

El papel del derecho de la Unión Europea en la regulación del trabajo del personal sanitario, especial referencia al caso español

The role of European Union law in regulating the work of health care personnel, with special reference to the Spanish case

Lidia de la Iglesia Aza

UNIR

Doctora por la Universidad de Santiago de Compostela

ORCID ID: 0000-0001-8455-0701

Recibido: 5/8/2023

Aceptado: 4/12/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8399

Resumen: El personal sanitario tiene un régimen jurídico propio y diferenciado al del resto de los empleados públicos, derivado tanto del sistema de trabajo como de la esencialidad de sus funciones. La normativa de la Unión Europea no tiene un cuerpo legislativo específico para este colectivo, del que ha asumido sus peculiaridades permitiendo el recurso a la excepción en muchas Directivas. Mas allá de la innegable evolución normativa, el régimen interior de diversos Estados Miembros se ha visto afectado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante múltiples cuestiones prejudiciales, clasificables, en virtud de su objeto conforme al tema principal del litigio de origen:

- Tiempo de trabajo.
- Diferencias de trato entre personal con vínculo temporal y con vínculo indefinido.

Palabras clave: Personal sanitario, cuestiones prejudiciales, jurisprudencia, tiempo de trabajo.

Abstract: Healthcare personnel have their own legal regime that is different from that of other public employees, derived both from the work system and from the essential nature of their functions. The regulations of the European Union do not have a specific body of legislation for this group, from which it has assumed its peculiarities, allowing recourse to the exception in many Directives. Beyond the undeniable normative evolution, the internal regime of various Member States has been affected by the case law of the Court of Justice by

*ldelaiglesiaaza@gmail.com

means of multiple preliminary rulings, classifiable, by virtue of their subject matter, according to the main subject of the original dispute:

- Working time.
- Differences in treatment between temporary and permanent staff.

Keywords: Health care personnel, preliminary rulings, case law, working time.

1. Introducción

El régimen jurídico del personal sanitario es singular y diferente al del resto de los empleados públicos, pese a ello, en el Derecho de la UE no existe un cuerpo legislativo específico para este colectivo, sino que las referencias y regulaciones se encuentran diseminadas en múltiples textos. No obstante, derivado de su especialidad, muchas de las Directivas posibilitan el recurso a la excepción en este ámbito. En el caso de España, son mínimas las ocasiones en las que ha acudido a tal recurso, lo que resulta más acorde con la doctrina del “efecto útil”¹.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, mediante recursos por incumplimiento y cuestiones prejudiciales², constituye una fuente innegable de evolución de su régimen jurídico, propiciando e incluso forzando modificaciones legislativas e incluso procesales³ de gran calado.

En cuanto al personal sanitario han sido muy limitados los recursos por incumplimiento⁴, pudiendo señalar como materias tratadas las deficiencias en materia de forma-

¹ SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO, D., Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las decisiones marco, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº10, 2005, p. 16

SÁNCHEZ -URÁN AZAÑA, Y., Hacia un concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial en la política social propiamente dicha, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, 20, 1, 2017, p 294

MIRANDA BOTO, J.M. *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*, Aranzadi, 2009, p. 126: “ha desarrollado la doctrina del efecto útil, que implica una interpretación restrictiva de las excepciones”

² MIRANDA BOTO, J.M., El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, 2013, p 18 a 21

³ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., La infracción de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como motivo de acceso a los recursos de suplicación y casación, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 47, 2017, p 311

GARCÍA MURCIA, J., Introducción. En: GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p 28

BARAV, A., El papel comunitario del juez nacional y el estatuto del justiciable comunitario. En: HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (coord.), *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Madrid, CGPJ, 2007, p 304

VALDÉS DAL RÉ, F., A función de protección dos dereitos fundamentais polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea: entre a renovación e o continuismo, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª et., 1, 2016, p 13-14

⁴ MIRANDA BOTO, J.M., El control de la recepción del derecho de la Unión Europea en la legislación laboral española a través del recurso por incumplimiento, *Documentación Laboral, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 113, 2018, p 124

ción y reconocimiento de títulos (*Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, nivel mínimo de formación de las matronas, asunto C-313/89⁵); la remuneración mínima del personal en formación para la obtención de títulos de médico especialista (*Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-277/93⁶); el reconocimiento de títulos extranjeros de médicos y de farmacéuticos hospitalarios (*Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-232/99⁷ y *Comisión de las CCEE frente al Reino de España*, asunto C-39/07⁸). Estos pronunciamientos dieron lugar a la ejecución de modificaciones legales internas, situación que se reiteró en el caso de recursos por incumplimiento de otros Estados miembros, como la sentencia *Comisión de las CCEE contra Grecia*⁹, referida a la libertad de apertura de establecimientos ópticos, que afectó al ordenamiento español. Otro tanto respecto de la sentencia *Comisión de las CCEE contra la República Italiana*¹⁰, supuesto en el que los colegios profesionales del resto de Estados Miembros se tuvieron que adaptar al pronunciamiento, dado que múltiples regulaciones internas mantenían la misma limitación declarada proscrita¹¹.

Del mismo modo, el recurso por incumplimiento de la sentencia *Comisión Europea contra Irlanda*¹² podría dar lugar a modificaciones en diversos Estados Miembros, dado que se determinó, respecto del personal médico en formación, que las horas de formación fuera del centro de trabajo no tienen la consideración de tiempos de trabajo a los efectos de límites de jornada. La singular relación de formación de los médicos está expresamente excluida de la Directiva 2003/88/CEE, y muchos de los Estados Miembro realizan en el centro sanitario la totalidad de sus jornadas, computándose íntegramente

⁵ STJ de 7 de noviembre de 1991, *Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-313/89. (ECLI:EU:C:1991:415)

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.; VILÀ COSTA, B., Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Revista Jurídica de Catalunya*, 91, 4, 1992, p 1132

⁶ STJUE de 6 de diciembre de 1994, *Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-277/93. (ECLI:EU:C:1994:402)

VALLEJO LOBETE, E., La estomatología, especialidad médica cuyos períodos de formación han de ser remunerados en España, *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, boletín 71, 1994, p 17

⁷ STJUE de 16 de mayo de 2002, *Comisión de las CCEE contra el Reino de España*, asunto C-232/99. (ECLI:EU:C:2002:291)

⁸ STJUE de 8 de mayo de 2008, *Comisión de las CCEE frente al Reino de España*, asunto C-39/07. (ECLI:EU:C:2008:265)

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., Reconocimiento del título de farmacéutico especialista en la Unión Europea: farmacia hospitalaria. Comentario a la STJCE (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2008, *Noticias de la Unión Europea*, volumen 306, 2010, p 109

⁹ STJUE de 21 de abril de 2005, *Comisión de las CCEE contra Grecia*, asunto C-140/03. (ECLI:EU:C:2005:242)

¹⁰ STJUE de 18 de enero de 2001, *Comisión de las CCEE contra la República Italiana*, asunto C-162/99. (ECLI:EU:C:2001:35)

¹¹ MARCOS FERNÁNDEZ, F., La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, vol 219, mayo/junio, 2002, p 33-34

VÁZQUEZ ALBERT, D., Derecho de la Competencia y Ejercicio de las Profesiones, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol 11, 2004, p 753

¹² STJUE de 9 de julio de 2015, *Caso Comisión Europea contra Irlanda*, asunto C-87/14. (ECLI:EU:C:2015:449)

como tiempo de trabajo. Esta aproximación puede verse alterada, dado que el sistema de formación mas usual no contempla la formación externa a los centros hospitalarios, pero a la vista de tal pronunciamiento, nada obsta para que las sesiones clínicas previas al inicio de ronda se realicen fuera del centro, excluyéndolas así del cómputo de jornada, máxime a la vista de la tendencia a la expansión de las horas de trabajo de este colectivo.

Pero los recursos por incumplimiento son muy limitados en materia de personal sanitario, resultando mas relevantes las cuestiones prejudiciales, que se han constituido como el escenario propicio para la aparición de las grandes creaciones jurisprudenciales, dictándose sentencias que han hecho del Ordenamiento de la UE una figura completamente diferente a cualquier otra en el universo de las organizaciones internacionales¹³. Y ello por cuanto, la posición del Tribunal es una “posición mixta al resolver el asunto” (...) “legislador sustituto”, “dirigiéndose más a los propios Estados como tales”¹⁴.

