

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

JESÚS FUENTETAJA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNED

SUMARIO: **I. Derecho de la Unión Europea y función pública española.- II. Carácter jurisprudencial de la incidencia del Derecho europeo sobre la función pública.- III. La integración de la función pública en el mercado europeo:** *1. Requisito de nacionalidad para ingresar en la Función Pública. 2. Reconocimiento mutuo y Función Pública.* - **IV. Función pública y política social europea:** *1. Objetivos de la Política social de la Unión: igualdad y protección del trabajador. 2. Protección de la temporalidad en la Administración: los funcionarios interinos ante el Tribunal de Justicia. 2.1. De la prohibición de diferencia de trato a la igualdad de regímenes jurídicos entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos. 2.2. Uso y abuso de la duración de las relaciones funcionariales interinas.* **V. Influencia indirecta de la jurisprudencia europea sobre la función pública española:** *1. Recepción interna de categorías jurisprudenciales europeas aplicadas a la Función Pública nacional. 2. La jurisprudencia europea como parámetro de exigencia de efectividad y tutela judicial interna.- VI. Conclusión; el Derecho europeo y la jurisprudencia del TJUE como una fuente más del Derecho de la función pública española.*

RESUMEN: Aunque la Unión europea carece de competencia específica sobre la Función Pública de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha interpretado algunas disposiciones del Derecho Europeo relativas a la libre circulación de trabajadores y, sobre todo, a la Política social europea, para influir decisivamente sobre algunos aspectos del régimen jurídico de los funcionarios públicos en España: el requisito de nacionalidad para ser funcionario, prohibición de discriminaciones para acceder a la Administración, jornada de trabajo de los empleados públicos y, en particular, régimen de los funcionarios interinos, prohibiendo no sólo discriminaciones respecto a los funcionarios de carrera, sino también abusos en la duración de las relaciones temporales.

PALABRAS CLAVE: Función pública – funcionario interino – Política social europea – Prohibición de discriminación – Abuso de relaciones temporales

ABSTRACT: Although the European Union lacks specific competence over the Civil Service of the Member States, the Court of Justice has inter-

preted certain provisions of European Law relating to the free movement of workers and, above all, to European Social Policy, in order to decisively influence some aspects of the legal regime of civil servants in Spain: the nationality requirement to be a civil servant, prohibition of discrimination in access to the Administration, working hours of public employees and, in particular, the regime of interim civil servants, prohibiting not only discrimination with respect to career civil servants, but also abuses in the duration of temporary relationships.

KEYWORDS: Civil service – interim civil servant – European Social Policy – prohibition of discrimination – abuse of temporary relationships

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Aunque cuando se habla del Tribunal de Justicia en relación con la Función Pública¹ española se piensa exclusivamente en las profundas transformaciones que su jurisprudencia ha impuesto en el régimen jurídico de los funcionarios interinos², lo cierto es que la incidencia sobre esa cuestión ni fue la primera ni se ha limitado a ella, afectando igualmente a otros aspectos de la relación funcionarial, como tendremos ocasión de señalar en estas páginas. Sea como fuere, lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia evidencia es que el Derecho de la Unión europea constituye una fuente más –por inesperada que resulte– del sistema de Función Pública, que debe ser tenido en cuenta por la Administración –al regular y gestionar– y por los empleados públicos –al reivindicar los derechos que le reconoce–, al igual que por el Legislador y por los Tribunales.

En las páginas que siguen no sólo se analizará la incidencia sustantiva que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia está teniendo sobre la Función Pública española, sino que también intentaremos señalar los caracteres de tal incidencia al producirse vía sentencias de dicho Tribunal y la cautela con la que hay que acoger cada pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

A pesar de que se pueda afirmar hoy día que el Derecho de la Unión europea constituye una fuente más del Derecho de la Función Pública española, lo cierto es que las relaciones entre ambos Derechos se revelan difíciles y pro-

¹ Limitaremos el objeto de estudio a la Función Pública, en el sentido preciso y estricto del concepto, sin ampliar su acepción al «empleo público», por lo que no abordaremos la problemática del personal temporal al servicio de las Administraciones Públicas. Al respecto, pueden consultarse los escritos de ROQUETA BUJ, R., *Derecho del empleo público*, 3ª ed., Tirant lo blanch 2022; NAVARRO, «El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada», *Diario La Ley*, nº 9441, 2019.

² *Vid.*, al respecto, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi 2020.

blemáticas en tanto en cuanto los principios del Ordenamiento europeo y los objetivos del proceso de integración europea no contemplan los principios institucionales de la Función Pública, abocando a excepciones en los actos legislativos europeos o a singularidades interpretativas del Tribunal de Justicia que reflejan más una tolerancia que el respeto a una institución básica del sistema político-administrativo interno.

En efecto, las tortuosas relaciones de las Funciones Públicas de los Estados miembros con el Derecho europeo³ se explican por la pasividad de aquellas respecto a éste, en el sentido de haberse limitado a ser objeto de su regulación por el Legislador europeo y de su interpretación por el Tribunal de Justicia, pero sin haber conseguido o, en ocasiones, siquiera intentado hacer valer su fundamentación institucional que impusiera las singularidades propias y específicas de los sistemas nacionales de Función Pública. Bien es cierto que dicha fundamentación institucional se difumina incluso en el discurso interno de algunos Estados –como en España, donde significativamente se habla cada vez más de «empleo público» que de «función pública»–, pero lo cierto es que la perspectiva desde la que aborda el Derecho europeo la Función Pública nacional se caracteriza por una trivialización formalista de sus características, abocando a una indiferenciación de regímenes que explica el proceso de transformación que el Derecho europeo está propiciando en algunos sistemas nacionales de Función Pública.

