

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA LABORAL INTERNACIONAL  
Julio / Diciembre 2016

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE  
July / December 2016

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Extremadura*

orcid ID: 0000-0002-6966-8485

Recibido: 26.06.2017 / Aceptado: 27.06.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3888>

**Resumen:** La queja ante el comité de libertad sindical relativa al uso desproporcionado del precepto penal que castiga las coacciones de los piquetes informativos termina con una serie de recomendaciones al Gobierno para que informe al Comité sobre el devenir de los procedimientos penales todavía abiertos, interesándose, particularmente, por determinadas procedimientos que terminaron con condenas penales.

El Tribunal de Justicia de la Unión ha dictado seis resoluciones que afectan a España en el período de referencia, sobre los siguientes temas: discriminación de los funcionarios interinos para acceder a complementos económicos solamente destinados para funcionarios de carrera; efectos jurídicos de la reiteración de contratos de duración determinada; calificación de la prestación de servicios de duración determinada; calificación jurídica de relación de servicios profesionales de duración determinada y abono de indemnización por extinción del vínculo contractual; discriminación por razón de edad para el acceso al empleo público (policía); y despido disciplinario en situación de incapacidad temporal de larga duración.

En el ámbito del TEDH tres resoluciones han sido relevantes. Una referida a la incorrecta ejecución civil de un bien de los dos ex-esposos por deudas contraídas con la Tesorería General de la Seguridad Social; otra relativa a la incorrecta ejecución de una movilidad de funcionarios, con graves perjuicios para uno de ellos, y una tercera referida a la denegación de una solicitud de asilo basada en ser perseguida la solicitante en su país de origen por su condición sexual.

**Palabras clave:** reprensión penal del derecho de huelga y protección internacional del derecho a la libertad sindical, imposibilidad de acceso del funcionario interino a complementos económicos típicos del funcionario, reiteración fraudulenta de contratos de duración determinada, calificación de la prestación de servicios de duración determinada para diversas administraciones públicas, relación laboral de duración determinada y abono de indemnización por extinción del contrato, discriminación por razón de edad para el acceso al empleo público (policía), despido en situación de incapacidad temporal de larga duración, ejecución de un bien por deudas contraídas con la Seguridad Social, traslado de funcionarios y derecho a renunciar al solicitado y no concedido definitivamente, solicitud de asilo basada en su condición sexual.

**Abstract:** The complaint to the Committee on Freedom of Association regarding the disproportionate use of the penal provision which punishes the coercion of information piques ends with a series of recommendations to the Government to inform the Committee on the evolution of criminal proceedings still open, For certain procedures that ended with criminal convictions.

The Court of Justice of the Union has issued six resolutions affecting Spain in the reference period, on the following subjects: discrimination against temporary staff to access economic supplements only

for career officials; Legal effects of the repetition of fixed-term contracts; Qualification of the provision of fixed-term services; Legal qualification of relation of professional services of determined duration and payment of indemnification by extinction of the contractual link; Discrimination on grounds of age for access to public employment (police); And disciplinary dismissal in situations of long-term incapacity.

Within the scope of the ECHR, three rulings have been relevant. One related to the incorrect civil execution of a property of the two ex-spouses for debts contracted with the General Treasury of the Social Security; One relating to the incorrect execution of a mobility of civil servants with serious detriment to one of them and a third relating to the refusal of an application for asylum based on the applicant being persecuted in his country of origin for his sexuality.

**Keywords:** criminal rebuke of the right to strike and international protection of the right to freedom of association, impossibility of access of the temporary official to economic complements typical of the official, fraudulent repetition of fixed-term contracts, qualification of the provision of services of determined duration for diverse public administrations, fixed-term employment relationship and payment of compensation for termination of the contract, discrimination on grounds of age for access to public employment (police), dismissal in situation of temporary incapacity of long duration, execution of a good for debts contracted with Social Security, transfer of officials and right to waive the requested and not granted definitively, application for asylum based on your sexual status.

**Sumario:** I. Informes del Comité de Libertad Sindical. 1. Introducción. 2. España c. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, y Unión General de Trabajadores. Represión penal del derecho de huelga. II. Tribunal De Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. Carlos Álvarez Santirso c. Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Principado de Asturias. Exclusión del demandante del proceso de evaluación de la función docente por ser funcionario interino. 3. Florentina Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Relaciones laborales de duración determinada y resoluciones que ponen fin a la misma. 4. María Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales: personal estatutario temporal eventual. 5. Ana de Diego Porras c. Ministerio de Defensa. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales y abono de indemnización por extinción del vínculo contractual. 6. Gorka Salaberría Sorondo c. Academia Vasca de Policía y Emergencias. Oferta de empleo público (policía autónoma Vasca) restringida a no haber cumplido determinada edad. 7. Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L. c. Fondo de Garantía Salarial. Despido de trabajador durante su situación de incapacidad temporal. III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. Flores Quirós c. España. Impago de deudas contraídas con la Seguridad Social. Pública subasta de local por la TGSS. 3. Caballero Ramírez c. España. Concurso de movilidad interna para funcionarios. 4. M.B. c. España. Denegación de la solicitud de asilo.

## I. Informes del Comité De Libertad Sindical

### 1. Introducción

Las quejas o reclamaciones por lesión de la libertad sindical han sido extraídos de la base de datos oficial de la Organización de Naciones Unidas (Normlex). Se han analizado todos los casos que afectan a España en el período de referencia.

### 2. Caso núm. 3093: España c. Confederación Sindical de Comisiones Obreras, y Unión General de Trabajadores, presentada el 25 de julio de 2014. Represión penal del ejercicio del derecho de huelga

1. El asunto versa sobre la queja presentada contra el gobierno por las organizaciones sindicales denunciando un fenómeno de represión del ejercicio del derecho de huelga basado en algunas disposiciones de la legislación penal española, y en la creciente utilización de las mismas por el Ministerio Público y las jurisdicciones penales.

Entienden las organizaciones que el artículo 315.3 del Código Penal (en adelante CP) prevé elevadas penas de prisión (de tres años a cuatro años y medio) y multas (de doce meses y un día a dieciocho meses) para quienes “*coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga*”. Entiende, esencialmente, que dicha figura penal está siendo aplicada de forma generalizada con miras a criminalizar el ejercicio del derecho de huelga, proyectándose singularmente frente a sindicalistas que participaban en piquetes de huelga. Precisan que el tipo penal discutido contiene una agravante por ejercicio del ilícito penal cuando se efectúa una actividad sindical, frente a lo que acontece en relación con el delito de coacciones. La pena prevista en este tipo penal es, en definitiva, muy superior a aquella prevista por el mismo CP cuando se regula el tipo penal básico de coacciones. Este incremento de la pena únicamente por la condición sindical de quien comete el ilícito penal es reputado como contrario a las normas internacionales protectoras del derecho de huelga.

También alegan que la redacción del tipo penal no responde a los criterios de claridad que una norma sancionadora debe formular. Precisan que no queda definida claramente la conducta delictiva, y los sujetos que realizan los hechos, lo que provocará una falta de homogeneidad interpretativa. Entienden, en definitiva, que el tipo general de delito de coacciones sería suficiente para erradicar comportamientos violentos durante el ejercicio del derecho de huelga, sin necesidad de incorporar en el CP un tipo agravado por la condición de quien realiza las acciones típicas del ilícito penal.

2. Las organizaciones sindicales precisan que, en la actualidad, hay 32 trabajadores imputados por el referido delito del CP, en prácticamente todas las Comunidades Autónomas del país. En la mayoría de procedimientos penales, según los querellantes, no existe componente alguno violento o coactivo, relacionándolo con un riesgo cierto para la integridad de las personas o de los bienes o instalaciones. También ponen de manifiesto que las movilizaciones convocadas por las organizaciones sindicales más representativas no presentan grado significativo de violencia, más allá de algún incidente aislado no significativo.

También subrayan el rol institucional determinante para la persecución de estos delitos que está jugando el Ministerio Fiscal. Sobre todo porque existe una evidente discrepancia de criterio a la hora de proceder: mientras el desarrollo de numerosos conflictos no genera actuaciones penales, en otros casos se produce la acusación penal sin que la gravedad de los hechos justifica tal opción. Existe, a su juicio, una falta uniformidad en los criterios de utilización de este delito de coacciones.