En otras palabras, “responde esencialmente (...) a la búsqueda de la uniformidad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión”¹⁵. Por ello, en el estático panorama legislativo en esta materia, “los avances más relevantes han venido de la acción, directa o indirecta, del Tribunal de Justicia”¹⁶.

Los temas más recurrentes en las cuestiones prejudiciales del colectivo se sistematizan en dos grandes grupos de sentencias, las referidas al tiempo de trabajo y las que versan sobre diferencias de trato entre personal temporal e indefinido.

2. Decisiones prejudiciales en materia de tiempo de trabajo

El derecho a la salud tiene rango fundamental tanto en el derecho interno de los Estados Miembros como en la regulación del artículo 9 del TFUE, e implica la prestación de servicios en régimen de asistencia permanente, 24 horas al día/365 días al año, siendo las cuestiones sobre los tiempos de trabajo del colectivo múltiples.

De entre las resueltas destaca el caso *SIMAP*¹⁷, en el que la decisión prejudicial se instó desde un Tribunal español y la pretensión del Sindicato demandante era que se declarase el derecho de los médicos a jornadas de trabajo que no excediesen las cuarenta horas, incluidas las extraordinarias, por cada período de siete días. Tal pretensión se

¹³ MIRANDA BOTO, J.M., Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social En: DANS ÁLVAREZ SOTOMAYOR, L. (Coord.), *La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral*, Bomarzo, 2014, p 281

¹⁴ MIRANDA BOTO, J.M., El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 5, 2018, p 42

¹⁵ ALONSO GARCÍA, R., La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea, En: GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. (Coord.), *La cuestión prejudicial europea*, Valencia, IVAP, 2014, p 9

¹⁶ MIRANDA BOTO, J.M., Reseña de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2016, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, vol 132, 2017, p 29

¹⁷ STJUE de 3 de octubre de 2000, *Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana*, asunto C-303/98. (ECLI:EU:C:2000:528)

completaba instando la declaración de que la jornada de trabajo nocturno no excediese las ocho horas en cada período de veinticuatro horas, o de superarse, se concediesen períodos equivalentes de descanso compensatorio. Subsidiariamente se requería la declaración del derecho del colectivo a no exceder las cuarenta y ocho horas, incluidas las extraordinarias, por cada período de siete días (en cómputo de cuatro meses), con la misma petición en cuanto a las horas nocturnas. Ambas peticiones junto con la consideración de este colectivo como trabajadores nocturnos y por turnos a los efectos de la especial protección establecida en la Directiva 93/104/CE.

Dada la exclusión en cuanto al ámbito contenida en el artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE¹⁸, que establece su inaplicación “cuando se opongán a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública” el Tribunal remitente requirió pronunciamiento previo sobre si este personal estaba incluido en tal exclusión. En concreto, solicitó pronunciamiento sobre si la expresa exclusión en la Directiva del personal médico en formación debe interpretarse *sensu contrario* como inclusión del resto de personal médico. En caso de establecerse la aplicabilidad de la Directiva al colectivo, el Tribunal formulaba hasta diez cuestiones referidas al tiempo de trabajo, a la duración media del trabajo, al régimen de horas extraordinarias, al carácter nocturno del trabajo y al trabajo a turnos.

El pronunciamiento del Tribunal estuvo a la altura de lo exhaustivo de las cuestiones formuladas, de esta forma, se declaró de forma inequívoca que los médicos de Equipos de Atención Primaria estaban incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, y ello por cuanto no les era de aplicación ninguna de las limitaciones establecidas en su texto, puesto que España no estableció exclusión alguna para este colectivo. Por tanto, la Directiva es directamente aplicable a sus condiciones de trabajo.

Para resolver las cuestiones sometidas, el Tribunal de Justicia estudió los tiempos de trabajo del colectivo, concluyendo que los servicios prestados en régimen de atención continuada en presencia física debían ser considerados como de trabajo efectivo a todos los efectos. Diferente consideración otorgó a los prestados en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario, a los que sólo reservó la condición de tiempo de trabajo en el caso de efectivo llamamiento. Ambos tiempos, el de presencia física en todo caso, y el de localización en caso de efectivo llamamiento y por el tiempo efectivo dedicado al acto médico, declaró que tenían la consideración de horas extraordinarias en el sentido de la Directiva.

Así, “el Tribunal tendió a una interpretación más próxima al elemento de subordinación que al del trabajo efectivo, en línea de principio con la finalidad de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores” (...) Se puede afirmar, por tanto, que este fallo concede una cierta preponderancia al elemento tiempo en estrecha relación con la posibilidad de prestar servicios de manera inmediata¹⁹”.

¹⁸ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo

¹⁹ TRILLO PÁRRAGA, F.J., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, Lex Nova, 2010, pág. 117

De la trascendencia de esta noción del tiempo de trabajo basada en la subordinación da cuenta la referencia que a esta sentencia efectúa la OIT, al entender que podría considerarse aplicable incluso a las previsiones de sus Convenios²⁰.

En el sector sanitario público de la UE, dio lugar a una revolución, dado que las horas de presencia física venían computándose de una forma parcial, “al no exigir una prestación de servicios constante (...) su retribución no había de ajustarse necesariamente al valor de la hora ordinaria ni, menos aún, al de la hora extraordinaria”²¹.

En el ámbito nacional, la inicial norma de regulación de las guardias no contenía siquiera una limitación en el número de módulos mensuales a realizar, pese a que la jornada ordinaria en instituciones sanitarias ya estaba limitada. Esta regulación, o su ausencia, acreditaba su no consideración como horas de trabajo efectivo por parte del legislador interno²². Las posteriores normas en relación con los equipos básicos de salud²³ constataban que los legisladores no consideraban los tiempos de guardias de presencia física como de trabajo efectivo.

Tras la sentencia *SIMAP* el legislador advirtió lo perentorio de la modificación del régimen legal del personal sanitario, lo que realizó mediante la aprobación del Estatuto Marco. De hecho, su exposición de motivos²⁴ establece que obedece a la necesidad de transponer diversas Directivas. No resultaba muy acorde con el orgullo patrio admitir que obedecía, al menos parcialmente, a la necesidad de adecuar la regulación interna a los pronunciamientos de la sentencia *SIMAP*.

Algunos Estados Miembros reaccionaron mediante “*opting out*”, acudiendo a exenciones para no tener que aplicar sus previsiones. Tras la sentencia del asunto *Jaeger* y la reiteración del recurso a las exclusiones, el Parlamento Europeo exigió a la Comisión que revisara y reformara la Directiva para evitar los abusos y solicitó la revisión “lo antes

²⁰ *Horas de Trabajo: ¿de lo fijo a lo flexible?*, International Labour Organization, 2004, p. 20 y sig.

²¹ GOERLICH PESET, J.M., Aplicación de la Directiva de tiempo de trabajo a las guardias medicas En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Coord.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones judiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 593

²² En la Orden de 9 de diciembre de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto 3110/1977 de 28 de noviembre, regulando los turnos de guardia y localización del personal facultativo de los Servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, se establecía una limitación de jornada ordinaria de 36 horas en instituciones sanitarias, y ninguna a la realización de guardias de presencia física.

²³ Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud. Art. 6. “La dedicación del personal integrado en los Equipos de Atención Primaria será de cuarenta horas semanales, sin perjuicio de las dedicaciones que pudieran corresponder por la participación en los turnos de guardias, debiendo responsabilizarse de las peticiones de asistencia a domicilio y de las de carácter de urgencia, de conformidad con lo establecido en los Estatutos Jurídicos de Personal Médico y Auxiliar Sanitario de la Seguridad Social, y las normas que los desarrollan.”

²⁴ “Consideración especial merece la sección 1.^a del capítulo X, pues en ella se lleva a cabo la transposición al sector sanitario de dos directivas de la Comunidad Europea relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo y del régimen de descansos, las Directivas 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000.”

posible” del *opting-out*, con vistas a su eliminación definitiva en el año 2007²⁵. Tal como se ha señalado, se acredita así la influencia de las decisiones prejudiciales y el poder de las sentencias del Tribunal de Justicia²⁶.