Ello explica que las relaciones entre el Derecho europeo y la Función Pública de los Estados miembros vengán caracterizadas por la profunda incomprensión de aquel respecto a los genuinos elementos institucionales de los sistemas de Función Pública de los Estados miembros.

La Unión Europea carece de una competencia específica sobre la Función Pública de los Estados miembros. Y aunque, como consecuencia de ello, la Administración Pública y la Función Pública de los Estados miembros no se vieron inicialmente afectadas por el Derecho europeo y fueron explícita o implícitamente excluidas de su ámbito de aplicación (por ejemplo, en la libre circulación de trabajadores), sin embargo, al profundizar en la realización del mercado interior en la década de los 80 del pasado siglo y al configurar –tras el Tratado de Ámsterdam– una nueva Política Social europea, la evolución del proceso de integración ha terminado por afectar igualmente a los sistemas nacionales de Función Pública, con una incidencia cualitativamente más trascendente en aquellos casos en los que los mismos presentan una singularidad institucional pública que los diferencia de la mera relación laboral de empleo del sector privado (la cual, por cierto, es la que constituye precisamente causa formal y material de la acción europea sobre las relaciones de empleo y no las de naturaleza pública).

³ Vid., con carácter general, FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho europeo*, Civitas 2018.

II. CARÁCTER JURISPRUDENCIAL DE LA INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Ahora bien, es necesario tener muy en cuenta que esta afectación se produce de forma indirecta –desde títulos competencias relativos a otras materias– y se caracteriza, además, por su origen jurisprudencial, notas éstas que determinan su contenido y eficacia peculiares.

En efecto, la incidencia del Derecho europeo sobre la Función Pública es fundamentalmente consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyos efectos han debido, a su vez, ser aplicados por los Jueces y Tribunales nacionales y, excepcionalmente, por el Legislador interno. Esta proyección interna ha sido evidente en el caso español, como tendremos ocasión de ver en estas páginas.

En tales pronunciamientos, el Tribunal de Justicia ha recurrido, con carácter general y según los casos, bien a una interpretación restrictiva de las excepciones previstas en la normativa europea –como el concepto «autoridades públicas administrativas», recogido en la Directiva de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos o transmisiones de empresas⁴–, bien a una interpretación extensiva de conceptos (como el de «trabajador»), para ampliar lo más posible el ámbito de aplicación del Tratado o de las Directivas europeas, como ha sido el caso de la Política social europea.

Consecuencia del alcance indirecto y jurisprudencial, la incidencia del Derecho europeo sobre la Función Pública se caracteriza por su fragmentariedad, su carácter evolutivo, su singularidad y su relatividad.

1) En primer lugar, su *carácter fragmentario*, pues no es resultado de una acción europea sistematizada y exhaustiva sino de una aproximación particular, a partir de casos concretos que llegan al Tribunal de Justicia principalmente vía cuestiones prejudiciales. En este sentido, el Derecho de la Unión europea no es una «fuente» que afecte a todo el contenido de la Función Pública, sino que sus efectos se proyectan única y exclusivamente sobre aquellos elementos, directa o indirectamente, relacionados con ciertas Políticas europeas. Sería, pues, vano e ingenuo buscar regulación o jurisprudencia europeas sobre todos y cada uno de los elementos que configuran la relación estatutaria funcional. Podríamos decir, en consecuencia, que el Derecho europeo no sale a la busca de la Función Pública, sino que se topa con ella.

2) En segundo lugar, la afectación del Derecho europeo sobre la Función Pública tiene un *carácter evolutivo*: los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sólo con el tiempo han formado un criterio consolidado y coherente, de ahí que resulte imprescindible analizar esta doctrina jurisprudencial en su conjunto y evitar así extraer conclusiones basadas en análisis incompletos o desactua-

⁴ Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo. Sobre la incidencia de esta Directiva, véase un ejemplo en el artículo de CASTILLO, F.: “La problemática reversión de los servicios públicos locales a la gestión directa” en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 14, 2018, pp. 14-35.

lizados. Así, por ejemplo, el primer y más articulado fenómeno de incidencia fue el de la condición de nacionalidad como requisito para el acceso a los empleos públicos de los Estados miembros. La recepción que se hizo en España en la década de los noventa del pasado siglo se ha plasmado en una legislación –actualmente en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015– que ha recogido la inicial jurisprudencia del Tribunal de Justicia (participación directa o indirecta en el ejercicio de funciones públicas o en la salvaguarda de los intereses generales de la correspondiente Administración), pero que ha quedado incompleta por cuanto el Tribunal de Justicia ha añadido un requisito adicional, cual es el del carácter estructural y principal (esto es, no coyuntural o accesorio) de la concurrencia de las condiciones que amparan la excepción a la libre circulación de trabajadores.

3) En tercer lugar, la incidencia del Derecho europeo sobre la Función Pública revela un *carácter singular*, que es resultado de la ponderación de bienes e intereses públicos derivados de la naturaleza pública de la Administración empleadora, lo que ha llevado al Tribunal a flexibilizar las posibles excepciones a la aplicación de la normativa europea a la Administración Pública e incluso a reconocer un régimen especial para la Función Pública respecto al sector privado.