3. El Gobierno entiende que la proyección laboral de los Convenios OIT que protegen el ejercicio del derecho de huelga no sitúa a este derecho en una atalaya frente a otros bienes jurídicos, igualmente dignos de protección. Entiende que el tipo penal no penaliza el libre ejercicio del derecho de huelga, sino que únicamente castiga el empleo de fuerza o la violencia con el propósito de obligar a los trabajadores a participen en la huelga. El tipo penal, que funciona prácticamente de manera idéntica en países del entorno Europeo está destinado, desde este punto de vista, a proteger la libertad de trabajo, impedida por los piquetes de huelga que se comportan de manera violenta con manifestaciones de fuerza en las personas o cosas. Porque la huelga no constituye un derecho absoluto, y bajo su ejercicio no se pueden consistir actos de violencia o intimidación que erosionen otros derechos igualmente dignos de protección, como lo es singularmente en este caso el ejercicio de la libertad de trabajo.

El Gobierno precisa que la aplicación del precepto concreto no ha planteado problemas aplicativos dignos de mención. Entiende que la queja responde a una situación concreta y personal relativa a determinadas personas condenadas en el marco de un procedimiento penal concreto. Entiende que la legislación en cuestión cumple plenamente con los convenios y principios de libertad sindical

4. Las recomendaciones del Comité, después de constatar en sus conclusiones los datos suministrados y realizar pequeñas valoraciones sobre ellos son claras. Solicita del gobierno, en primer lugar, que invite a la autoridad competente a que examine el impacto de la reforma de 2015 en el artículo 315.3 del CP y que informe del resultado de este examen a los interlocutores sociales, manteniendo informado al Comité. Pretende, en segundo lugar, que se le comunique los motivos específicos que condujeron a la condena de varios sindicalistas en determinados procesos judiciales ya fenecidos, interesándose por la si-

tuación procesal de todos ellos. Y confía, en tercer lugar, que los procedimientos penales relacionados con el ejercicio de la huelga todavía en curso (y mencionados en la presente queja) se resuelvan con la debida brevedad, intimando del Gobierno para que le tenga informado del devenir de los procesos judiciales.

## II. Tribunal de justicia de la Unión Europea

### 1. Introducción

La jurisprudencial analizada en esta crónica del TJUE ha sido extraída de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales*; *Empleo*; *Libre circulación de los trabajadores*; *No discriminación*, *Política social*, y *Seguridad Social*. Se reseñan todos los asuntos que afectan a España en el período temporal referenciado.

### **2. Auto TJUE de 21 de septiembre de 2016 [asunto: C-631/15] Carlos Álvarez Santirso c. Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Principado de Asturias.**

**Petición de decisión prejudicial. Exclusión del demandante del proceso de evaluación de la función docente por ser funcionario interino.**

**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.**

1. La Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias excluyó al señor Carlos Álvarez Santirso, profesor de educación secundaria con dieciséis años de antigüedad en la función docente, de la posibilidad de evaluar su actividad laboral como profesor por su condición de funcionario interino. La Consejería había elaborado una normativa propia, en el marco de sus competencias, para evaluar la función docente de sus trabajadores que no contemplaba la evaluación de los profesores interinos. La obtención de una evaluación favorable tiene repercusiones económicas directas, de entre los 206,53 y los 132,18 euros mensuales según el correspondiente subgrupo al que pertenezca el profesor.

Tras la publicación de la normativa correspondiente y la apertura del plazo de solicitud se publicó la relación definitiva de personas admitidas y excluidas en el proceso de solicitud de adhesión al Plan de evaluación de la función docente. La solicitud del Sr. Álvarez Santirso fue desestimada debido a que el demandante es funcionario interino y la incorporación al Plan de evaluación está reservada únicamente para los funcionarios de carrera que hayan prestado servicios por un período de al menos 5 años.

El Sr. Álvarez Santirso interpuso el correspondiente recurso contencioso contra la resolución administrativa ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Oviedo. Mantenía, esencialmente, que su exclusión del proceso de evaluación provoca una desigualdad retributiva entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, basada única y exclusivamente en el carácter temporal de la relación de servicio que mantienen unos y otros tipos de funcionarios.

El Principado sostiene, por el contrario, que la diferencia de trato está justificada en razones objetivas, relacionadas con la diferente formación, capacidad y mérito demostrados mediante la superación del proceso selectivo, de modo que los funcionarios de carrera han de cumplir requisitos más gravosos, que justifican una mayor retribución. Precisa, además, que conceder un complemento retributivo característico de la carrera profesional al funcionario interino sería discriminatorio con respecto a los funcionarios de carrera.

El Juzgado competente para conocer la cuestión, al albergar dudas con respecto a la compatibilidad de la norma cuestionada con la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, suspende el procedimiento y plantea la cuestión prejudicial comunitaria.

2. El Tribunal entiende, en primer lugar, que el Acuerdo marco se aplica a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada, también en el marco del sector público. Por lo que le es aplicable a la relación que, como funcionario interino, mantiene el ahora demandante. Reitera, en segundo lugar, que la cláusula 4, apartado 1, del

Acuerdo marco implementa una prohibición de trato discriminatorio entre los trabajadores con un contrato de duración determinada con los trabajadores fijos, a menos que dicho trato distintivo se justifique en razones objetivas. Se trata de averiguar, en tercer lugar, por tanto, si la exclusión de los profesores no funcionario de participar en el Plan de evaluación responde a un criterio objetivo o razonable. Porque lo que se pretende impedir, en cuarto lugar, es que se utilice una relación laboral de naturaleza temporal por un empleador con el propósito de privar a dichos trabajadores de los derechos que debe reconocerse obligatoriamente a los trabajadores con contrato de duración indefinida, por lo que el análisis del eventual trato discriminatorio debe proyectarse sobre el concepto de ‘condiciones de trabajo’, que deben ser idénticas para ambos colectivos de trabajadores. Si el plan de evaluación se considera, desde la óptica comunitaria, como una condición de trabajo, el trato distintivo debe ser censurado, la discriminación subrayada y el trabajador protegido. Si, por el contrario, el plan de evaluación de la actividad docente no se considera una ‘condición de trabajo’, sí puede aplicarse distintivamente a diferentes grupos de trabajadores, temporales y fijos.

3. Lo esencial, desde la óptica comunitaria, para considerar que estamos en presencia de una ‘condición de trabajo’ es que se trate de una condición sustancial en la relación de empleo, en la relación de trabajo entre un trabajador y su empresario. Así, se ha considerado que efectivamente es una condición de trabajo: los trienios; los sexenios por formación permanente; las normas relativas a los períodos de servicio que han de haberse prestado a efectos de acceder a un grupo superior; y las normas referidas al cálculo de los períodos de servicio requeridos para poder ser objeto de un informe de calificación anual.

En el caso debatido, aunque, en principio, incumbe al juzgado remitente determinar la naturaleza y los objetivos de las medidas controvertidas, procede constatar que se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia por dicho juzgado que la participación en el Plan de evaluación y el incentivo que se deriva de ella en caso de evaluación positiva deben considerarse también como una ‘condiciones de trabajo’, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. Esencialmente porque la evaluación positiva en el Plan no tiene ninguna repercusión en el sistema de promoción o de progresión profesional, pero sí la tiene desde un punto de vista salarial, pues constituye un elemento retributivo en forma de incentivo, por lo que debe concederse a un trabajador con contrato de duración determinada en la misma medida que a un trabajador fijo.

Una interpretación contraria que excluyera a los trabajadores no fijos del incentivo que se deduce de la evaluación positiva reduciría el ámbito de aplicación de la protección contra la discriminación que se otorga a los trabajadores con contrato de duración determinada. Porque es jurisprudencia consolidada que los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

4. En el caso de autos consta que existe una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera (indefinidos) y los funcionarios interinos (que prestan servicios en el marco de una relación de servicio de duración determinada), por lo que debe examinarse, antes que nada, si la situación de los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y la de los trabajadores fijos, controvertida en el litigio principal, son comparables. Para apreciar si los trabajadores realizan un trabajo idéntico o similar debe analizarse tanto la naturaleza del trabajo, y la formación para su ejercicio, como las condiciones laborales. De tal suerte que no queda acreditado que el desempeño de las funciones docentes por parte de los profesores que prestan servicios como funcionarios de carrera sean diferentes que aquellas que realizan los profesores que prestan servicios como funcionarios interinos, apreciándose también que se exige idéntica cualificación académica. En definitiva, ambos grupos de funcionarios, de carrera o interinos, ejercen funciones similares y están sometidos a obligaciones idénticas.