En el caso *CIG*²⁷, se discutió la aplicabilidad al personal sanitario de las limitaciones en materia de tiempo de trabajo de las Directivas 89/391/CEE²⁸ y 93/104/CE. El accionante entendía que a este colectivo se le establecía un horario de trabajo que excedía los máximos de la UE. En remisión a la sentencia *SIMAP* el Tribunal resolvió mediante Auto, declarando que esta actividad estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/CE. Excluyó así la aplicación de las excepciones o exclusiones, y estableció que “el tiempo de atención continuada en régimen de presencia física del personal médico y de enfermería (...) debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias”. Al igual que en el asunto *SIMAP*, se consideró que el trabajo en atención primaria se tiene que caracterizar como trabajo a turnos a los efectos de la Directiva²⁹.

Pese a lo tajante de estas sentencias, se reiteraron los asuntos en relación con las guardias de presencia física, así, el asunto *Jaeger*³⁰. La cuestión prejudicial se presentó por un Tribunal alemán valorando el derecho interno, que diferenciaba entre servicios de permanencia, servicios de atención continuada y servicios de alerta localizada: servicios de permanencia aquellos en los que el trabajador está a disposición del empresario y atento a sus funciones en el lugar de trabajo; servicios de atención continuada, períodos en los que el trabajador debe estar presente en el centro pero puede descansar de no ser llamado; y servicio de alerta localizada el tiempo en el que el trabajador debe permanecer localizable para prestar servicios de ser llamado. Solo se computaba como tiempo

²⁵ CERCAS ALONSO, A., Informe sobre la ordenación del tiempo de trabajo (Revisión Directiva 93/104/CE) (2003/2165(INI)), *Comisión de Empleo y Asuntos Sociales*, 2004, apartados 2, 13 y 16:

“13. Pide a los Estados miembros que (...) no multipliquen el uso de la facultad de derogación (...) para solucionar los aparentes problemas causados por la interpretación que el TJCE hace de las horas de atención continuada en régimen de presencia física como tiempo de trabajo en el sector de la asistencia médica.”

²⁶ BARNARD, C., *EU Employment Law*, 4ª ed, Oxford University Press, 2012 p. 535, 547, 550 y 552
SINDBJERG MARTISEN, D. (2015) *An ever more powerful Court?: The political constraints of legal integration in the European Union*, Oxford University Press, 2015, p 108

²⁷ STJUE de 3 de julio de 2001, *Caso Confederación Intersindical Galega contra Servicio Galego de Saúde*, asunto C-241/99. (ECLI:EU:C:2001:371)

²⁸ Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989, pág. 1 a 8

²⁹ BLANSPAIN, R., *European Labour Law*, Kluwer Law International, 2008, p 576 y ss.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M., Tiempos de trabajo del personal médico y de enfermería con servicio en puntos de atención continuada, equipos de atención primaria y otros servicios de urgencias extrahospitalarias de Galicia, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 597 a 602

³⁰ STJUE de 9 de septiembre de 2003, *Landeshauptstadt Kiel y Norbert Jaeger*, asunto C-151/02. (ECLI:EU:C:2003:437)

de trabajo íntegro el de permanencia, pero no el de atención continuada ni el de alerta localizada, salvo llamamiento, y en tal caso, sólo durante el tiempo de ejercicio efectivo.

El régimen de trabajo implicaba, además de la jornada ordinaria, seis turnos al mes de atención continuada con permanencia en la clínica a disposición del servicio. De no ser llamado podía dormir, y de promedio debía prestar servicios efectivos el 49% del tiempo de permanencia. El Dr. Jaeger entendía que la totalidad del tiempo de atención continuada debía ser considerado como tiempo de trabajo. El Tribunal alemán sometía al Tribunal de Justicia la posible infracción de la Directiva 93/104/CE por la consideración de la atención continuada como período de descanso.

El Tribunal de Justicia se refirió al caso *SIMAP*, contraponiendo el concepto de tiempo de trabajo con el concepto de tiempo de descanso, estableciendo que los servicios de atención continuada de presencia física obligada en el centro debían considerarse íntegramente como tiempo de trabajo. Reiteró que no caben interpretaciones ponderadas, y sostuvo que sin necesidad de pieza expresa de transposición, cabe hallar en Derecho interno reglas conformes a la Directiva, aún a falta de medidas expresas de adaptación. Si el Derecho interno cumple con sus límites, es conforme³¹. Se declaró que el efecto directo implica que los jueces nacionales deben dar aplicación en virtud del principio *iura novit curia*, a los mandatos claros y determinantes no transpuestos, buscando una interpretación conforme del derecho interno.

Pese a lo tajante de estos pronunciamientos, se reiteraron las cuestiones prejudiciales en esta materia. Así, en el caso *Pfeiffer*³², se interesó nuevamente por el Tribunal alemán la interpretación sobre la posible contradicción entre la normativa comunitaria y la regulación alemana que diferenciaba entre servicios de permanencia, servicios de atención continuada y servicios de alerta localizada.

En este procedimiento se acumularon siete litigios frente a la Cruz Roja Alemana interpuestos por trabajadores sanitarios del servicio de socorro terrestre. Sus servicios se prestaban en ambulancias y vehículos sanitarios de emergencia, y la pretensión era el cómputo de los períodos de permanencia a que venían obligados por Convenio Colectivo a los efectos de jornada, con la consiguiente retribución de horas extraordinarias.

En este procedimiento, se cuestionaba la aplicabilidad de la Directiva, por entender que podría estar excluida la actividad por su carácter de transporte por carretera. El resto de las cuestiones tenían relación con la legalidad de las condiciones de exceso de jornada por sumisión de las partes a un Convenio Colectivo. El Tribunal resolvió que las excepciones de la Directiva deben interpretarse restrictivamente, y al primar el carácter

³¹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., Ordenación del tiempo de trabajo, En: GARCÍA MURCIA, J, (Dir.) *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p 201 y ss.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la Directiva 93/104/CEE al personal estatutario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2002, p 56 y ss.

³² STJUE de 5 de octubre de 2004, *Bernhard Pfeiffer* (C-397/01), *Wilhelm Roith* (C-398/01), *Albert Süß* (C-399/01), *Michael Winter* (C-400/01), *Klaus Nestvogel* (C-401/01), *Roswitha Zeller* (C-402/01) y *Matthias Döbele* (C-403/01) *contra Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*. (ECLI:EU:C:2004:584)

de primeros auxilios a enfermos o heridos, frente al de transporte por carretera no consideró que estos servicios estuviesen excluidos.

En lo relativo a la aceptación de prestación de servicios por tiempo superior al máximo reiteró que el consentimiento debe ser individual, expreso, libre y con pleno conocimiento de causa, y no consideró que la sumisión a una regulación genérica de Convenio Colectiva fuese válida para sobrepasar los límites de jornada.

Reiteró la obligación de los Estados Miembros de adoptar las medidas necesarias para que la duración media del trabajo no exceda las 48 horas por cada siete días, obligación vinculada al carácter de la limitación de jornada como medida de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En cuanto a los servicios de atención continuada y los períodos de permanencia, recalcó que la disposición de derecho alemán que permitía sobrepasar la jornada máxima de 48 horas semanales mediante estos era contraria al Derecho de la Unión.

Esta sentencia forzó el efecto directo horizontal de la Directiva entre particulares por medio de su conexión con las previsiones de la Carta de los Derechos Fundamentales, al establecer que pasa de estar dirigida a los Estados a ser aplicable directamente a los ciudadanos, por ser desarrollo de la Carta³³. Al no resultar conforme la normativa interna con la Directiva, y siendo las disposiciones de ésta suficientemente precisas, los particulares están legitimados para su invocación ante los órganos jurisdiccionales nacionales³⁴.

En el caso *Abdelkader Dellas*³⁵, se requirió al Tribunal la interpretación de la Directiva 93/104/CE, en el ámbito de los trabajadores de centros sociales y de médicos en régimen de presencia física en el sistema francés, que equiparaba al tiempo de descanso los períodos de inactividad del trabajador durante la atención continuada.

La regulación interna francesa establecía una parcialidad en el cómputo de los períodos de trabajo en régimen de presencia física, de forma que cada nueve horas de vigilancia nocturna se computaban como tres de trabajo efectivo, añadiéndose media hora más por cada sesenta minutos suplementarios. Los demandantes solicitaban la anulación de esta regulación por contraria a la Directiva, y el Tribunal remitente cuestionaba la definición del tiempo de trabajo, y si ésta se aplicaba a los límites comunitarios, o también a los límites señalados por los Derechos nacionales. La duda derivaba del *Code du Travail*, que establecía un límite semanal general promedio de cuarenta y cuatro horas en un período de doce semanas, por tanto, mas beneficioso para los trabajadores.