4) Y, en cuarto lugar, el *carácter relativo* con el que hay que asumir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los efectos del Derecho europeo sobre la Función Pública. Y es que esta jurisprudencia se formula condicionada, de entrada, por las singularidades de cada sistema de Función Pública que plantea en cada caso el problema objeto de pronunciamiento, lo que exige analizar si se trata de una mera solución a un caso concreto o, por el contrario, constituye la expresión de un principio aplicable con carácter general. Pero también es necesario recibir en ocasiones con prudencia la jurisprudencia europea por la redacción de las propias cuestiones prejudiciales, pues en ocasiones son los propios Jueces y Tribunales nacionales los que pueden inducir al Tribunal de Justicia el sentido de su interpretación. Como el célebre caso *De Diego Porras*⁵ (2016) que, aunque relativo a un empleado laboral al servicio del Ministerio de Defensa, obligó a un nuevo planteamiento del tema por el Tribunal Supremo –tras un comité de expertos nombrado para esclarecer el alcance del fallo, sin llegar no obstante a conclusión alguna, salvo el de la necesidad de pedir aclaraciones al Tribunal de Justicia–; situación que provocó las inauditas declaraciones del propio Presidente del Tribunal de Justicia reconociendo que quizás este órgano no había entendido bien el problema que se le planteaba; culminando todo ello en la nueva sentencia europea en el asunto *Montero Mateos*⁶ (2018), revirtiendo la interpretación de dos años antes.

Este relativismo exige una prudente cautela al recibir la jurisprudencia europea, pues el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por parte de al-

⁵ *De Diego Porras*, 21 noviembre 2018 (C619/17).

⁶ *Montero Mateos*, 5 junio 2018 (C-677/16).

gunos Jueces y Tribunales se encuentra, en ocasiones, más informando por el objetivo de desbordar el Ordenamiento español que por esclarecer el alcance del Derecho europeo aplicable. Así puede observarse, en particular, en la redacción en los autos de los presupuestos fácticos, de los marcos jurídicos y de los inevitables intereses contrapuestos, transidos de interpretaciones tendenciosas, cuando no tergiversadas, que pretenden condicionar y conducir al Tribunal de Justicia a afirmaciones que -como señalamos- desborden y desplacen el Derecho positivo español, incluido el de rango constitucional. El caso de las soluciones a los abusos en la temporalidad resulta evidente en este sentido.

Todo ello, por un lado, dificulta la inducción de una teoría general y, por otro, no excluye inconsistencia internas en la propia doctrina del Tribunal de Justicia, como las acaecidas recientemente en relación con la prohibición de discriminación por razón de la edad y los límites máximos para el acceso a determinados Cuerpos de Seguridad, cuando en 2014 el Tribunal de Justicia consideró incompatible con el Derecho europeo un límite de 30 años para acceder a la Policía Local del Principado de Asturias, pero al año siguiente admitió, en cambio, el límite de 35 para el ingreso en la Policía Autónoma Vasca; sentencia esta última a la que se ha aferrado rápidamente el Tribunal Supremo en 2017 para mantener los límites de edad establecidos para el ingreso en la Guardia Civil y en la Policía Local.

En cualquier caso, la premisa básica de esta incidencia del Derecho europeo sobre la Función Pública es la construcción jurisprudencial de un concepto europeo de trabajador que no sólo es unívocamente formal para ampliar el ámbito de aplicación del Derecho europeo a los empleados públicos con independencia de su naturaleza jurídica, sino que también se trata de un concepto análogamente funcional para dotarlo de un contenido y alcance singularizados según el ámbito de actuación de la Unión Europea en función de los objetivos propios de cada Política o Acción europea.

De esta manera, el concepto de trabajador europeo tendrá una eficacia distinta según se trate del mercado interior o de la Política Social europea. En el primer caso, el concepto trabajador presenta el contenido económico y el alcance subjetivo propios de la libre circulación de trabajadores, donde a éstos se reconocen derechos de carácter económico (como el acceso al mercado de trabajo, entendiendo por tal también la Función Pública), pero con un alcance limitado a los nacionales de otros Estados miembros (lo que, por ejemplo, impediría a un español invocar la libre circulación de trabajadores si considerase que la imposición de requisitos lingüísticos autonómicos constituyen discriminaciones indirectas para acceder a puestos de trabajo en una Función Pública autonómica).

Y en el ámbito de la Política Social europea, al concepto trabajador se asocian una serie de derechos laborales encaminados, por un lado, a la protección del trabajador ante situaciones de debilidad, como transmisiones o traspasos de empresas (que se traducen para la Administración Pública en reorganizaciones administrativas cuando no están implicadas prerrogativas estrictas de poder pú-

blico) o la normativa de seguridad y salud en el trabajo (que tanta trascendencia tiene en la ordenación del tiempo del trabajo de funcionarios que deben garantizar un servicio continuado, como el caso de médicos, bomberos o policías). Y, por otro lado, la Política Social europea tiene como objetivo la prohibición de discriminaciones por diferentes motivos, entre otros sexo, edad, discapacidad o temporalidad de la relación.