El único elemento diferenciador entre ellos es, precisamente, la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vincula a su empleador. Y no existe, desde el punto de vista del Acuerdo marco, ninguna razón objetiva que justifique la diferencia de trato observada. Porque el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no puede constituir una razón objetiva en sí misma.

En efecto, una diferencia de trato en lo que importa a condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos no puede justificarse por un criterio que se concrete sobre la duración misma de la relación laboral. Porque admitir que la mera naturaleza temporal de la relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco.

Es por ello que la exigencia en el Plan de evaluación de un período de antigüedad de cinco años que sólo puede cumplirse en el caso de ser funcionario de carrera, es discriminatorio, porque en su enunciación no se ha tenido en consideración la especial naturaleza de las tareas que deben desempeñar los trabajadores, ni las características inherentes al puesto de trabajo, o la formación previa requerida, empleándose, en definitiva, un criterio discriminatorio en sí mismo. Máxime cuando la consecuencia de la evaluación se proyecta sobre un complemento salarial que indudablemente debe considerarse como una condición de trabajo.

5. El Tribunal entiende, en conclusión, que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida, que reserva, sin que exista ninguna justificación por razones objetivas, la participación en el Plan de evaluación de la función docente y el incentivo que se deriva de ella, en caso de evaluación positiva, únicamente a los profesores cuya relación de servicio es por tiempo indefinido, al ser funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores cuya relación de servicio es de duración determinada, al ser funcionarios interinos.

### **3. STJUE de 14 de septiembre de 2016 [asuntos acumulados C 184/15 y C 197/15].**

**Florentina Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.**

**Peticiones de decisiones prejudiciales. Relaciones laborales de duración determinada y resoluciones que ponen fin a la misma.**

**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**

1. En febrero de 2010 la Sra. Martínez Andrés fue nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria en el Servicio Vasco de Salud. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales, excepto una genérica, incluía una motivación específica. En octubre de 2012 se cesó a la Sra. Martínez Andrés. El recurso contencioso interpuesto por la Sra. Martínez Andrés fue desestimado. La apelación contra dicha sentencia se sustancia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

En diciembre de 1993 el Sr. Castrejana López fue contratado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz mediante una modalidad de duración determinada para la prestación de servicios como arquitecto, contrato que finalizó en noviembre de 1994. En diciembre de 1995 se celebró un nuevo contrato laboral de duración determinada entre las mismas partes, también para la prestación de servicios como arquitecto con un objeto muy determinado: la ejecución de un proyecto arquitectónico de colaboración entre el Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma para la eliminación de barreras arquitectónicas en la ciudad. En enero de 1998 se modificó la condición jurídica del Sr. Castrejana López, nombrándole funcionario interino del Ayuntamiento para la ejecución del referido convenio, precisándose expresamente que la fecha de finalización del nombramiento era la de conclusión del programa de ordenación urbana. En noviembre de 1998 se concluye el programa de ordenación urbana y se dar por terminada, en consecuencia, la relación de servicios laborales. A pesar de ello en enero de 1999 se revocó la resolución que daba por terminado el programa de ordenación urbana porque se había prorrogado su vigencia. En diciembre de 2012 se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del Sr. Castrejana López con el Ayuntamiento, toda vez que el programa se había ejecutado en su totalidad. El Sr. Castrejana López interpuso el correspondiente recurso jurisdiccional que fue desestimado por el competente Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El recurso de apelación contra dicha resolución también se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

2. Los dos asuntos se tramitan ante la misma Sala y Tribunal, y en ambos el proponente de la cuestión prejudicial entiende que se ha producido una utilización abusiva de la normativa relativa a la

contratación laboral de duración determinada. En el caso de la Sra. Martínez Andrés porque la motivación indicada en el nombramiento inicial y en las sucesivas prórrogas no responde a los requisitos exigidos legalmente para garantizar que los nombramientos temporales no se utilicen de manera abusiva. En el asunto en el que es parte el Sr. Castrejana López porque el objeto del nombramiento temporal, ejecutar un proyecto de ordenación urbana, se extendió más allá incluso de la finalización del propio proyecto habilitante de la contratación laboral.

El Tribunal proponente de la cuestión subraya que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha elaborado un concepto singular de trabajadores para las administraciones públicas, los indefinidos no fijos. Estos trabajadores son contratados en régimen laboral por las administraciones públicas pero en los que se ha producido alguna irregularidad. En la administración pública la fijeza del vínculo laboral sólo se produce tras la superación de los correspondientes procedimientos selectivos. La normativa laboral precisa que cualquier irregularidad sustancial en la conclusión del contrato obra el efecto de que el trabajador adquiera fijeza en la entidad contratante. El Tribunal Supremo niega la posibilidad de que los trabajadores contratados irregularmente en régimen laboral para una administración pública adquieran la condición de fijo, pero entiende que estos trabajadores deben quedar situados en una singular posición en el organigrama laboral en dicha Administración.

Pero el Tribunal Supremo crea esta doctrina de los indefinidos no fijos únicamente en litigios relativos a funcionarios de carrera, por lo que no existe, en realidad, una jurisprudencia uniforme en relación con el personal estatutario temporal, o con los funcionarios interinos. Y es en este punto en el que el tribunal remitente se plantea la conformidad de esta práctica de los tribunales nacionales que no reconocen ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación de servicio –mientras que este derecho sí se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos– con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70.

El Tribunal proponente de la cuestión formula tres preguntas, dos de ellas auténticamente esenciales. En primer lugar: ¿Se opone el Acuerdo Marco a una legislación nacional que no reconoce a los contratados laborales por la Administración: personal estatutario temporal eventual [(asunto C 184/15) y los funcionarios interinos (asunto C 197/15)] los mismos derechos en relación al mantenimiento del vínculo que sí reconoce a los indefinidos no fijos?.

Si la respuesta a esta cuestión es negativa, pregunta el Tribunal proponente de la cuestión prejudicial, en segundo lugar: ¿El principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el juez nacional puede considerar que ambas situaciones son similares cuando se produce un abuso en la utilización de contratos de trabajo de duración determinada, o bien debe tener en consideración otros elementos al efectuar el juicio de similitud, tales como, por ejemplo, la naturaleza específica de la relación laboral o funcional del empleado o la potestad de la Administración para auto-organizarse?

**3.** El Tribunal recuerda que el Acuerdo marco tiene por objeto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, esencialmente tres.

En relación, en primer lugar, con las razones objetivas que justifican la renovación de tales contratos o relaciones laborales; en relación, en segundo lugar, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y, en tercer lugar, en relación con el número de sus renovaciones.

El Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, pero no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. Tal función corresponde a las autoridades nacionales, mediante la adopción de medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias. El Derecho de los Estados nacionales regulan, en principio, las normas determinantes para aplicar dichos principios, que no deben ser menos favorables que aquellas aplicables a situaciones similares de carácter interno, ni hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos. Cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, es necesario poder aplicar alguna medida que presente garantías efectivas de protección de los trabajadores en relación sancionar su abuso y eliminar las consecuencias de la infracción.

Es importante precisar que el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determi-

nada. La norma comunitaria deja a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. El Tribunal recuerda que el Acuerdo marco no se opone a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público.

No corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que es una tarea que incumbe a los tribunales nacionales competentes. Ello supone que esta facultad corresponde al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión, aunque sí puede aportar precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación. En el caso de autos el tribunal remitente ya ha apreciado el carácter abusivo de la utilización de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en los dos litigios principales, por lo que sólo procede pronunciarse acerca del carácter apropiado y suficientemente efectivo de las medidas previstas en el Derecho nacional para sancionar los abusos cuya existencia se ha observado.

El tribunal remitente estima, en este sentido, que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en relación con los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden, particularmente el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo.

Aprecia también que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, y que no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal.

El Tribunal aprecia que el Acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal.

El Tribunal debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos ‘de duración determinada’ en el sentido del Acuerdo marco puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, con independencia de la calificación de su contrato. Pero queda constatado que no existe ninguna medida eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo. Es cierto que la asimilación de dicho personal con los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de este tipo de contratación.

Sin embargo el Tribunal sentencia que la respuesta a las cuestiones prejudiciales primera y segunda debe concretarse en el sentido de que el Acuerdo marco se opone a que una norma controvertida como la nacional debatida sea aplicada de tal modo que para el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo.