³³ A favor MILLÁN MORO, L., Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho Comunitario según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia., *Revista de Instituciones Europeas*, 11, 1984, p 445 y sig. En contra, LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., Tiempo de trabajo y derecho de vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales, *Documentación Laboral, Revista de la Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 113, vol I, 2008, p 36.

³⁵ STJUE de 1 de diciembre de 2015, *Abdelkader Dellas y otros contra Premier ministre y Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, asunto C-14/2004. (ECLI:EU:C:2005:728)

Además, cuestionaba si un régimen de equivalencia proporcional que computase todas las horas de presencia con un mecanismo de ponderación en base a la menor intensidad del trabajo resultaba compatible con los objetivos de la Directiva.

El Tribunal de Justicia reiteró que el concepto “tiempo de trabajo” es todo período durante el cual el trabajador no está en período de descanso y ratificó la inexistencia de una categoría intermedia. Resolvió categóricamente que los Estados no pueden establecer las definiciones de tiempo de trabajo o tiempo de descanso, puesto que haría peligrar el efecto útil de la Directiva, esto es la protección eficaz de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Aclarada la improcedencia del cómputo ponderado de los servicios, determinó que el límite de jornada nacional mas favorable solo actúa cuando las horas se computan de la forma establecida en la Directiva. Así, llega a la misma solución que la Decisión de fondo del Comité de Derechos Sociales de 8 de diciembre de 2004, sobre la Reclamación Colectiva nº 22/200319, si bien esta toma como base la Carta Social Europea. Como se ha señalado, “resulta poco elegante que, siendo un precedente tan evidente, no se cite tal Decisión en esta sentencia”³⁶.

En materia de guardias y su cómputo como tiempo de trabajo los pronunciamientos son múltiples, y si bien no referidos estrictamente a personal sanitario, algunos de sus razonamientos son extrapolables. Así las Sentencias de los asuntos *C-374/19*³⁷, *C-580/19*³⁸, *C-742/19*³⁹, *C-107/19*⁴⁰, *C-214/20*⁴¹ y *C-580/19*⁴², en las que el Tribunal realizó una configuración estricta del concepto de tiempo de trabajo en las guardias de localización, declarando que es necesaria la apreciación global de las circunstancias del caso: las consecuencias del plazo máximo de intervención y la frecuencia media de intervención. Si las limitaciones al trabajador afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente su tiempo, debe computarse como tiempo de trabajo.

Se ratifica así que los conceptos “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso” son excluyentes por lo que el tiempo de guardia de un trabajador debe calificarse, bien de “tiempo de trabajo”, bien de “período de descanso”, al no existir una categoría intermedia.

En cuanto a otras caracterizaciones del tiempo de trabajo que pueden tener trascendencia en la regulación de las condiciones de trabajo del personal estatutario, la sen-

³⁶ MARTÍNEZ OTERO, J., Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 14, 2º semestre, 2009, p 287

³⁷ STJUE de 9 de marzo de 2021, *D. J. y Radiotelevizija Slovenija*, asunto C-374/19. (ECLI:EU:C:2021:182)

³⁸ STJUE de 9 de marzo de 2021, *Stadt Offenbach am Main (Periode d’astreinte d’un pompier)*, asunto C-580/19 (ECLI:EU:C:2021:183)

³⁹ STJUE de 15 de julio de 2021, *K. y Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo)*, asunto C-742/19 (ECLI:EU:C:2021:597)

⁴⁰ STJUE de 9 de septiembre de 2021, *XR contra Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost*, asunto C-107/19 (ECLI:EU:C:2021:722)

⁴¹ STJUE de 11 de noviembre de 2021, *MG contra Dublin City Council*, asunto C-214/20 (ECLI:EU:C:2021:909)

⁴² STJUE de 9 de marzo de 2021, cit.

tencia de 4 de mayo de 2023⁴³ valora si la diferente configuración del trabajo nocturno para los trabajadores del sector privado y los vinculados con una Administración Pública es acorde a derecho. En el supuesto de hecho, la regulación húngara determina como jornada de trabajo nocturna 7 horas en el caso del trabajo en el sector privado, mientras la señala en 8 horas en el público, lo que considerado acorde a derecho dado que las diferencias en la regulación tienen una causa objetiva, el interés público objeto de los contratos de los funcionarios. Se valora además la existencia de otras ventajas en el ámbito público, que hacen que ambos regímenes no sean estrictamente comparables. Reitera así este pronunciamiento las consideraciones del asunto C-262/20⁴⁴, por lo que sorprende que no haya sido resuelta mediante Auto. La línea de razonamiento de estas sentencias resulta interesante en cuanto a canon de interpretación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, y, por ende, del personal estatutario. Si bien en España la estricta separación entre ambos regímenes jurídicos no hace previsible la existencia de cuestiones equivalentes, no ha de olvidarse la minoritaria persistencia de personal sanitario con vínculo laboral en nuestros servicios de salud.

3. Diferencia de trato entre trabajadores con vínculo temporal y con vínculo indefinido

Las vulneraciones de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco han sido estudiadas en profundidad por el Tribunal de Justicia, dado que los incumplimientos de este instrumento, entre otros Estados Miembros, por España tienen tal trascendencia que han dado lugar a la carta de emplazamiento de 26 de marzo de 2015⁴⁵. Esta, tras formulación de alegaciones, ha quedado en suspenso, sin que hasta el momento se haya interpuesto recurso por incumplimiento. El fundamento de tal carta son las denuncias de trato menos favorable de funcionarios con contrato de duración determinada en el sector público español, “para los cuales no existe ninguna justificación objetiva”. Situación similar en Italia a la que se le han requerido acciones correctoras en la carta de emplazamiento de 17 de julio de 2019. Tanto la entidad de los incumplimientos como su reiteración solo han podido ser parcialmente acotadas por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia⁴⁶.

⁴³ STJUE de 4 de mayo de 2023, varios y Glavna direktsia «Pozharna bezopasnost i zashtita na nasele-nieto» kam Ministerstvo na vatreshnite raboti , asuntos acumulados C-529/21 a C-536/21 y C-732/21 a C-738/21 (ECLI:EU:C:2023:374)

⁴⁴ STJUE de 24 de febrero de 2022, VB y Glavna direktsia, asunto C-262/20 (ECLI:ECLI:EU:C:2022:117)

⁴⁵ Carta de emplazamiento – Infracción núm. 2014/4224

⁴⁶ ORDÓÑEZ SOLÍS, D., El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, 127, 2017, p 281

MIRANDA BOTO, J.M, El empleo público temporal español ante el Tribunal de Justicia: crónica de un desencuentro, En: MARTÍNEZ MORENO, C. (Coord.), *El personal laboral de las Administraciones Públicas. Nuevos enfoques*, Universidad de Oviedo, 2018, p 71

Centrando el estudio en la diferencia de trato entre trabajadores sanitarios con vínculo indefinido y con vínculo temporal, se estudian principalmente los asuntos *del Cerro Alonso*⁴⁷, *Małgorzata Nierodzik*⁴⁸, *Pérez López*⁴⁹, *Martínez Andrés*⁵⁰ y *Vernazaya Ayovi*⁵¹.

En *del Cerro Alonso* la diferencia de trato se abordó en relación con el devengo de trienios de personal estatutario que había prestado servicios durante doce años mediante vínculos temporales. En el momento en el que obtuvo plaza en propiedad solicitó el reconocimiento de estos períodos a efectos de trienios, y, si bien se estimó, se limitaron sus efectos a la fecha de nombramiento como personal fijo. No conforme, solicitó los trienios correspondientes al último año al entender que la limitación temporal relativa al carácter fijo del vínculo era vulneradora de la Directiva 1999/70/CE.