III. LA INTEGRACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO EUROPEO

En lo que respecta al *mercado interior*, la delimitación del ámbito objetivo de la libre circulación de trabajadores en el propio Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en 1957, ya previó la singularidad de los puestos de trabajo en la Administración pública, en este caso con eficacia de excepción, aunque posteriormente la jurisprudencia haya ido restringiendo el alcance de tal excepción e identificando otro tipo de barreras a la libre circulación de trabajadores (en particular, eficacia de titulaciones y de experiencia profesional obtenidas en otros Estados y en otras Administraciones, respectivamente).

La incidencia del Derecho europeo sobre la Función Pública desde este título competencial relativo al mercado interior, en su dimensión de libre circulación de trabajadores, ha sido, con todo, menos relevante que el verificado desde la base jurídica relativa a la Política social. En efecto, el Legislador apenas sí ha recogido ciertas precisiones en su regulación, mientras que el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a mantenerse siempre dentro de los márgenes de los Tratados y de los reglamentos y directivas. Y eso que, potencialmente, la acción europea podría ser teóricamente mucho más intensa en este «mercado de servicios profesionales en la Administración», tal y como ocurrió con el «mercado de servicios contractuales con la Administración». Es decir, la bien conocida afectación europea a la contratación pública de los Estados miembros a través de sus sucesivas generaciones de Directivas sobre la materia.

En efecto, dialécticamente cabe argumentar que los principios de intervención de la Unión europea en el mercado de la contratación pública son asimismo válidos en el mercado del trabajo público, es decir, en el empleo público: garantizar el libre acceso a estos mercados evitando discriminaciones directas o indirectas por razón de la nacionalidad. La diferente estrategia seguida por la Unión en cada uno de ellos se explica por razones de proporcionalidad, debido al considerable peso económico que representa el mercado de la contratación, que justifica la precisión de la normativa europea para impedir que criterios y procedimientos de adjudicación o de publicidad favorezcan a los contratistas nacionales respecto a los de otros Estados. En el caso del mercado de los servicios profesionales en las Administraciones Públicas (o sea, como empleados públicos), la aproximación del Derecho europeo ha sido más prudente, aunque

tanto el Legislador europeo como la Jurisprudencia hayan ido progresivamente señalando y precisando elementos de la libre circulación de trabajadores y de prestación de servicios profesionales también en las Administraciones Públicas, aunque sin llegar al extremo de regular, por ejemplo, los procedimientos de selección de acceso a dicho mercado profesional para asegurarse de evitar discriminaciones por razón de la nacionalidad.

1. Requisito de nacionalidad para ingresar en la Función Pública

Fue en el ámbito del mercado europeo donde se produjo la primera incidencia sobre la Función Pública, afectando al requisito de nacionalidad para adquirir la condición de funcionario, tal y como hoy se puede fácilmente observar en el art. 57 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

La libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión está reconocida en el art. 45 del TFUE y prohíbe cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de la nacionalidad que puedan sufrir los trabajadores en el seno del mercado europeo. De este precepto el Tribunal de Justicia ha deducido unos contenidos de aplicación a directa que han sido de gran trascendencia en el ámbito de las Administraciones Públicas, precisamente para reducir el alcance de la propia excepción que el Tratado prevé en dicho ámbito a la libertad de circulación de trabajadores.

El apartado 4 del artículo 45 recoge una excepción a la libre circulación de trabajadores según la cual esta libertad no se podría ejercer en el caso de los «empleos en las administraciones públicas». El Tratado viene así a admitir la posibilidad de que los Estados miembros impidan a los nacionales de otros Estados miembros el acceso a determinadas funciones en la Administración Pública. La correcta y estricta interpretación del alcance y efectos de esta excepción ha debido ser configurada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El primer paso lo dio el Tribunal de Justicia en el asunto *Sotgiu*⁷, donde abogó por una *interpretación estricta* de la expresión «empleos en la administración pública», lo que implicaba una opción explícita por la indiferencia de la naturaleza jurídica del vínculo -público o privado- que une al empleado público con la Administración, sin que pueda excluirse a los nacionales de los demás Estados miembros de la generalidad de los empleos que dependen de sectores de intervención del Estado o de las entidades públicas por el solo motivo de que, como consecuencia de promociones o de traslados, el nuevo empleo al que el agente podría acceder pudiera implicar funciones y responsabilidades propias de la Administración.

El Tribunal de Justicia tardó en comprender que, para asegurar la interpretación y aplicación uniformes del entonces artículo 48 TCE (posteriormente 39

⁷ *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, p. 153.

TCE y hoy 45 TFUE), era preciso dar un contenido comunitario a la excepción a la libre circulación de trabajadores que establecía el concepto de «Administración Pública» de su apartado 4. A partir de este momento, el concepto de «Administración Pública» a efectos del entonces artículo 48.4 TCE dejaba de estar definido por los Derechos nacionales de los Estados miembros. No obstante ser un concepto europeo, la definición ha quedado en manos de las autoridades competentes de los Estados miembros, si bien éstos tienen que seguir los criterios elaborados por el Tribunal de Justicia a la hora de determinar lo que debe entenderse por «empleos en la Administración Pública» en el sentido del hoy artículo 45 del TFUE.

Cuatro son los criterios configurados por el Tribunal de Justicia para determinar los empleos o puestos de trabajo que forman parte del concepto de Administración Pública a efectos del artículo 45.1 TFUE y que suponen “por parte de sus titulares la existencia de una relación particular de solidaridad respecto al Estado así como la reciprocidad de derechos y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad”⁸.