#### **4. STJUE de 14 de septiembre de 2016 [asunto: C 16/15]. María Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud.**

**Peticiones de decisión prejudicial. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales: personal estatutario temporal eventual.**

**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.**

1. La Sra. Pérez López fue nombrada personal estatutario temporal eventual como enfermera en un Hospital en Madrid durante el período comprendido entre el 5 de febrero y el 31 de julio de 2009. El nombramiento señalaba como causa justificativa la ‘realización de servicios determinados de natu-



raleza temporal, coyuntural o extraordinaria'. A este primer contrato le sucedieron otros nueve con una duración de tres, seis o nueve meses. En todos ellos se señalaba idéntica justificación. El computo total de la duración de su relación laboral, ininterrumpida, abarca desde el 5 de febrero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2013. El cese último de la trabajadora se produce en el marco de contención del gasto en las Administraciones Públicas y, en particular, de una Orden del órgano político competente mediante la cual se establecía que debía procederse al cese del personal eventual una vez llegada la fecha de fin de su nombramiento. A pesar de ello en ese mismo marzo de 2013 se le comunica a la trabajadora un nuevo nombramiento para el período de tiempo que va de desde el 1 de abril al 30 de junio de 2013.

En abril de ese 2013 la Sra. Pérez López interpuso recurso de alzada contra la comunicación de cese y contra su nuevo nombramiento como personal estatutario temporal eventual. Tras terminar el plazo previsto legalmente para considerar desestimado su recurso de alzada por silencio administrativo, interpuso recurso contencioso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente. Entiende, en esencia, que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que formaban parte, en realidad, de una necesidad permanente de mano de obra del empleador. La sucesión contractual incurre, por tanto, en fraude de ley, y la relación de servicio debe transformarse, aplicando la consecuencia que a ello anuda la legislación interna.

El juzgado remitente entiende que tanto la normativa nacional controvertida como el Estatuto Marco no contienen medidas que limiten de manera efectiva la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. Entiende 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 son relaciones laborales de duración determinada comparables. Pero el Estatuto de los Trabajadores 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, e 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.

El Juzgado del Contencioso-administrativo competente decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si ¿Es contrario al Acuerdo marco y, por tanto, inaplicable, el precepto de la Ley interna que favorece la contratación sucesiva de contratos de carácter eventual? Esencialmente por dos razones. Porque no fija, en primer lugar, una duración máxima total para los sucesivos contratos ni un número máximo de renovaciones, y porque no constata, en segundo lugar, la causa objetiva de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, que los justifique.

Cuestiona, en segundo lugar, si ¿Es acorde con el principio de no discriminación reconocido en el Acuerdo marco la aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones?.

**2.** El Tribunal recuerda, de un lado, que el Acuerdo marco ha definido con amplitud su ámbito de aplicación, y, de otro, que en él se han incluido 'los trabajadores con un trabajo de duración determinada', sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan, con independencia de la calificación de su contrato en el derecho interno, y sin excluir ningún sector particular. También se recuerda que el Acuerdo marco tiene por objeto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores. Para ello se exige que la contratación responda a las necesidades de los empleadores en ciertas circunstancias. Para ello el Acuerdo marco impone tres momentos jurídicos determinantes, fundamentales: la argumentación en razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, y el número de sus renovaciones.

El Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, aspecto que corresponde a las autoridades nacionales adoptando las medidas apropiadas (proporcionadas, efectivas y disuasorias) para hacer frente a dicha situación, teniendo presente que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya

que esta tarea incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente. En definitiva, corresponde al juzgado remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva del Derecho interno hacen que éstos constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

De lo que se trata, en definitiva, es de comprobar si las disposiciones de la norma nacional controvertida que permiten la renovación de contratos de duración determinada pueden entenderse como razones objetivas que justifiquen la renovación de contratos. El concepto de ‘razón objetiva’ que se desprende de la jurisprudencia se vincula con las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que pueden justificar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

Por ello se mantiene que una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstractamente la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias del Acuerdo marco, esencialmente por dos razones. En primer lugar porque estaríamos en presencia de una disposición de carácter meramente formal, y, en segundo lugar, porque de la misma no se puede verificar la existencia de criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica.

El Tribunal entiende que la normativa nacional determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos de duración determinada. Precisa que si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración competente estudiará las causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural. Por ello puede afirmarse que la norma nacional no establece una autorización general e incondicionada para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos a la satisfacción de necesidades provisionales.

Se recuerda que la sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada puede constituir una ‘razón objetiva’ para la renovación de los contratos de duración determinada. Es inevitable, se asume, que una Administración que dispone de numeroso personal, como ocurre en el sector de la sanidad pública, que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental. Sin embargo no puede admitirse que estos nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones referidas a la actividad normal del personal fijo.

La renovación de contratos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables no se justifica en el Acuerdo marco, pues se impone que se compruebe concretamente que la renovación de los sucesivos contratos trate de atender a necesidades provisionales, constatando si se utilizan para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador.

**3.** En el litigio se aprecia que los sucesivos contratos para garantizar los servicios hospitalarios no parecen responder a necesidades temporales del empleador. Se constata como el juzgador de instancia aprecia que alrededor del 25 % de las 50.000 plazas de plantilla de personal sanitario de la Comunidad de Madrid están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal. El Acuerdo marco se opone a que una norma nacional se aplique a la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada por ‘razones objetivas’ si las necesidades laborales que se cubren son permanentes y estables.

En el caso debatido es necesario precisar que la normativa interna controvertida no establece ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal temporal eventual. Del pleito principal se deduce que los puestos estructurales creados suelen ser provistos mediante personal estatutario temporal interino, sin que exista ni una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos, ni una limitación en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente.

Teniendo en consideración estas consideraciones procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera en el sentido de que el Acuerdo marco se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector

de la sanidad pública se considera justificada por razones ‘objetivas’, sin que exista una obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual.

4. La siguiente cuestión versa sobre si el Acuerdo marco se opone a una norma nacional que niega la indemnización por cese al personal estatutario temporal eventual, mientras que sí se concede dicha indemnización a los trabajadores con contrato de trabajo eventual.

En el ámbito de la Unión Europea hay dos principios clave en la materia. En primer lugar, que existe una prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Y, en segundo lugar, que el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

El Tribunal entiende que el principio de no discriminación se ha concretado por el Acuerdo marco sólo en lo que importa a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable. Sin embargo, una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de trabajadores con contratos de duración determinada no se incluye en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco.

Dicha diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación del Acuerdo marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual. Y como dicha diferencia de trato no se ha constatado la diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, por lo que procede declarar que el Tribunal de Justicia es manifiestamente incompetente para responder a esta cuarta cuestión prejudicial.

5. El Tribunal de Justicia declara, en definitiva, que el Acuerdo marco se opone a que una norma laboral como la nacional controvertida permita la renovación de sucesivos contratos de duración determinada (para el sector de la sanidad pública) de naturaleza temporal –coyuntural o extraordinaria– para la satisfacción de mano que realice actividades permanentes y estables.

El Acuerdo marco no se opone a una norma nacional que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el propio nombramiento de duración determinada, abonando, naturalmente, la liquidación de haberes correspondiente. Tampoco entiende que el Acuerdo niegue la posibilidad de que, tras una primera contratación, se producte otra u otras por idénticas causas, siempre que dicha práctica no se oponga al objetivo del propio Acuerdo marco, aspecto que compete apreciar el juzgado remitente. Por último, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se considera incompetente para responder a la cuarta cuestión prejudicial planteada.

## **5. STJUE de 14 de septiembre de 2016 [asunto: C 596/14]. Ana de Diego Porras c. Ministerio de Defensa.**

**Peticiones de decisión prejudicial. Calificación jurídica de relación de servicios profesionales y abono de indemnización por extinción del vínculo contractual.**

**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.**

1. La Sra. De Diego Porras prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último de ellos, celebrado en agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a la Sra. Mayoral Fernández, liberada sindical. Normas de carácter general impusieron la revocación de la situación de la Sra. Mayoral, lo que supone la terminación de la vinculación laboral de la Sra. De Diego, con fecha de 30 de septiembre de

2012. En noviembre de 2012 la Sra. de Diego Porras interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social competente impugnando tanto la legalidad de su contrato de trabajo como sus condiciones de finalización. Tras ver desestimada su demanda interpuso frente a esta el correspondiente recurso de suplicación reiterando que los contratos de interinidad mediante los que fue contratada se celebraron en fraude de ley y que su relación laboral debía convertirse en indefinida. También alega que en caso de ver extinguida su

El Tribunal competente entiende que la contratación de la Sra. de Diego Porras mediante un contrato de interinidad cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, y que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva.