La primera de las cuestiones que se formuló era si la retribución resultaba comprendida dentro del concepto de “condiciones de trabajo” de la Directiva y si la prohibición de trato menos favorable para los trabajadores temporales se refería también a las condiciones económicas. El Tribunal de Justicia señaló que el artículo 4 del Acuerdo podía servir de fundamento a las pretensiones de la actora⁵² y no admitió las alegaciones que pretendían excluir las condiciones económicas por mor del artículo 137 TCE. Se basó así en que el principio de no discriminación a los trabajadores temporales es un principio de Derecho social comunitario, y no puede ser interpretado de manera restrictiva⁵³. Superada esta cuestión, valoró la posible existencia de “razón objetiva”, en los términos del Acuerdo Marco⁵⁴, y estableció que “razones objetivas” son únicamente las

⁴⁷ STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Yolanda del Cerro Alonso contra el Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, asunto C-307/05. (ECLI:EU:C:2007:509)

⁴⁸ STJUE de 13 de marzo de 2014, *Nierodzik Malgorzata contra Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej jm. Dr. Stanisława Deresza w Choroszczy*, asunto C 38/13. (ECLI:EU:C:2014:152)

⁴⁹ STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Maria Elena Pérez López contra el Servicio Madrileño de Salud*, asunto C-16/15. (ECLI:EU:C:2016:679)

⁵⁰ STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Florentina Martínez Andrés contra el Servicio Vasco de Salud*, asunto C 184/15. (ECLI:EU:C:2016:680)

⁵¹ STJUE de 25 de julio de 2018, *Caso Gardenia Vernaza Ayovi contra el Consorci Sanitari de Terrasa*, asunto C-96/17. (ECLI:EU:C:2018:603)

⁵² SALA FRANCO, T., Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporal de los trabajadores interinos, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 2017, p 217 a 225

⁵³ OCAÑA ESCOLAR, L., La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos, *Revista Andaluza del Trabajo, Temas Laborales*, 118, 2013, p. 203-215

GÓMEZ MUÑOZ, J.M., No discriminación de trabajadores temporales y concesión de primas de antigüedad, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 265 a 272

⁵⁴ PALOMINO SAURINA, P., ¿Es discriminatorio para el trabajador no reconocerle los trienios correspondientes al tiempo que ha trabajado como personal estatutario temporal?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 15, 2007, P 3040

MIRANDA BOTO, J., El pésimo encaje del empleo público español en la Directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 2016

circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad, no las disposiciones que la regulen. Refrendó así su doctrina sobre el principio general de igualdad, e incluso aprovechó la fortaleza de la “constitucionalización” de este como palanca para ampliar su alcance⁵⁵.

En Derecho interno español este fallo dio lugar a una modificación legal que reconocía el derecho del personal temporal a estas retribuciones, si bien limitado a su fecha de entrada en vigor. Tal limitación fue controvertida hasta las sentencias de los asuntos *Gavieiro Gavieiro*⁵⁶ y *Regojo Dans*⁵⁷, en los que se resolvió que la referencia a la naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la administración no constituye por sí sola razón objetiva, determinando el derecho al percibo con la limitación derivada del tiempo máximo de transposición de la Directiva⁵⁸.

El asunto *Malgorzata Nierodzik*⁵⁹ estudió el régimen de preaviso para la resolución del contrato en un Estado Miembro cuya norma interna establecía la posibilidad de extinguir un contrato de trabajo mediando un preaviso de duración diferente según el vínculo fuese indefinido o temporal. El Tribunal de Justicia realizó un concienzudo análisis de la naturaleza del período de preaviso, entendiéndolo comprendido en el concepto “condiciones de trabajo” y resolviendo que el supuesto constituía una diferencia de trato proscrita por la Directiva⁶⁰.

⁵⁵ MARTINEZ SIERRA, J.M.; FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., La igualdad ante la ley en la doctrina del TJUE, *Estudios de Deusto, Universidad de Deusto*, vol. 65, 2, julio-diciembre, 2017, p 211-245

⁵⁶ STJUE de 22 de diciembre de 2010, cit)

⁵⁷ STJUE de 9 de julio de 2015, *María José Regojo Dans contra el Consejo de Estado*, asunto C- 177/14. (ECLI:EU:C:2015:450)

⁵⁸ GÁRATE CASTRO, J., La actividad de los jueces españoles como factor de impacto sobre el Derecho del Trabajo español de los fallos del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales en asuntos afectados por normas de política social: cambios normativos, inaplicación de preceptos e interpretaciones conformes, *Revista Galega de Dereito Social*, 9, 2019, p 57 y ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Sobre el momento y los límites del derecho de los funcionarios interinos a la percepción de los trienios, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 273 a 279

DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO, M. (2020), Personal eventual de las administraciones públicas y derecho a trienios, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 313 a 320

DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M., Reconocimiento de trienios a funcionarios interinos; el caso Gavieiro y otro, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, vol 102, 2013, p 237

⁵⁹ STJUE de 13 de marzo de 2014, cit.)

⁶⁰ CARAZO LIÉBANA, M.J., El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como actor de constitucionalidad: sobre la interpretación del derecho a la no discriminación en el trabajo y sus consecuencias, *Revista Estudios Deusto, Universidad de Deusto*, Vol. 65, 1, Enero-Junio, 2017, p 45-71

PÉREZ REY, J., La contratación de duración determinada. Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999, En: GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. (Coord.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª ed., Francis Lefebvre, 2019, p 653 a 695

En *Pérez López*⁶¹ se enjuició la situación de una enfermera que prestaba servicios mediante contratos temporales cuya causa era la “realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria”, y como objeto “garantizar la atención asistencial”. Esta sucesión de vínculos se prolongó más de cuatro años, momento en el cual se le cesó. Antes de la efectividad del cese se le notificó nuevo nombramiento, y no conforme acciona tanto frente al cese como frente al nuevo nombramiento, alegando lo estructural de los servicios y el fraude de ley de sus nombramientos.

El Tribunal remitente entendía que la norma interna no contenía medidas que limitasen la utilización de sucesivos contratos de duración determinada, por lo que consideraba que podía ser contrario a la Directiva 1999/70/CE. Se cuestionaba además si la ausencia de indemnización, que sí tenía el personal laboral temporal, podía ser contraria al principio de igualdad. Se pretendía valoración sobre la posible vulneración por la norma interna de las previsiones de la Directiva, dado que ni establecía estricta causalidad para la contratación temporal, ni determinaba duración máxima, y dejaba a la voluntad de la Administración la creación de una plaza estructural. Solicitaba también el parecer del Tribunal sobre la obligatoriedad de transformar el vínculo en interinidad.

El Tribunal sentenció que ante la utilización abusiva de contratos de duración determinada es indispensable la existencia de medidas que ofrezcan garantías de protección efectiva de los trabajadores, que sancionen dicho abuso y eliminen las consecuencias de la infracción. Dispuso que una norma nacional que autoriza de manera general y abstracta la utilización de sucesivos contratos de trabajo temporales no se ajusta a las exigencias de la Directiva, pero en un sorprendente análisis, interpretó que la norma española no realiza una autorización ilimitada de la contratación temporal, sino que la limita a la cobertura de necesidades temporales⁶². Dictaminó que no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse ilimitadamente para desempeñar funciones estructurales, dado que en tal situación dichas contrataciones pasan a tener un carácter permanente y estable, y, por tanto, a ser contrarias a la cláusula 5 del Acuerdo Marco⁶³.

La última cuestión planteaba la posible discriminación entre los ceses del personal estatutario y del personal laboral, ambos temporales, con ausencia de indemnización para los primeros e indemnización de doce días año para los segundos. El Tribunal de

⁶¹ STJUE de 14 de septiembre de 2016, cit.)

⁶² ROJO TORRECILLA, E., El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (notas a tres sentencias y tres autos), *Lan Harremanak*, 36, I, 2017, p 36

⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por finalización de su contrato por “causa objetiva”, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, 2016, p 838 y sig.

BLASCO PELLICER, A., Contratos temporales sucesivos en las administraciones públicas, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 327

Justicia estableció que no son situaciones comparables y que resulta al margen de la Directiva, por lo que se remitió a la apreciación del Tribunal interno, limitándose a verificar la existencia de criterios objetivos y no arbitrarios, pero con un amplio margen para la justificación de la diferencia de trato⁶⁴.

Lo más sorprendente de esta resolución es que no se beneficia de la corriente de razonamiento proactiva derivada del asunto *De Diego Porras*, ya que el Tribunal de Justicia no se considera competente para pronunciarse sobre la diferencia de trato entre los trabajadores temporales y los estatutarios temporales. “Si el razonamiento hubiera sido paralelo al de *De Diego Porras*, lo que habría procedido sería hallar el trabajador con contrato de trabajo indefinido comparable y someterle al mismo test por el que pasó el interino. Aquí, sin embargo, no se siguió, sino que se zanjó el asunto de forma tajante”⁶⁵.