En primer lugar, y de forma general, deberán tratarse de actividades específicas de la Administración Pública⁹. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia exige la presencia de dos requisitos con carácter cumulativo para delimitar, de forma específica en cada caso concreto, lo que debe entenderse por puesto de trabajo en la Administración Pública: por un lado, los puestos de trabajo que impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del potestades públicas, y, por otro, aquellos que supongan una participación en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas¹⁰.

Como puede apreciarse, estos dos últimos requisitos –ejercicio de potestades y salvaguarda de intereses generales– se caracterizan, el primero, por su carácter formal y el segundo por su carácter sustantivo. Mientras el primero atiende a los poderes instrumentales que tiene atribuido un puesto en el ejercicio de sus funciones (realización de inspecciones e imposición de sanciones; otorgamiento de subvenciones, concesiones, contratos, licencias, etc.), el segundo hace referencia a los objetivos o finalidades públicas que dicho puesto debe alcanzar. En ambos casos, las potestades formales o los intereses sustantivos deben estar cualificados para justificar precisamente la excepción.

Estos fueron los tres criterios que se encontraban en el origen de la formulación jurisprudencial del alcance de la excepción a la libre circulación de trabajadores y que informaron la respuesta de los Estados miembros para adecuar sus legislaciones a la nueva doctrina del Tribunal de Justicia en la década de los noventa del pasado siglo. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia europea ha precisado y aclarado el contenido y alcance de su construcción, añadién-

⁸ *Bleis*, 27 noviembre 1991 (C-4/91), *Rec.* 1991, p. I-5627, n.6.

⁹ *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, p. 3887, n. 12

¹⁰ *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, p. I-3208

do un nuevo criterio en el sentido de exigir el carácter habitual o principal del ejercicio de potestades públicas o de la salvaguarda de los intereses generales públicos en los puestos que un Estado pretende excluir de la libre circulación de trabajadores exigiendo la nacionalidad como requisito de ocupación¹¹.

2. Reconocimiento mutuo y Función Pública.

El principio de reconocimiento es uno de los elementos claves del mercado interior y tiene por objeto la aceptación por un Estado miembro de la validez y eficacia de las situaciones jurídicas creadas por otro Estado. En relación con la libre circulación de trabajadores -incluidos los empleados públicos-, la acción europea se ha encaminado también a la eliminación de discriminaciones indirectas¹², entendidas éstas como los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente¹³ o en su mayor parte a los trabajadores migrantes¹⁴, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes¹⁵, o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes¹⁶.

En el ámbito de la Función Pública estas discriminaciones indirectas respecto a los nacionales de otros Estados miembros pueden darse especialmente en lo que se refiere a condiciones laborales, remuneraciones, despidos, reintegración profesional, vuelta al trabajo o ventajas sociales y fiscales, así como a la supresión de los obstáculos existentes a la movilidad de los funcionarios en la Unión. La acción de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se han centrado en este último aspecto, a través de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de diferentes elementos (experiencia profesional¹⁷, antigüedad, títulos y diplomas, formación profesional o servicio militar¹⁸) que los trabajadores y funcionarios comunitarios han podido adquirir en otro Estado miembro.

En el seno del mercado europeo y de las libertades de circulación y de prestación de servicios que lo articulan, la jurisprudencia considera que, a falta de armonización de los requisitos de acceso a una profesión (incluida la pro-

¹¹ *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, 30 septiembre 2003 (C-405/01)

¹² *O'Flynn*, 23 mayo 1996 (C-237/94), *Rec.* 1996, p. I-2638.

¹³ *Pinna*, 15 enero 1986 (41/84), *Rec.* 1986, p. 1, n. 24; *Allué e.a.*, 30 mayo 1989 (33/88), *Rec.* 1989, p. 1591, n. 12; *Le Manoir*, 21 noviembre 1991 (C-27/91), *Rec.* 1991, p. I-5531, n. 10.

¹⁴ *Comisión v. Reino Unido*, 17 noviembre 1992 (C-279/89), *Rec.* 1992, p. I-5785, n. 42; *Spotti*, 20 octubre 1993 (C-272/92), *Rec.* 1993, p. I-5185, n. 18.

¹⁵ *Comisión v. Luxemburgo*, 10 marzo 1993 (C-111/91), *Rec.* 1993, p. I-817, n. 9; *Paraschi*, 4 octubre 1991 (C-349/87), *Rec.* 1991, p. I-4501, n. 23.

¹⁶ *Biehl*, 8 mayo 1990 (C-175/88), *Rec.* 1990, p. I-1779, n. 14; *Bachmann*, 28 enero 1992 (C-204/90), *Rec.* 1992, p. I-249, n. 9.

¹⁷ *Scholz*, 23 febrero 1994 (419/92), *Rec.* 1994, p. I-505.

¹⁸ *Ugiola*, 15 octubre 1969 (15/69), *Rec.* 1969, p. 363.

fesión de “funcionario” o “empleado público”¹⁹), los Estados miembros tienen derecho a determinar los conocimientos y cualificaciones necesarios para el ejercicio de dicha profesión y a exigir la presentación de un título que certifique que se poseen dichos conocimientos y cualificaciones²⁰.