Cuestiona, no obstante, si la Sra. de Diego Porras tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización por la finalización de su contrato. En el derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, pues la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa.

El Tribunal entiende que no hay ninguna razón objetiva que justifique dicha diferencia de trato, por lo que cuestiona mediante la cuestión prejudicial planteada la compatibilidad de la normativa nacional con el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos.

Decide, por tanto, suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones. En primer lugar, ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere el Acuerdo marco? Si efectivamente se entiende incluida dicha indemnización en las condiciones de trabajo, ¿deben los trabajadores con un contrato de trabajo en los que el final del contrato de trabajo viene determinado por condiciones objetivas percibir a la finalización del mismo la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas? En tercer lugar, ¿ha transpuesto el artículo 49.1.c) ET correctamente la Directiva 1999/70, o su texto puede considerarse discriminatorio y contrario a la misma? Y, por último, ¿es discriminatoria la distinción que el ET establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?

**2.** Con respecto a la primera cuestión, relativa a si la indemnización por finalización de contrato se considera una condición de trabajo, el Tribunal recuerda que uno de los objetivos del Acuerdo marco es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada particularmente garantizando el respeto al principio de no discriminación. Lo esencial es que el Acuerdo marco protege a los trabajos de duración determinada singularmente con el propósito de impedir que una relación de naturaleza temporal sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida. Singularmente el Tribunal ha declarado que los trienios constituyen uno de los elementos retributivos que deben concederse a un trabajador con contrato de duración determinada del mismo modo que a un trabajador con contrato de duración indefinida. El concepto de condición de trabajo engloba también las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada. Entiende, en definitiva, que la indemnización que se concede por la finalización del contrato sí forma parte de una condición de trabajo.

**3.** Las siguientes cuestiones versaban sobre si la denegación de una indemnización por finalización del contrato en los supuestos de interinidad están cubiertos por el Acuerdo marco cuando dicha indemnización sí se concede a los trabajadores fijos comparables. El Acuerdo marco prohíbe el trato diferente a los trabajadores con contrato de duración determinada que a los trabajadores fijos comparables, siempre que no existan motivos que justifique el trato diferente por razones objetivas. El principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

En el caso tratado sí existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, pues a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. La norma interna nacional discutida trata de manera diferente a los trabajadores interinos que a los trabajadores indefinidos.

De lo que se trata es de apreciar la comparabilidad de las situaciones controvertidas en el litigio principal, y la existencia de una posible justificación objetiva.

4. El juicio de comparabilidad pretende apreciar si las personas de que se trata, con contratos de trabajo de interinidad e indefinidos ejercen un trabajo idéntico o similar, en relación con la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales de ejercicio. La concesión de una indemnización por finalización del contrato de trabajo sería contraria al Acuerdo marco salvo en el supuesto de que las funciones desempeñadas por un trabajador en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no correspondieran a las de los trabajadores fijos, dado que dicha diferencia de trato estaría vinculada a situaciones diferentes. Pero incumbe al tribunal remitente determinar si la recurrente se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo.

El hecho de que la trabajadora ocupara durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, y que efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que remplazó. Procede, por tanto, considerar que la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo.

5. Con respecto a la existencia de una posible justificación objetiva la jurisprudencia requiere que la desigualdad de trato esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo y el contexto específico en que se enmarca con arreglo a criterios objetivos y transparentes, con el propósito de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica. Dichos elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas. El concepto de ‘razones objetivas’ no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta. Se subraya, en concreto, que el recurso 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 una ‘razón objetiva’, en el sentido del Acuerdo marco. 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.

Aunque corresponde al tribunal remitente determinar si las alegaciones presentadas constituyen ‘razones objetivas’ en el sentido del Acuerdo marco, es preciso señalar que el Gobierno español se limita a subrayar la diferente naturaleza y objeto que distinguen a los contratos de interinidad de los contratos por tiempo indefinido, invocando el criterio de la duración y la expectativa de estabilidad de la relación contractual de los segundos. Pero ni la naturaleza temporal de la relación laboral, ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas.

En concreto la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal sino que contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente

prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

6. En definitiva, y en conclusión, el Acuerdo marco entiende que en el concepto de ‘condiciones de trabajo’ se incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada, oponiéndose a que se deniegue al trabajador contratado bajo la modalidad de interinidad, mientras se permite dicha indemnización a los trabajadores fijos comparables, por lo que el mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.

#### **6. STJUE de 15 de noviembre de 2016 [asunto: C 258/15]. Gorka Salaberria Sorondo c. Academia Vasca de Policía y Emergencias.**

**Peticiones de decisión prejudicial. Oferta de empleo público (policía autónoma Vasca) restringida a no haber cumplido determinada edad.**

**Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.**

1. La Academia Vasca de Policía y Emergencias convoca un procedimiento selectivo de personal en la que exige que los candidatos a determinados puestos concretos no hayan cumplido la edad de 35 años. El Sr. Salaberria Sorondo interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la orden de convocatoria de dicho proceso selectivo al entender que la disposición normativa que preveía esa determinada edad infringe la Directiva 2000/78 y los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al incorporar un límite de edad que carece de justificación objetiva y razonable y restringe el derecho a acceder a las funciones públicas.

El tribunal remitente de la cuestión prejudicial recuerda que ya ha declarado que la edad límite de 32 años para la selección de determinados puestos de trabajo (Ertzaintza) se ajustaba a las exigencias de proporcionalidad que imponen tanto de la Constitución y de la normativa estatal como de la Directiva 2000/78. Tuvo en consideración la sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf (C 229/08, EU:C:2010:3), en la que el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 4, apartado 1, de esa Directiva no se oponía a una normativa nacional que fija en 30 años la edad máxima para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos. Y también la sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez (C 416/13, EU:C:2014:2371), en la que el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que fijaba en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local. Existen, en definitiva, dos sentencias que tienen en consideración el hecho objetivo de la edad para implementar dos soluciones diferentes. Precisa, no obstante, que las funciones que el ordenamiento jurídico español reserva a los agentes de Policía Local son distintas de las que se asignan a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y que las funciones de la Ertzaintza son propias de las referidas a las de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Por eso el tribunal remitente considera que, habida cuenta del nivel elevado de las exigencias inherentes a las funciones atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la fijación en 35 años del límite máximo de edad podría considerarse proporcionada y razonable. Pero el Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: ¿la fijación del límite máximo de edad de 35 años como requisito para participar en la convocatoria de acceso a la plaza de agente de la policía autonómica vasca, se ajusta a la interpretación de los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78?

2. Es evidente que el establecimiento de un límite de edad para el acceso a un puesto de trabajo se relaciona con las condiciones de contratación y debe considerarse, por tanto, como una norma relativa al acceso al empleo público, incluyéndose la cuestión, en el ámbito de la Directiva 2000/78.

No hay duda que la norma interna cuestionada establece una discriminación basada en la edad. De lo que se trata es de averiguar si dicha discriminación es o no razonable, si se encuentra

justificada y amparada en el ámbito de la Directiva 2000/78. Porque una diferencia de trato puede no considerarse discriminatoria si se analiza en relación con la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o en el contexto en que se desarrolle, siempre y cuando el objetivo limitador sea legítimo y razonable.

No es dudoso afirmar que la posesión de determinadas capacidades físicas específicas es una característica directamente relacionada con la edad y, su vez, que las funciones que desarrolla la policía, relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas, pueden requerir el empleo de la fuerza física. La naturaleza de estas funciones exige una aptitud física específica, en la medida en que los fallos físicos que se producen en el ejercicio de dichas funciones pueden tener consecuencias importantes no sólo para los propios agentes de policía y para terceros, sino también para el mantenimiento del orden público.

De ello se desprende que poseer capacidades físicas específicas para poder cumplir las misiones esenciales de la Ertzaintza: garantizar la protección de las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de todos, y velar por la seguridad de los ciudadanos, puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante.

La fijación en 35 años de edad la máxima para el acceso a la Ertzaintza pretende garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de estos Cuerpos de Policía, asegurando que los nuevos funcionarios puedan efectuar las tareas más pesadas desde el punto de vista físico durante un período relativamente largo de su carrera.

