implique una interpretación contra legem del Derecho nacional.

Pues bien, en los presentes asuntos, el juzgado remitente considera que constituiría una medida sancionadora conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco convertir los sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada objeto de los litigios principales en una relación de empleo por tiempo indefinido en virtud de la cual las demandantes en los litigios principales estuvieran sujetas a las mismas causas de cese y de despido que aquellas que rigen para los funcionarios de carrera *sin, no obstante, adquirir la condición de funcionario de carrera.* Según dicho juzgado, esta medida sancionadora no implicaría una **interpretación contra legem del Derecho nacional.**

Deja por tanto el TJUE abierta esta cuestión de si la conversión en una relación indefinida sujeta a las mismas causas de cese que las de los funcionarios de carrera, pero sin adquirir esta condición, como medida adecuada a la Cláusula Quinta, debe ser apreciada o no como contraria al derecho nacional, en tanto le corresponde al Juez interno.

No me consta como la ha resuelto el Juzgado nº 17 de BCN, ni si lo ha hecho aún. Pero en función de los fundamentos del planteamiento, lo previsible es que dicho órgano rechazará interpretativamente dicha contradicción con los principios constitucionales, que es criterio, a lo que personalmente me adhiero.

Considero, en efecto, que la conversión de una de las características de la relación que se propugna -la duración indefinida-, no se corresponde con la noción de acceso al em-

pleo o al ejercicio de funciones publicas del articulo 23.2 CE, entre otras razones porque el funcionario interino ya había accedido anteriormente y lo había hecho en tales condiciones de igualdad mérito, capacidad, y también de libre concurrencia -artículo 10.2 del EBEP-, de manera que su selección suponía ya la realización de cuantos cometidos correspondían cualitativamente a la plaza vacante o al funcionario sustituido.

Es por ello que la cuestión no debe dirimirse, entiendo que equívocamente, invocando el perjuicio para la libre concurrencia de terceros interesados, -artículo 45 del TFUE-, que ningún interés legítimo y prevalente podrían oponer frente a la aplicación del Derecho de la Unión y las sanciones por el previstas. La innovación que representaría la prolongación indefinida del empleo público para quien ya ostentaba dicho empleo, no quiebra el principio de igualdad del artículo 14 (o 23.2) CE, pues no puede constituir **válido término de comparación** o *tertius comparationis*, el del indeterminado tercero que aspira al acceso a la función pública, en la medida en que tratándose de una hipotética aplicación del principio genérico de igualdad, ese aspirante no se encuentra en la misma situación inicial o de partida que el funcionario interino que ha sufrido el abuso. En este sentido la jurisprudencia constitucional, desde sentencias ya antiguas viene reiterando el punto de vista que citamos ahora con la STC 104/2015, del 28 de mayo, en Recurso nº 2063/2012;

“Para apreciar una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley debe partirse de la homogeneidad o identidad del término de comparación utilizado, identidad que no concurre en este caso, teniendo en cuenta los diversos colectivos a los que se dirigen las medidas adoptadas por el Decreto-ley 1/2012. Lo propio del juicio de igualdad, es, “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, **como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas**” y, de otro, que *“las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso”*. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7)”.

La búsqueda del término de comparación adecuado que sirva para dar base a la queja de trato desigual obtiene respuesta esclarecedora en la doctrina constitucional ya en la STC 148/1.986, de 25 de noviembre. Se parte en la misma de la premisa de que solo cabe preguntarse por la fundamentación constitucional de una diferencia normativa cuando la singularización entre categorías personales se realiza en la misma disposición cuestionada, y *no, en cambio, cuando dicha singularización se ha producido ya con anterioridad mediante una diversificación entre diferentes regímenes jurídicos y la nueva norma lo que viene a establecer es una regulación diversa para supuestos de hecho comprendidos en cada uno de dichos distintos regímenes jurídicos.*

El principio genérico de igualdad constitucional de los artículos 14 y 23 CE no constituye un instrumento de igualdad material entre sujetos de derecho, sino un mecanismo de control de racionalidad y ausencia de arbitrariedad en aquellas medidas de los Poderes Públicos que, partiendo de un sustrato de igualdad introducen diferenciaciones entre sujetos jurídicos.