Ahora bien, cuando ante una Administración Pública un nacional de la Unión hace valer un título, una cualificación profesional, o una experiencia práctica, de cara a acceder a un empleo público, aquella está obligada a tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos del interesado, así como su experiencia pertinente, efectuando una comparación entre, por una parte, las competencias que esos títulos y esa experiencia acreditan y, por otra parte, los conocimientos y cualificaciones exigidos por la legislación nacional. La finalidad de esa comparación es que la Administración Pública se asegure objetivamente de que el título extranjero acredita que el titular posee conocimientos y cualificaciones, si no idénticos, al menos equivalentes a los acreditados por el título nacional. Esta apreciación de la equivalencia del título extranjero debe hacerse tomando en consideración exclusivamente el grado de conocimientos y de cualificaciones que ese título permite presumir en el titular, habida cuenta de la naturaleza y duración de los estudios y de la formación práctica correspondiente. Y de ese juicio comparativo podría deducirse que sólo existe una correspondencia parcial²¹.

IV. FUNCIÓN PÚBLICA Y POLÍTICA SOCIAL EUROPEA

1. Objetivos de la Política social de la Unión: igualdad y protección del trabajador

Sobre la Función Pública, en todo caso, mucho mayor impacto está teniendo la competencia europea en *Política social*, no sólo por sus contenidos específicos -en particular, prohibiciones de discriminaciones y protección de trabajadores-, sino también por la aproximación tuitiva al funcionario público en lo que respecta tanto a sus derechos como a su sujeción a la potestad autoorganizatoria de la Administración, desequilibrando incluso la tradicional preponderancia del interés público sobre el del empleado público. Sin duda, un cambio de paradigma en la regulación y gestión de los recursos humanos en nuestras Administraciones.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia social está teniendo una decisiva incidencia sobre tres elementos de la Función Pública: primero,

¹⁹ *Brouillard*, 6 octubre 2015 (C-298/14), relativo a unas oposiciones para la selección de letrados de la *Cour de Cassation* belga.

²⁰ *Vlassopoulou*, 7 mayo 1991 (C-340/89).

²¹ *Brouillard*, 6 octubre 2015 (C-298/14).

una definición europea del canon de igualdad²² que debe aplicarse a los empleados públicos (por ejemplo, para controlar los límites de edad para acceder a la Función Pública²³); segundo, la protección de la seguridad y salud en el trabajo de los empleados públicos, particularmente afectando a la jornada de trabajo²⁴; y tercero, el impacto más conocido ha sido el de la protección del trabajo temporal en la Administración, que vamos a desarrollar con más atención.

2. Protección de la temporalidad en la Administración: los funcionarios interinos ante el Tribunal de Justicia.

Aunque el problema de la temporalidad en la Administración Pública constituía internamente un tema de debate político y social, más o menos recurrente y más o menos retórico, perennizado en nuestro empleo público por una connivencia tácita de intereses contrapuestos, lo cierto es que ha sido el Derecho europeo el que ha obligado a una respuesta inaplazable. Ahora bien, este parámetro europeo es necesario analizarlo correctamente en lo que respecta al alcance del Derecho derivado positivo (en concreto, el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que fue recogido en la Directiva 1999/70), pero también, y sobre todo, respecto a la Jurisprudencia europea recaída sobre esta cuestión, pues en ocasiones se atribuye al Derecho y a la jurisprudencia europeas contenidos que ambos no establecen. Y es que, pese a no mencionar explícitamente ni a las Administraciones Públicas ni a los trabajadores del sector público y utilizar, en cambio, una terminología eminentemente genuina del

²² La igualdad es, junto con el mérito, el principio institucional de la Función Pública que, en nuestro Ordenamiento, se erige igualmente en derecho fundamental (art. 23.2 Constitución). Sin embargo, el contenido de esta igualdad no se construye ya exclusivamente desde los parámetros constitucionales internos, sino que también es preciso tener en cuenta la igualdad europea, consagrada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (art. 21) y definida por el Legislador europeo, a través de múltiples Directivas [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; Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70)], y por el Tribunal de Justicia, a través de su jurisprudencia.

²³ *Vital Pérez*, de 13 de noviembre de 2014 (asunto C-416/13); *Salaberría Sorondo*, 15 noviembre 2016 (C-258/2016).

²⁴ Especial trascendencia han tenido las Directivas relativas a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo [actualmente la Directiva (2003/88/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003], donde el Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia protectora de los trabajadores -también de la Administración- [*Fuß*, 14 octubre 2010 (C-227/09); *Neidel*, 3 mayo 2012 (C-337/10)], que ha sido utilizada por los Tribunales españoles para enjuiciar la normativa relativa al derecho de descanso del personal -en particular, sanitario- según su jornada diaria y los turnos de guardia (STS de 23 de septiembre de 2009) o para imponer la inmediatez del descanso tras veinticuatro horas de tiempo de trabajo ininterrumpido (SSTS de 16 de diciembre de 2010, de 20 de octubre de 2022). Asimismo, SSTS de 8 de marzo de 2023 o de 27 de octubre de 2022.

sector privado, el Tribunal de Justicia afirmará sin ambages que la Directiva 1999/70 se aplica igualmente a la Función Pública.

Dos son los objetivos de la Directiva 1999/70 que han influido decisivamente -a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia- sobre la Función Pública española: primero, la prohibición de diferencia de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, basada exclusivamente en la temporalidad de la relación; segundo, la interdicción del abuso de las relaciones temporales.