Conviene recordar que la Directiva 2000/78 permite que se limite el acceso a los cuerpos policiales a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios. Y aunque el límite de edad que en determinadas condiciones se ha fijado en 30 años (Policía Local del Ayuntamiento de Oviedo) se ha entendido en ocasiones como desproporcionado, no lo es menos que las funciones desempeñadas por los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas son distintas de las encomendadas a la Policía Local, más exigentes en éstas y menos en aquellas.

La Academia en la vista ante el Tribunal de Justicia concreta que un agente de la Escala Básica de la Ertzaintza, escala para la que se organizó el proceso selectivo controvertido, no desempeña funciones administrativas, sino que ejerce esencialmente funciones operativas o ejecutivas, las cuales pueden implicar el recurso a la fuerza física y el cumplimiento de sus funciones en condiciones de intervención difíciles, incluso extremas. Conviene precisar que el reclutamiento del personal administrativo para la policía se realiza mediante otros mecanismos selectivos en los que no se tiene en consideración el límite de edad. Es decir, que la limitación en razón de la edad se encuentra circunscrita únicamente para determinados puestos de trabajo muy vinculados con el desarrollo de actividades físicas muy exigentes.

Precisa además la Academia que según sus informes a partir de la edad de 40 años los agentes de la Ertzaintza sufren una degradación funcional, que se traduce en una disminución de su capacidad de recuperación tras un esfuerzo sostenido y la incapacidad de ejercer cualquier otra función que requiera el mismo nivel de exigencias durante un determinado período de tiempo. De todas las consideraciones anteriores se deduce que las funciones de los agentes de la Escala Básica de la Ertzaintza implican tareas exigentes desde un punto de vista físico.

**3.** El Tribunal considera que una norma como la controvertida en el litigio principal es adecuada al objetivo de mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía y no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. La diferencia de trato no constituye, por tanto, una discriminación proscrita, y sí se considera justificada.

En definitiva, el Tribunal entiende que la norma controvertida que restringe por motivos de edad el acceso a determinados cuerpos policiales no se opone a la Directiva 2000/78, pues el propósito de seleccionar a personal que pueda mantener el ejercicio de sus funciones operativas durante un período de años es una finalidad legítima.

**7. STJUE de 1 de diciembre de 2016 [asunto: C 395/15]. Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L. c. Fondo de Garantía Salarial.****Peticiones de decisión prejudicial. Despido de trabajador durante su situación de incapacidad temporal.****Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.**

1. El Sr. Daouidi fue en abril de 2014 por la empresa por Bootes Plus como ayudante de cocina bajo la modalidad de contratación eventual, justificada por el aumento de trabajo que experimenta el restaurante, por una duración de tres meses y a jornada parcial (20 horas por semana). El julio de ese mismo año se pactó la conversión de dicho contrato a jornada completa (40 horas por semana), prorrogándose por otros nueve meses más y fijándose como fecha de cese el 16 de abril de 2015.

En octubre de 2014 el Sr. Daouidi resbaló en la cocina del restaurante en el que trabajaba, dislocándose el codo izquierdo, que lo que recibió atención médica e ingreso en una incapacidad temporal derivada de accidente laboral. En noviembre de 2014, estando todavía de baja laboral, la empresa procedió al despido disciplinario del trabajador. En diciembre de 2014 el Sr. Daouidi presentó una demanda por despido ante la jurisdicción social, solicitando la nulidad del despido. Adujo que el despido del que fue objeto vulneraba su derecho fundamental a la integridad física, alegando que el motivo real de su baja laboral era su situación de incapacidad temporal derivada de su accidente de trabajo, siendo, por tanto, un despido en sí mismo discriminatorio.

El juzgado remitente de la cuestión prejudicial precisa que aunque formalmente el despido parece revestirse de una apariencia disciplinaria, cumplimento todas las formalidades requeridas para el mismo, su motivo real es la situación de incapacidad que deriva del accidente laboral que padeció. Entiende, además, que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional un despido como esta basado en la enfermedad, o en la situación de incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo, no se considera discriminatorio por esa sola circunstancia.

El juzgado cuestiona, no obstante, si pudiera tener dicha calificación desde el punto de vista de la normativa de la Unión Europea, en la medida en que pudiera entenderse que el despido así acaecido puede violar el principio de no discriminación y vulnerar el derecho a la protección en caso de despido injustificado.

El juzgado remitente de la cuestión pregunta, en definitiva, si existe, en el litigio principal, una discriminación por ‘discapacidad’ con arreglo a lo previsto en la Directiva 2000/78. Estima que la limitación que padece el Sr. Daouidi al dislocarse el codo es evidente, y que la duración de la lesión, demasiado larga a juicio de la empresa que procede a su despido, puede considerarse de carácter ‘permanente’ de la limitación. En base a estas argumentaciones decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales, de las cuales la más trascendente, y la finalmente sustenta el pronunciamiento del Tribunal, es la siguiente: ¿Entraría en el concepto de ‘discriminación directa por discapacidad’ la decisión empresarial de despedir a un trabajador por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal por un accidente laboral?.

2. El Tribunal comienza el análisis por la última cuestión planteada. Precisa, con carácter previo, que la Unión aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48, y ello conlleva, por consiguiente, que a partir de la entrada en vigor de aquélla, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión.

El concepto de discapacidad debe entenderse como referido a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, de largo plazo, y que pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Es importante subrayar que las discapacidades aquí contempladas incluyen también aquellas debidas a accidentes. Lo que conlleva que si un accidente acarrea una limitación de larga duración ésta puede incluirse en el concepto de ‘discapacidad’ que emplea la Directiva 2000/78.

En el caso cuestionado la incapacidad del sujeto es, en principio, reversible, aunque seis meses después del accidente laboral el codo del Sr. Daouidi seguía enyesado y no podía volver a desarrollar su



actividad profesional. Es claro que ha sufrido una limitación de su capacidad derivada de una dolencia física, pero para determinar si puede considerársele una ‘persona con discapacidad’ debe analizarse si esa limitación de su capacidad es ‘duradera’ en el sentido en la jurisprudencia comunitaria lo interpreta. La Directiva 2000/78 no define el concepto de ‘discapacidad’ ni establece el de limitación ‘duradera’ de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto.

3. Ello conlleva que, cuando del tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, su interpretación debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. En este concreto caso la falta de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros permite acudir al concepto que emplea la Directiva 2000/78.

El concepto de carácter ‘duradero’ de una limitación en el contexto de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta se relaciona con la implementación de medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad, lo que demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período de tiempo. Pero dicha apreciación corresponde al juzgado remitente de la cuestión, pues tal apreciación es de carácter fáctico. Y en el caso enjuiciado el juzgador remitente llega a la conclusión, basándose en todos los elementos objetivos de los que dispone y, en particular, de los documentos y certificados relativos a su estado de salud, de que la limitación de la capacidad del Sr. Daouidi es ‘duradera’.

Ello comporta, en definitiva, que, teniendo en consideración la Directiva 2000/78, la cuestión prejudicial remitida debe interpretarse con arreglo a las siguientes premisas. En primer lugar, que el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal (de duración incierta) con arreglo al Derecho nacional a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de ‘duradera’ con arreglo a la definición de ‘discapacidad’ que emplea la mencionada Directiva. Para apreciar si dicha limitación es duradera, en segundo lugar, debe apreciarse si la incapacidad del interesado presenta o no una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo. Y para comprobar dicho carácter ‘duradero’ el juzgador de instancia debe apoyarse, en tercer lugar, en los elementos objetivos de que disponga, y muy particularmente en los documentos y certificados relativos al estado de dicha persona. Teniendo presente, en cuarto lugar, que entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es ‘duradera’ puede figurar, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo.

### III. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

#### 1. Introducción

La búsqueda de jurisprudencia del TEDH en los casos que afecten a España ha sido extraída del elenco de resoluciones traducidas por el Ministerio de Justicia.

#### 2. Sentencia de 19 de julio de 2016. Asunto Flores Quirós c. España (demanda núm.: 75183/10). Impago de deudas contraídas con la Seguridad Social. Pública subasta de local por la TGSS.

1. La señora Juana Flores Quirós demanda al Reino de España ante el TEDH el 13 de diciembre de 2010. Los hechos acaecidos se enmarcan en un procedimiento jurisdiccional por deudas contraídas con la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS, en adelante). En el marco de un procedimiento de ejecución judicial entablado contra el ex-esposo de la ahora demandante (Don M.B.M.), por impago de las deudas contraídas por aquél, la TGSS procedió a la venta en pública subasta de un local comercial que pertenecía tanto a Don M.B.M. como a la demandante.