En el asunto *Martínez Andrés*⁶⁶, se estudió la extinción de la relación de personal estatutario temporal en el marco de una sucesión de contratos que el Tribunal interno considera abusiva. Se planteaba la transformación en indefinida, si bien con las limitaciones de acceso a la función pública del derecho interno, y la creación jurisprudencial del Tribunal Supremo del vínculo de indefinido no fijo de plantilla. Se cuestionaba la conformidad a la Directiva de la ausencia de reconocimiento para el personal estatutario y funcionario, temporal, del derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos laborales. Sugería así la aplicabilidad del principio de equivalencia entre las relaciones laborales y funcionariales y si en virtud del principio de efectividad se debía decidir en el propio procedimiento la sanción a los posibles incumplimientos o si se derivaba a un nuevo proceso.

El Tribunal de Justicia reiteró la obligatoriedad de los Estados Miembros de adoptar, al menos, una de las medidas que establece la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco en supuestos de uso sucesivo de contratos temporales. Señaló que la cláusula 5.2 no impone la obligación de transformar los vínculos temporales fraudulentos en vínculos indefinidos, pero de no existir tal obligación, impone la necesidad de contar con otra medida efectiva para sancionar el abuso de la temporalidad. Derivó al órgano jurisdiccional remitente la valoración de las medidas internas para prevenir y sancionar la utilización abusiva de contratos temporales, pero realizó ciertas orientaciones. Así, de entenderse que no existen medidas para evitar o sancionar la actuación abusiva del empleador, “tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del acuerdo”, y por consiguiente deberá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la observancia de la cláusula 5.1. Para ello debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contrato de duración determinada,

⁶⁴ MARTÍNEZ SIERRA, J.M. y FERRER MARTÍN DE VIDALES, C., op cit. 2017, p 211-245

SUÁREZ CORUJO, B., El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho Europeo*, 61, 2017, p 3 y sig.

⁶⁵ MIRANDA BOTO, J.M., op cit, 2017, p 326-327

⁶⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2016, cit.)

con independencia de la calificación jurídica interna de su vínculo⁶⁷. puedan conseguir la aplicación a sus empleadores de sanciones.

La novedad de esta sentencia es el considerar que la asimilación de este personal a los trabajadores indefinidos no fijos, “podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco”.

En el asunto *Vernaza Ayovi*⁶⁸, se valoraban las consecuencias del despido disciplinario de una enfermera con vínculo indefinido no fijo. La normativa española señala el derecho del personal laboral fijo a optar entre readmisión o indemnización en los supuestos de despido improcedente, derecho que no tiene el personal con vínculo temporal. Se requería al Tribunal que estableciera si dentro del concepto de condiciones de trabajo del Acuerdo Marco se encuentran las consecuencias del despido improcedente y si la previsión nacional era discriminatoria. En *Malgorzata Nierodzik*, ya se había establecido que las condiciones del cese están incluidas dentro del concepto de “condiciones de trabajo”, por lo que este aspecto no fue discutido.

El Tribunal de Justicia insistió en que la cláusula 4 del Acuerdo Marco expresa un principio del Derecho Social de la Unión, por lo que no puede interpretarse de manera restrictiva, y toda diferencia de trato deberá justificarse en razones objetiva. La sentencia se limitó a la aplicación del principio de no discriminación, y señaló la necesidad de proceder a una comparación con trabajadores con vínculo indefinido equivalente, valoración que derivó al Tribunal remitente. En cuanto a las posibles razones objetivas, señaló que la regla general interna respecto al despido improcedente es la opción a favor del empresario entre readmisión o abono de indemnización, por lo que la previsión para el personal laboral de la Administración constituye una excepción. El Estado español la justificó en el sistema de acceso a la condición de personal laboral fijo de una Administración, con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, entendiendo que la readmisión en caso de despido improcedente es en garantía de la estabilidad y la permanencia asociada a las expectativas generadas con la superación de un proceso selectivo. Esta justificación fue admitida como objetiva, razonable y transparente, por lo que no infringe la Directiva, criterio que no ha sido compartido por toda la doctrina⁶⁹.

En el asunto *Sánchez Ruíz*⁷⁰, se sometió al Tribunal de Justicia la situación del personal estatutario temporal que ve prorrogada anualmente su prestación de servicios, manteniendo así la temporalidad pese a acreditarse lo estructural de sus funciones. La sucesión de contratos temporales abarcaba más de diecisiete años y se solicitaba se resol-

⁶⁷ MOLINA NAVARRETE, C. La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin?, *Revista CEF*, 424, 2018

⁶⁸ STJUE de 25 de julio de 2018, cit.)

⁶⁹ SANGUINETI RAYMOND, W., La controvertida no readmisión de los trabajadores indefinidos no fijos, En: GÁRATE CASTRO, F.J. (Dir.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p 391

⁷⁰ STJUE de 19 de marzo de 2020, *Domingo Sánchez Ruiz* (C103/18), *Berta Fernández Álvarez y otras* (C429/18) *contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)*. (CLI:EU:C:2020:219)

viese sobre su acomodo al artículo 5 del Acuerdo Marco. Se requería valoración sobre si era motivación objetiva que los contratos de sustitución obedecieran a causas reales, o si su prórroga múltiples años modificaba la necesidad cubierta de temporal a permanente, por defecto estructural de plantilla. Se debía valorar el acomodo al Acuerdo Marco de la prórroga indefinida sin convocatoria para la cobertura reglamentaria, así como si la ausencia de normas disuasorias de la contratación abusiva temporal puede ser suplida por el Juez nacional sancionando tal abuso, señalando entre las posibles sanciones la transformación del vínculo en indefinido o fijo.

El Tribunal de Justicia examinó si el mantenimiento del empleado público en la plaza vacante se debía al incumplimiento por el empleador de su obligación de organizar un proceso selectivo para proveer definitivamente la plaza vacante. La respuesta derivó al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas provisionales de los empleados públicos temporales, la transformación de tales vínculos en “indefinidos no fijos” y la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos.

Precisó la interpretación del Acuerdo Marco en caso de utilización abusiva de sucesivas relaciones temporales, valorando si el que el empleado público haya consentido el establecimiento o la renovación de estas priva de carácter abusivo al comportamiento del empleador. Se pretendía de esta forma atacar los usos torticeros del régimen de contratación temporal, pero la resolución del Tribunal de Justicia, no resolvió las cuestiones planteadas con la profundidad y rotundidad que hubiera sido deseable.

En el asunto *C-103/19*⁷¹, el procedimiento versaba sobre la transformación en contratos de interinidad de 9.126 plazas de trabajadores temporales que cubrían necesidades estructurales de la Administración, siendo el fin del proceso su inclusión en OPE y el cese de los vínculos temporales. La duda era el acomodo de esta actuación a la cláusula 5, ya que se permitía que el abuso en la contratación temporal nunca fuera sancionado. Entendía que se incumplían los objetivos de la Directiva y se perpetuaba la situación desfavorable de los empleados estatutarios temporales, al no ofrecer con la transformación garantías de protección a los afectados, no sancionar el abuso ni eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

El remitente no consideraba la transformación del vínculo en contrato de interinidad medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, y entendía que se estaba eludiendo la aplicación y cumplimiento de los objetivos de la Directiva.

Este procedimiento se suspendió hasta la sentencia *Sánchez Ruiz y otros (C103/18 y C429/18 acumulados)*⁷², pero una vez dictada esta se mantuvo. El Tribunal resolvió mediante Auto, recordando que la estabilidad en el empleo es un componente primor-

⁷¹ ATJUE de 2 de junio de 2021 *Sindicato Único de Sanidad e Higiene de la Comunidad de Madrid y Sindicato de Sanidad de Madrid de la CGT/Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid*, asunto C-103/19. (ECLI:EU:C:2021:460)

⁷² STJUE de 19 de marzo de 2020, cit.)

dial de la protección de los trabajadores y que los contratos de trabajo de duración determinada solo pueden responder a necesidades concretas, y reiteró que la cláusula 5 del Acuerdo Marco no establece sanciones específicas en caso de abuso. Los Estados Miembros deben adoptar medidas para garantizar su plena eficacia. Recordó lo indispensable de las medidas que sancionen el abuso en la temporalidad y eliminen las consecuencias de la infracción, pero recaló que no corresponde al Tribunal de Justicia la interpretación del Derecho interno.