2.1. De la prohibición de diferencia de trato a la igualdad de regímenes jurídicos entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos.

Una simple enumeración de las Sentencias del Tribunal de Justicia en las que ha considerado discriminatoria la diferencia de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos da buena cuenta de la importancia de la cuestión:

- el derecho a la percepción de trienios a funcionarios interinos y a personal eventual²⁵, en tanto en cuanto constituyen un complemento salarial por antigüedad²⁶.
- complementos retributivos que se conceden por la formación docente recibida²⁷ (los conocidos como «sexenios» de la docencia no universitaria) o por la evaluación de la actividad docente²⁸;
- imposibilidad de reducción de jornada y, consecuentemente, de retribuciones a los funcionarios interinos exclusivamente²⁹;
- el cómputo del tiempo prestado en calidad de interino para el cálculo de la antigüedad a efectos de promoción³⁰, para acceder a la carrera horizontal³¹ o para computarlo como tiempo de consolidación del grado personal³²;
- el reconocimiento del derecho a los servicios especiales³³.

Más allá de esta incidencia directa, mediante pronunciamientos sobre elementos concretos del régimen jurídico de los funcionarios interinos, lo trascendente es su repercusión de principio sobre la identificación de tal régimen. En

²⁵ *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 diciembre 2010 (C-444/09 y C-456/09); *Regojo Dans*, 9 julio 2015 (C177/14), n. 43.

²⁶ *Del Cerro Alonso*, 13 septiembre 2007 (C307/05), Rec. p. I7109.

²⁷ *Lorenzo Martínez*, 9 febrero 2012 (C-556/11)

²⁸ *Álvarez Santirso v. Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias*, 21 septiembre de 2016 (C-631/15),

²⁹ *Rodrigo Sanz*, 9 febrero 2017 (C443/16), n. 33

³⁰ *Rosado Santana*, 8 septiembre 2011 (C-177/10).

³¹ *Centeno*, 22 marzo 2018 (C-315/17).

³² *Clemente vs. Comunidad de Castilla y León*, 30 junio 2022 (C-192/21).

³³ *Vega González*, 20 diciembre 2017 (C-158/16), en relación con una funcionaria interina que había sido elegida miembro del Parlamento del Principado de Asturias

este sentido, el arcano que recoge el Estatuto Básico del Empleado Público de que a los funcionarios interinos les será de aplicación el régimen de los funcionarios de carrera «*en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal*» debe ser interpretado, tras la incidencia del Derecho europeo, de una forma diferente. Mientras que antes se consideraba que era necesario fundamentar y justificar la aplicación a los funcionarios interinos de cualquier contenido del régimen funcional de carrera, a partir de ahora, en cambio, se debe partir de una completa equiparación de regímenes y fundamentar y justificar, en cambio, por qué un aspecto determinado no se aplica a los funcionarios interinos.

De esta manera, la «justificación objetiva» que exige el Derecho europeo para permitir diferenciaciones implica la inversión de la carga de la prueba de éstas. Por ello, no se trata tanto de fundamentar si una diferencia de trato respecto a los funcionarios temporales está justificada como si esa diferencia puede justificadamente predicarse como un privilegio de los funcionarios de carrera. De ahí que, en última instancia, el Derecho europeo propicie una doble reflexión, pues no insta tanto a inquirir la justificación del régimen jurídico del funcionariado temporal –que también– como a dilucidar la esencia del funcionario permanente. Pues el Derecho europeo no impone la identidad de regímenes, pero exige que las diferencias que se deriven de la naturaleza temporal de la relación sean justificadas objetivamente, lo que demandará de la Administración y de los Tribunales un esfuerzo argumentativo adicional, que no hay que dar por supuesto. Y aunque, en un primer momento, quizás se pudieran cometer excesos interpretativos –como el reconocimiento de consolidación del grado personal a los funcionarios interinos, con los problemas y complejidades que ello ha implicado³⁴–, lo cierto es que los Tribunales han entendido que la convergencia no implica confusión ni asimilación por identificación. Y es que igualdad no significa igualitarismo, pues existen elementos propios de los funcionarios de carrera que no pueden ser conferidos ni legal ni jurisprudencialmente a los funcionarios interinos (como la integración en órganos de selección de acceso a la Función Pública³⁵, o la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular³⁶).

2.2. *Uso y abuso de la duración de las relaciones funcionariales interinas*

Además de la prohibición de discriminación, la Directiva 1999/70 protege al trabajador temporal impidiendo la utilización abusiva de relaciones de duración determinada, cuando las circunstancias no lo justifican. La Directiva, en efecto, exige prevenir y sancionar los abusos que se puedan cometer al respec-

³⁴ STS de 7 de noviembre de 2018. Posteriormente, la STS de 5 de mayo de 2022 rechazó que pudiera computarse el tiempo prestado como funcionario interino para consolidar el grado una vez que deviene funcionario de carrera. Sin embargo, apenas dos meses después, la STJUE de 30 de junio de 2022 (C-192/21), *Clemente vs. Comunidad de Castilla y León*, viene a establecer una doctrina completamente contraria.

³⁵ Art. 60.2 TREBEP.

³⁶ STS de 19 de enero de 2023.

to, pero sin imponer ninguna medida, ni siquiera la que cita expresamente de transformación en fijas de las relaciones temporales en las que se ha producido el abuso³⁷.