2. La demandante entabló el correspondiente contencioso-administrativo, resuelto por sentencia de 8 de mayo de 2006 que estimaba la pretensión de la demandante y se reconocía un defecto en el procedimiento: la falta de notificación del precio de venta fijado para el local, anulándose la subasta.

Sin embargo la ejecución judicial contra el ex esposo de la demandante continuó su curso. La sentencia devino firma tras de desestimación del recurso de apelación impetrado frente a ella. En abril de 2007 se permitió que un tercer adquirente del local en cuestión inscribiera el bien exclusivamente a su nombre.

Paralelamente D. M.B.M interpuso un recurso contencioso-administrativo turnado a otro Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Es decir, la esposa había tramitado su pretensión en un juzgado distinto del interviniente por la impugnación jurisdiccional de su ex-esposo. El recurso del ex-esposo no fue estimado, no declarando la nulidad de la subasta. El defecto procedimental consistente en la falta de notificación del precio de venta fijado para el local sólo había perjudicado, en su caso, a la ex-esposa y que a ella correspondía hacer valer la nulidad de la resolución por dicho defecto.

El 4 de junio de 2007, es decir, cuarenta y cinco días después de que el tercer adquirente inscribiera el local comercial a su nombre, la ahora demandante promovió un incidente de ejecución de la sentencia de 8 de mayo de 2006 solicitando la inscripción de esta sentencia, ya firme, con el propósito de evitar la venta del bien a terceros de buena fe.

La TGSS se opuso a las pretensiones de la demandante, alegando que la subasta había sido declarada conforme a la ley por otra sentencia dictada en julio de 2006. El incidente de ejecución solicitado se desestimó, así como los recursos de súplica implementados frente a dicha resolución. El recurso de amparo intentado frente a dichas resoluciones fue inadmitido.

3. La demandante ante el TEDH sostenía que la sentencia de 8 de mayo de 2006 que era firme y había anulado la subasta del local comercial no se había cumplido.

El Gobierno Español reprocha a la demandante no haber informado al TEDH de la existencia de la sentencia del 31 de julio de 2006 que había desestimado la demanda de su ex-esposo declarando la validez de la subasta. Solicita por ello que el TEDH inadmita la demanda por considerarla abusiva.

También entiende que no se han agotado las vías de recurso interno y que la demandante no ha utilizado todos los recursos disponibles para solicitar la ejecución de la sentencia firme. El Gobierno entiende que la demandante podría haber ejercido una acción civil frente a su ex-esposo con el fin de reclamar los beneficios que se habrían obtenido de la subasta.

La demandante afirma, por su parte, que no ha organizado ninguna estrategia procesal fraudulenta. Precisa, en concreto, que no ha informado al TEDH sobre la sentencia del 31 de julio de 2006 que afectaba a su ex-esposo por no haber sido parte en el procedimiento.

4. El TEDH subraya que el derecho a la tutela judicial efectiva no quedaría garantizado si el ordenamiento jurídico interno de un Estado consintiera que una resolución judicial firme y obligatoria quedara inoperante por no aplicarse de manera práctica. Entiende, además, que si el Estado rehúsa u omite que se ejecute una resolución firme, o incluso si se demorase en hacerlo, se estaría erosionados las garantías de las que gozan las partes quedarían sin razón de ser. La ejecución de las resoluciones jurisdiccionales debe ser completa, perfecta y no parcial, debe tener contenido y aquietarse al contenido de la resolución que ejecuta.

El TEDH constata que la sentencia del 8 de mayo de 2006 se pronunció de manear directa sobre el recurso interpuesto por la demandante y decidió de manera no equívoca anular la subasta, todo ello sin perjuicio de que se prosiguiera, paralelamente, el procedimiento de apremio seguido contra el ex-esposo. El TEDH entiende que esta resolución no está en contradicción con la de julio de 2006 que atañía única y exclusivamente al ex-esposo de la ahora demandante. Por ello entiende el TEDH que no se puede suscribir el argumento del Gobierno consistente en suponer que la interesada podría haber impetrado una acción civil contra su ex-esposo.

Y, sobre todo, constata que el daño alegado por la demandante resultaba de la imposibilidad de impugnar la tasación del bien subastado, pero que dicho perjuicio no había sido causa por Don M.B.M. ni el procedimiento judicial interno, ya que dicho defecto procedía de las irregularidades cometidas por los Tribunales internos en otras resoluciones.

Repara finalmente el TEDH en que si la TGSS o los Tribunales consideraban que era imposible la ejecución de la sentencia del 8 de mayo por la existencia de la sentencia del 31 de julio de 2006, las jurisdicciones internas competentes deberían haber empleado los mecanismos legales para convocar a las parte a una audiencia que resolviese la contradicción interna.

En definitiva, el TEDH desestima las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno y, resolviendo sobre el fondo del asunto, estima que se ha producido una vulneración del derecho de la demandante a una protección jurisdiccional efectiva.

### **3. Decisión de 3 de noviembre de 2016. Asunto Caballero Ramírez c. España (demanda núm.: 24902/11). Concurso de movilidad interna para funcionarios.**

1. La demandante, Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez, y Doña R.N.M se presentaron a un concurso de movilidad interna para ciertas categorías de funcionarios. Tras la adjudicación provisional de un puesto a Doña R.N.M. en otra localidad renunció al traslado, antes de la finalización del plazo, con el propósito de formular alegaciones contra esa adjudicación provisional.

La Administración no tuvo en consideración dicha renuncia y publicó en el Boletín Oficial correspondiente la relación provisional de adjudicaciones de las plazas, en la que a la demandante (Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez) se le adjudicaba la plaza ocupada inicialmente por R.N.M.

La Resolución de adjudicación mencionaba expresamente que se trataba de una adjudicación “*a resultas*”, es decir, que la plaza ofertada sólo podía ser ocupada si el funcionario que efectivamente la ocupaba y que, a su vez, había solicitado participar en el concurso, la liberaba de forma definitiva, trasladándose a su nuevo puesto de destino. Porque las plazas “*a resultas*” dependen de que los funcionarios efectivamente se trasladen, cosa que no sucede en este caso porque la señora R.N.M ha renunciado al traslado.

Aun cuando constaba la renuncia al traslado la Resolución de 19 de junio de 2006 adjudicó a la demandante definitivamente la plaza inicialmente ocupada por la señora R.N.M., quien, en el plazo oportuno, interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo, alegando, esencialmente, que su renuncia al concurso de traslados se había producido dentro de los plazos legalmente prescritos para ello.

2. El Juzgado de lo contencioso correspondiente en sentencia de 15 de octubre de 2007 anuló la adjudicación de la nueva plaza a Doña R.N.M. y acordó que se le repusiera en su antigua plaza. Pero la demandante en este procedimiento (Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez) no fue citada para comparecer en ese procedimiento ni se le notificó la sentencia. Es decir, no ha sido oída, en el correspondiente procedimiento Contencioso-Administrativo cuyo resultado le causa un perjuicio cierto e innegable.

La autoridad administrativa ejecuta la decisión jurisdiccional en sus propios términos. La demandante en este procedimiento (Doña Arice Del Carmen Caballero Ramírez) impetra el correspondiente recurso en vía administrativa, y tras ver desestimado éste procede a incoar el procedimiento jurisdiccional con el propósito de anular la decisión administrativa, básicamente alegando que en el procedimiento jurisdiccional anterior no había tenido la oportunidad de defender sus intereses, pues no fue citada en el procedimiento. El procedimiento se inadmite.

Paralelamente había impetrado un recurso contencioso-administrativo contra las decisiones meramente administrativas que ejecutaban las decisiones jurisdiccionales. El recurso en primera instancia es inadmitido, siéndolo también el recurso impetrado frente al mismo. También acude al Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo, que se inadmitió al entender el Tribunal que no la demandante no justifica “la especial transcendencia constitucional” del recurso.

Tras todo este proceder impetra el recurso extraordinario de revisión contra la decisión jurisdiccional de 15 de octubre de 2007 que anuló la adjudicación de la nueva plaza a Doña R.N.M. y acordó que se le repusiera en su antigua plaza. El recurso también fue rechazado, en este caso por ser claramente extemporáneo.

Planteó posteriormente un procedimiento de exención de responsabilidad patrimonial (reclamando 250.000 euros en concepto de daños e intereses) de la Administración, que fue desestimada por silencio administrativo. Frente a la decisión impetró un nuevo procedimiento jurisdiccional que triunfa

parcialmente, concediéndole finalmente una indemnización de 5.000 euros. El Tribunal entiende, esencialmente, que “*la actora confió durante un tiempo en la legalidad aparente de su nombramiento sin que conste que, hasta cierto momento, conociera el vicio del que adolecía ni su impugnación jurisdiccional*”.