Sí aportó precisiones en la interpretación conforme de la norma, y señaló que los puestos creados serían provistos mediante nombramientos que seguirían siendo de naturaleza temporal, por lo que la precariedad de los trabajadores se convertiría en permanente. Concluyó que la norma nacional que permite la renovación sucesiva de relaciones de servicio temporales para garantizar la prestación de servicios no se justifica por “razones objetivas”, y no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva de relaciones de servicio de duración determinada, no la sanciona ni elimina las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Máxime cuando los procesos de estabilización estaban abiertos a candidatos ajenos al abuso y no conferían a los afectados ninguna garantía de adquirir la condición de personal estatutario fijo, por lo que no constituyen medidas de sanción del abuso de relaciones temporales, además, su aplicación no tiene efectos negativos para el empleador.

El Auto del asunto *SESCAM*⁷³, tuvo como base el Acuerdo Marco, pero también las Directivas sobre tiempo de trabajo, al enjuiciar si la exención de guardias médicas por motivos de edad únicamente para los trabajadores indefinidos vulneraba la Directiva. El Tribunal de Justicia concluyó en Auto que era una cuestión ya resuelta, al no existir duda de la inclusión en el concepto de “condiciones de trabajo” sin que concurra razón objetiva que ampare la diferencia de trato. Determinó así que se opone a la Directiva que el derecho de exención de guardias se concede a los trabajadores con contrato de duración indefinida y no a los trabajadores con contrato de duración determinada.

También denominado *SESCAM*, el asunto C-151/21⁷⁴, nuevamente resuelto mediante Auto, recoge el supuesto del personal sanitario indefinido que presta, con carácter temporal, funciones propias de una categoría superior, y la incidencia de tal situación en el devengo de las percepciones salariales vinculadas a la antigüedad. La resolución de este asunto deja clara la exclusión del supuesto de la regulación del Acuerdo Marco, dado que el vínculo del trabajador tiene naturaleza fija, con independencia del desarrollo temporal de funciones propias de una categoría superior.

En el asunto C-942/19⁷⁵ la plaza de la trabajadora estatutaria era indefinida, y la pretensión era la excedencia voluntaria por prestación de servicios en otra Administración para ejercer como personal temporal docente. La denegación del Servicio de Salud

⁷³ ATJUE de 13 de diciembre de 2021, *KQ frente a Servicio de Salud de Castilla-la Mancha*, asunto C-226/21, (ECLI:EU:C:2021:1010)

⁷⁴ ATJUE de 13 de diciembre de 2021, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam) contra BF*, asunto C-151/21, (ECLI:EU:C:2021:1005)

⁷⁵ STJUE de 3 de junio de 2021, *Servicio Aragonés de Salud contra LB*, asunto C-942/19 (ECLI:EU:C:2021:440)

se basa en el carácter temporal del nuevo puesto a desarrollar, y la argumentación de la demandante en entender que tal denegación vulnera los principios de igualdad y no discriminación previstos en la Directiva. Se solicitaba pronunciamiento sobre si el diferente trato de la norma interna, en virtud de la duración del vínculo, era contrario al principio de no discriminación. Con carácter previo se debía valorar si es “condición de trabajo” el derecho al reconocimiento de una determinada situación administrativa, y como posible razón objetiva para la diferencia de trato la inestabilidad de las plantillas orgánicas que prestan asistencia sanitaria. Se preguntaba sobre la validez de la denegación de una concreta situación de excedencia a quienes obtengan un puesto temporal, aunque no a quienes tengan vínculo fijo, partiendo de que esta situación es más beneficiosa que las situaciones alternativas. La sentencia declaró la incompetencia del Tribunal de Justicia para conocer el asunto, dado que el Acuerdo Marco únicamente se aplica a los trabajadores con relación laboral de duración determinada.

Si bien no referidos estrictamente a trabajadores estatutarios, ciertos pronunciamientos del Tribunal de Justicia podrían llegar a tener incidencia en el ámbito sanitario, dado que las argumentaciones contenidas en estos resultan extrapolables a situaciones de éste. Un ejemplo de ello es el Auto de 7 de abril de 2022⁷⁶. Si bien no resulta novedoso su pronunciamiento, por ello su resolución mediante Auto, reitera de forma tajante la imposibilidad de retribuir de forma diferenciada al personal de la Administración con vínculo temporal y con vínculo indefinido. Lo mismo ocurre con el Auto de 18 de mayo de 2022⁷⁷, nuevamente ajeno al personal estatutario, pero con razonamientos aplicables a este colectivo. En este asunto se enjuicia si la existencia de una compensación para fomentar la formación continua del personal docente y mejorar sus competencias profesionales tiene carácter de condición de trabajo a los efectos del Acuerdo Marco y, en su caso, si la no concesión a los trabajadores con vinculo temporal es acorde a derecho. La contestación es negativa, como no podía ser de otra manera.

En la sentencia de 30 de junio de 2022, asunto *C-192/21*⁷⁸ se valoran los efectos que en el grado personal deben tener los tiempos trabajados como interino, teniendo en cuenta que el grado personal tiene anudados efectos económicos. En el supuesto de hecho el funcionario tenía atribuido un superior grado personal en el puesto ocupado con carácter interino que en el puesto del que, tras la superación del consiguiente proceso selectivo resulto adjudicatario, y solicita se le considere consolidado el ejercido con carácter temporal. El Tribunal de Justicia entiende que el trato al actor, como personal con vínculo temporal es peor que el que se le hubiera otorgado de ser personal con vínculo indefinido, entendiéndose por tanto vulnerado el Acuerdo Marco, al no poder acreditar la existencia de razones objetivas justificativas de la diferencia de trato.

⁷⁶ ATJUE de 7 de abril de 2022, VP y otros contra Elliniko Dimosio, asunto C-133/21 (ECLI:EU:C:2022:294)

⁷⁷ ATJUE de 18 de mayo de 2022, UC contra Ministero dell'istruzione, asunto C-450/21 (ECLI:EU:C:2022:411)

⁷⁸ STJUE de 30 de junio de 2022, *D.C. contra Comunidad de Castilla y León (Dirección General de la Función Pública)*, asunto C 192/21 (ECLI:ECLI:EU:C:2022:513)

Tras esta serie de sentencias, claramente expansivas en la interpretación del Acuerdo Marco, resulta sorprendente la resolución de los asuntos acumulados *C-40/20* y *C-173/20*⁷⁹, en los que se declara acorde a derecho el establecimiento de unos contratos de investigación temporales, sin justificación de la temporalidad. Este supuesto es extrapolable a los contratos de investigadores estatutarios, por lo que podría tener incidencia futura en la configuración de la figura y sus contornos, permitiendo contratos temporales sin necesidad de acreditar una causa que los justifique. En esta sentencia el único apartado de la regulación que no se consideró acorde al derecho de la Unión es el relativo a la exclusión de los investigadores temporales acreditados con habilitación científica para someterse a evaluación con vistas a su inclusión en las listas de profesores asociados, en contraposición a los investigadores indefinidos, a los que se les permite.

La conclusión de esta serie de pronunciamientos es que el Tribunal de Justicia está tendiendo a una cierta aplicación horizontal de la Directiva 1999/70/CE, sistema que en algunos supuestos los Tribunales internos han decidido secundar. Como se ha señalado⁸⁰ este “activismo judicial”, genera un considerable nivel de inseguridad jurídica, si bien también es cierto que permite superar el inmovilismo interno.

Precisamente de ese inmovilismo interno se deriva la continuidad en la formulación de decisiones prejudiciales en esta materia, mediante las cuales los órganos judiciales internos parecen querer forzar las respuestas que entienden necesarias para superar las disfunciones del sistema de derecho del personal público interno. Así, se observa en los recientes planteamientos de cuestiones prejudiciales el intento de los tribunales remitentes de “iluminar” al Tribunal de Justicia en sus pronunciamientos, con miras a que estos sean más ambiciosos. Ejemplo de esta situación es el planteamiento de la cuestión prejudicial del asunto *C 464/21*⁸¹, mediante la cual el órgano judicial remitente pretendía forzar una declaración en relación con la figura del contrato indefinido no fijo de plantilla, al entender que no es remedio al fraude en la temporalidad, dado que supone transformar un contrato temporal en otro contrato temporal. Tal intento se vio frustrado, al resolver el Tribunal de Justicia mediante Auto que el concepto de trabajador con contrato de duración determinada del Acuerdo Marco, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y con independencia de la calificación de su contrato en Derecho interno.