Tras ver desestimada su solicitud de aclaración de sentencia acudió de nuevo en emparo ante el Tribunal Constitucional viendo inadmitida su pretensión.

3. El Gobierno solicita al TEDH que inadmita la demanda, por varios motivos. En primer lugar por ser una pretensión abusiva, toda vez que al momento de su planteamiento estaban pendientes de resolución varias pretensiones jurisdiccionales impetradas por ella, por lo que se entiende que la demanda es prematura, ya que no se han agotado todas las vías de recurso en vía interna. En concreto estaban pendientes de resolución al momento de interposición de la acción ante el TEDH el recurso de revisión y la acción de responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, porque entiende el Gobierno que la actora no ha sufrido un perjuicio importante, toda vez que no sólo ha sido repuesta en su plaza de origen, sino que, además, ha visto incrementado su patrimonio, pues entre la fecha de adjudicación provisional de su nueva plaza y la fecha de reposición en su puesto inicial, ha percibido un salario 1.000 euros superior al que hubiera percibido antes del concurso.

Y, por último, y en tercer lugar, porque las numerosas vías jurídica que ha empleado, muchas de ellas plenamente jurisdiccionales, demuestran que sí ha tenido acceso al conjunto de los medios de recurso ofrecidos en el Derecho interno.

La actora, por su parte, entiende que la información relevante sobre las demandas jurisdiccionales interpuestas por ella (esencialmente la de revisión) sí figuraba en el procedimiento ante el TEDH, y con respecto a la demanda de responsabilidad patrimonial aduce que entendía que no debía comunicárselo al TEDH, al ser un procedimiento independiente.

4. El TEDH recuerda que, en virtud del artículo 35 § 3 a) del Convenio, una demanda puede ser declarada abusiva, especialmente si se funda deliberadamente en hechos falaces, si se sustenta en una información incompleta, o engañosa. Se entiende que, en estos casos, estamos en presencia de un abuso de derecho, especialmente relevante cuando no se explica de manera razonable por qué no se ha suministrado toda la información pertinente al caso.

El TEDH entiende que aunque la concesión de una indemnización económica no es suficiente, por sí sola, de retirar a la demandante de la condición de víctima, la ocultación de la información relativa a la existencia de procedimientos jurisdiccionales vivos, esencialmente el procedimiento de revisión, constituye una información esencial para el enjuiciamiento de la demanda que debería haber sido comunicada al TEDH. Entiende, en definitiva, que la información ocultada se relacionada directamente con el asunto central discutido ante el TEDH y que, por tanto, debía haber sido comunicado al mismo, sin que las explicaciones dadas por la demandante justifiquen plenamente su silencio.

Entiende, por tanto, que la demanda debe ser declarada inadmisibles por ser abusiva, al haberse ocultado información relevante para su estimación.

#### **4. Decisión de 13 de diciembre de 2016. Asunto M.B. c. España (demanda núm.: 15109/15). Dene-gación de la solicitud de asilo**

1. La demandante, Sra. M.B. (de identidad no revelada), es una nacional camerunesa llegó al aeropuerto de Madrid- Barajas Adolfo Suárez el 7 de marzo de 2015, donde fue detenida por las Autoridades aduaneras. Al día siguiente presentó, asistida por un abogado, una solicitud de asilo, alegando, esencialmente, que tuvo que huir de Camerún debido a las amenazas recibidas por parte de la familia de su difunto esposo por haber descubierto que la demandante mantenía una relación con otra mujer. También temía las represalias de su familia política pues había rechazado la boda convenida con el hermano de su difunto esposo según la tradición de la etnia camerunesa Yambassa. La demandante afirma haber sido objeto de malos tratos durante su matrimonio por parte de su marido, que había fallecido a causa del virus del SIDA y se lo habría transmitido a la demandante.

2. El día 11 marzo 2015 la subdirección General de Asilo del Ministerio del Interior denegó la solicitud de asilo de la demandante, al considerar que la demandante basaba su decisión en alegaciones contradictorias e insuficientes, no siendo –a su juicio– creíble su exposición de los hechos. Tras su solicitud de reexamen el recurso fue desestimado el 16 marzo 2015.

La demandante interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, solicitando la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión basándose en la posibilidad que concede la ley procesal administrativa. El 18 marzo la Audiencia Nacional acordó conceder la suspensión solicitada, al entender que los temores de la demandante de ser víctima de violencia podrían considerarse creíbles y razonables. Sin embargo el 26 marzo 2015 levantó la suspensión de la medida, sobre la base de varios argumentos, entre ellos, esencialmente, por entender que no había ninguna prueba de que existiera acoso personal o agresión social o familiar creíble.

3. El 27 de marzo de 2015, un día antes del fijado para su expulsión, la demandante interpuso ante el TEDH una solicitud de medida cautelar con arreglo al artículo 39 de su Reglamento, aun cuando pendía todavía el recurso contencioso-administrativo que había impetrado sobre el fondo del asunto ante la Audiencia Nacional. El mismo día 27 de marzo de 2015, el TEDH acordó indicar al Gobierno español que no procediera a la devolución de la demandante a Camerún mientras se tramitaba el procedimiento ante el tribunal interno.

La Audiencia Nacional mediante sentencia de 11 de febrero de 2006 estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra las resoluciones denegatorias de su solicitud de asilo y ordenó su admisibilidad con el fin de proceder al examen sobre el fondo. Entiende, siguiendo el criterio de dos sentencias del Tribunal Supremo de 27 marzo 2013, que si las manifestaciones y argumentaciones de la demandante no se revelaban a primera vista como claramente abusivas o manifiestamente infundadas lo precedente era tramitar su pretensión de asilo mediante el procedimiento administrativo ordinario, y al no haberse seguido éste procede anular la totalidad del procedimiento administrativo con el fin de que sea reexaminado por completo en vía administrativa.

4. La demandante entiende, apoyándose en el art. 13 del Convenio que no se le ha patrocinado el recurso efectivo al que tiene derecho y que las Autoridades nacionales no han examinado suficientemente el fondo de sus alegaciones.

5. El Gobierno solicita, por su parte, el archivo de las actuaciones, al entender que la demandante de asilo no pudo seguir pretendiendo ser una víctima potencial de una violación del Convenio, pues la Audiencia Nacional en su sentencia de 11 de febrero de 2016 ya anuló las resoluciones administrativas que habían denegado la solicitud de asilo, comenzando todo el procedimiento mediante los trámites ordinarios, con lo que se procede a un reexamen de todas las circunstancias concurrentes y de la pretensión de la solicitantes de asilo.

6. El TEDH aprecia que la solicitud de protección internacional se encuentra pendiente de examen por parte de las Autoridades administrativas siguiendo el procedimiento ordinario. Este procedimiento conlleva, en sí mismo, la suspensión de la orden de expulsión, hasta la resolución del la pretensión de fondo. En definitiva, la demandante no puede ser expulsada del territorio español hasta la terminación del procedimiento de concesión de asilo. Concreta, además, que en el caso de que su solicitud fuese denegada tendría abierta la posibilidad de acudir jurídicamente al TEDH de nuevo. Todo ello conlleva que no se justifica la prosecución del examen de esta queja, procediéndose a su archivo, sin que con ello se prejuzgue el fondo del asunto.

Lo trascendente es que la orden de expulsión no puede ser ejecutiva hasta la terminación del procedimiento ordinario en el que se valoran todas las cuestiones de hecho y de derecho alegadas por la demandante de asilo, permitiéndole, en todo caso, acudir al TEDH de nuevo.

7. También se rechazan, por prematuras, la alegación de los terceros intervinientes, relativa a que los procedimientos que se aplican en España en materia de asilo no permiten un examen eficaz de

las solicitudes complejas, y, en particular de aquellas que se fundan en la orientación sexual y en la identidad de género. El TEDH entiende, no obstante, que tras la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2016 el reexamen de la solicitud con arreglo al procedimiento ordinario puede detenerse en apreciar estas circunstancias, y que, en caso de desestimación de la pretensión la demandante tiene la posibilidad de plantear sus pretensiones por medio de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y, más tarde, de recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en su caso, mecanismo, todos ellos, que pueden ejercer un control de legalidad suficiente a la luz del Convenio.