Lo que resulta innegable es que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva una tendencia expansionista de los derechos del personal con vínculo temporal, dado que diversos privilegios del personal indefinido han ido decayendo en aras al prin-

⁷⁹ STJUE de 15 de diciembre de 2022, Presidenza del Consiglio dei Ministri y otros, asuntos *C-40/20* y *C-173/20* (ECLI:EU:C:2022:985)

⁸⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., Alcance general y excepcional aplicación horizontal de las Directivas de la Unión Europea en el ámbito laboral, En: MARTÍNEZ MORENO, C. (Coord.), *El personal laboral de las Administraciones Públicas. Nuevos enfoques*, Universidad de Oviedo, 2018, P 101

NAVARRO NIETO, F., El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria, *Temas Laborales*, 130, 215, P 88

⁸¹ ATJUE de 26 de abril de 2022, *QL contra Universitat de Barcelona*, Asunto *C-464/21* (ECLI:EU:C:2022:337)

cipio de igualdad que el Acuerdo Marco contempla. En este sentido, los recientes autos del Tribunal⁸² dejan clara tal tendencia. Pero, sorprendentemente, transcurridos más de treinta años de vigencia del Acuerdo Marco, siguen surgiendo cuestiones interpretativas sobre su vigencia, sobre todo en el ámbito del empleo público. Así, actualmente están pendientes de resolución, al menos, las siguientes cuestiones prejudiciales, todas ellas formuladas por órganos judiciales españoles, sobre diversos aspectos del empleo público español: cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Galicia el 6 de junio de 2023⁸³, referida a la figura del indefinido no fijo de plantilla, y por ello sin incidencia en el ámbito sanitario; cuestión formulada el 12 de mayo de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona⁸⁴, en el que una interina de larga duración insta la exclusión de su plaza de una convocatoria para la cobertura definitiva de la misma y tal petición es inicialmente estimada, planteándose si la aprobación de la Ley 20/21⁸⁵ es acorde a las previsiones del Acuerdo Marco o si supone una infracción del mismo por no establecer medidas que sancionen la temporalidad irregular en el ámbito del empleo público, dando lugar a la transformación en indefinidas de tales relaciones temporales; cuestión formulada el 21 de diciembre de 2021 por el TSJ de Madrid, sala social⁸⁶, sobre la naturaleza jurídica de la figura del indefinido no fijo de plantilla y su acomodo a la Directiva 1999/70/CE; cuestión de 22 de diciembre de 2021 del TSJ de Madrid, sala social⁸⁷, que pivota sobre la consideración de que no existen medidas suficientemente disuasorias en el derecho interno español de la reiteración de los vínculos temporales en el empleo público y la cuestión prejudicial C-159/22 formulada nuevamente por el TSJ de Madrid, sala social, el 3 de febrero de 2022⁸⁸, que plantea si la legislación española contiene medidas suficientemente disuasorias frente a la reiteración de contrataciones temporales en el ámbito del empleo público.

4. Conclusiones

Las especiales complejidades del ámbito sanitario son valoradas en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, y la trascendencia del sector sanitario se constata en la multiplicidad de alegaciones de los Estados Miembros en las decisiones prejudiciales de este ámbito.

La afectación de la normativa nacional por resoluciones del Tribunal de Justicia, en la mayoría de los casos derivadas de transposiciones limitadas, parciales y tardías es muy significativa en el caso español. Así los pronunciamientos del Tribunal de Justicia

⁸² ATJUE de 18 de mayo de 2022, *UC contra Ministero dell'istruzione*, Asunto C-450/21 (ECLI:EU:C:2022:411)

⁸³ Recurso de suplicación 1494/21

⁸⁴ C-331/22 - DG de la Función Pública, Generalitat de Catalunya

⁸⁵ Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. BOE núm. 312, de 29/12/2021.

⁸⁶ IP / Universidad Nacional de Educación a Distancia, asunto C-110/22

⁸⁷ MP / Consejería de Presidencia, asunto C-59/22

⁸⁸ IK / Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, asunto C-159/22

han supuesto una verdadera revolución, con modificaciones de gran calado, no solo interpretativas sino también normativas.

Precisamente por esta trascendencia, resulta sorprendente lo escaso de la utilización del recurso a las exclusiones expresas del ámbito de las Directivas en liza. Es este, junto con lo limitado del recurso al sistema de “*opting out*”, uno de los pocos ámbitos en los que se constata el respeto al Ordenamiento de la Unión Europea aplicable al personal estatutario.

Las interpretaciones del Tribunal de Justicia tienen un carácter extensivo, producen efectos no basados en Directivas, sino que tienen como base los propios textos constitutivos. Dada la permanente búsqueda por los Estados Miembros de medidas de flexibilización de jornada y de soluciones creativas para lograr incrementar los tiempos de trabajo de este colectivo, su trascendencia es esencial. Este carácter extensivo se acredita en el régimen del personal médico en formación, excluido del ámbito de aplicación de la Directiva, pero sometido a la misma por el Tribunal de Justicia, al establecer que las Directivas son desarrollos de las previsiones del TFUE. Dada la incidencia que del Ordenamiento comunitario y la interpretación del Tribunal de Justicia de los cómputos de trabajo, con la correlativa necesidad de ampliar plantillas, la búsqueda por las Administraciones Públicas de tiempos de trabajo que pudieran quedar al margen del cómputo global de jornada solo ha podido ser limitada por esta vía.

La permanente vulneración del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada y la reincidencia en el establecimiento de criterios discriminatorios entre el personal con vínculo fijo y con vínculo temporal es un vicio que la Administración española, entre otras, se empeña en reiterar. Como en muchos otros aspectos, la normativa de la Unión Europea se ha adelantado a la nacional en el régimen del personal estatutario, evidencia de ello son las adaptaciones forzadas por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

La patológica utilización española del recurso a la contratación temporal es una distorsión significativa del sistema. Las justificaciones pivotan entre las referidas al equilibrio financiero, las limitaciones a la contratación durante la época de la crisis financiera y el carácter prioritario del Derecho a la Salud, pero con independencia de la argumentación que se utilice, la precariedad en este sector persiste. Si bien en la mayoría de los casos sometidos al Tribunal de Justicia se ha estimado la correspondiente cuestión prejudicial, considerando que la práctica o regla estatal cuestionada era contraria al Ordenamiento Europeo, y pese a lo reiterado de las condenas, la coyuntura no ha mejorado.

La sucesión de pronunciamientos condenatorios en esta materia ha dado lugar por parte de la Administración española a modificaciones en los vínculos tendentes a “adornar” el incumplimiento de las previsiones de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Así, el recurso mayoritario ha sido la creación de plazas estructurales con transformación de los vínculos temporales en vínculos de interinidad. Pero este sistema ya había sido criticado expresamente por el Tribunal de Justicia, al constatar que supone sustituir un vínculo temporal por otro igualmente temporal.

La realidad es que desde el derecho interno no se han establecido sistemas reales de consolidación que permitan superar el abusivo recurso a la temporalidad en el colectivo, ni se han tomado las medidas perfiladas por la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público ha pretendido la superación de esta situación, pero el hecho de que su disposición final segunda mantuviese la vigencia de la *vacatio legis* de un año contemplada en la disposición final segunda del Real Decreto Ley 14/21 no es un comienzo muy prometedor para este proceso.

Las diversas Comunidades Autónomas han convocado procesos de consolidación en relación con su personal estatutario, pero las dudas que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona ha expresado en la cuestión prejudicial del asunto C-331/22 tienen plena vigencia en el momento actual:

¿Infringen los procesos de consolidación la cláusula quinta del Acuerdo Marco al dejar de sancionar los abusos producidos respecto de los empleados públicos temporales que hayan superado dichos procesos selectivos, cuando la superación de dicho proceso selectivo no es una medida sancionadora?

¿La omisión legislativa de no contemplar una conversión en contrato indefinido de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada o de prolongación abusiva de un contrato temporal, infringe la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

La doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual la sanción una situación de abuso de temporalidad puede consistir simplemente en mantener al empleado público víctima del abuso en el régimen de precariedad hasta que la Administración empleadora determine si existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos, ¿infringe la cláusula quinta del Acuerdo Marco?.

La resolución de esta cuestión prejudicial resultará imprescindible para determinar la configuración futura del personal estatutario.