El Tribunal de Justicia ha constatado en diferentes ocasiones que la normativa y, sobre todo, la práctica administrativa en la gestión del personal temporal generaba numerosas situaciones de abuso³⁸. El problema ha sido la consecuencia con la que se debía reaccionar a dicha situación abusiva.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, (C-184/15 y C-197/15), asunto *Martínez Andrés*, considerará que, aunque la interpretación del Derecho nacional compete a los Tribunales nacionales, si éstos constatan el abuso concreto y, lo que es más importante, la inexistencia abstracta de sanción adecuada al mismo en el régimen jurídico funcional, podrían aplicar la solución del indefinido no fijo que había creado la Jurisprudencia social, que consideraría en principio adecuada en virtud de la contextualización jurídica que le hace el Tribunal nacional al plantearle la cuestión. La Sentencia del Tribunal de Justicia fue recibida con división de opiniones por los Jueces y Tribunales nacionales, obligando al Tribunal Supremo a pronunciarse para aclarar la situación, en las conocidas Sentencias de 26 de septiembre de 2018, donde concluye que la determinación de las consecuencias jurídicas a los abusos en las relaciones funcionariales interinas cabe encontrarlas en el Derecho de la Función Pública sin necesidad de acudir al Derecho laboral o, más concretamente, a la solución del indefinido no fijo. La solución sería el mantenimiento de la relación funcional interina hasta que la Administración analice si debe crear un puesto estructural o si debe proveerlo de forma permanente.

Con estas Sentencias el Tribunal Supremo puso orden, pero no paz, pues no acallaron el debate. En efecto, algunos Jueces y Tribunales, insatisfechos con la doctrina que estableció el Tribunal Supremo, acudieron nuevamente al Tribunal de Justicia para que éste dictaminara si la solución alumbrada jurisprudencialmente por aquel era conforme con las exigencias del Derecho europeo, planteando ya abiertamente que la solución adecuada sería la transformación no en indefinidas de las relaciones interinas, sino directamente en funcionarios de carrera. La cuestión fue resuelta por la Sentencia *Sánchez Ruíz y Fernández Álvarez* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18), que consideró inadecuados los procedimientos selectivos, en cuanto que mecanismos para acabar con la temporalidad abusiva, no por su finalidad abstracta -que obviamente implica el ingreso de personal fijo, cesando a los funcionarios interinos o extinguiendo los contratos laborales temporales-, sino por la incertidumbre de su realización y duración.

Por otra parte, también se ha planteado internamente reconocer a los funcionarios interinos el derecho a ser indemnizados en el momento de su cese,

³⁷ *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C-212/04), *Rec.*, p. I-6057, n. 91.

³⁸ *Pérez López*, 14 septiembre 2016 (C-16/15).

no sólo como reacción al abuso, sino también por considerar que son objeto de discriminación respecto al personal laboral fijo o indefinido que sí percibe tal indemnización al extinguirse su relación laboral. Sin embargo, la existencia de discriminación fue rechazada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de enero de 2020 (C-177/08), en el asunto *Baldonado Martín*, al entender que un funcionario y un contratado laboral no se encuentran en situación jurídica comparable a efectos del juicio de igualdad. Y respecto a si la indemnización sería una respuesta adecuada a los abusos, en la ya citada Sentencia *Sánchez Ruíz*, de 19 de marzo de 2020, el Tribunal respondió, en abstracto, por el simple hecho de que se le preguntó en la cuestión que le planteó el Juez nacional, pero sin que éste le advirtiera que tal indemnización para el personal funcionario interino es inexistente en nuestro Derecho positivo. Por lo que el juicio del Tribunal de Justicia carecía de la mínima apoyatura necesaria.

Sea como fuere, todos estos pronunciamientos han conformado un estado de opinión que ha terminado por influir decisivamente en la respuesta político-legislativa al excesivo y abusivo volumen de temporalidad en nuestras Administraciones Públicas. Nos referimos a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que, por un lado, reforma el régimen jurídico de los funcionarios interinos para garantizar la temporalidad de su relación y, por otro, configura unos procesos de estabilización vía concurso-oposición y concurso, en los que se prima como mérito la experiencia adquirida y se compensa económicamente a los trabajadores temporales que no obtienen plaza fija³⁹.

V. INFLUENCIA INDIRECTA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Además de la incidencia directa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Función Pública, merece la pena exponer igualmente la influencia indirecta que aquella puede ejercer sobre las Funciones Públicas nacionales como referente categorial comparado a partir de conceptos europeos acuñados por el Tribunal de Justicia al interpretar el Derecho europeo, sea en sentido amplio respecto a los Estados miembros, sea en sentido interno respecto al Derecho de la Administración europea, en general, y de la Función Pública de la Unión, en particular.

³⁹ Vid. CANTERO, J., *Temporalidad y estabilización en el empleo público. Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en la Administración*, Thomson Reuters Aranzadi 2022; FONDEVILA (Coord.) e.a., *Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin* (Coord. J. Fondevila), núm. Especial 11 de El Consultor de los Ayuntamientos, 2022; ROQUETA BUI, R. (2020), «Los procesos de estabilización del empleo temporal en las Administraciones Públicas», *Revista vLex de Derecho Administrativo*, Número 1-2020, pp. 9-45.

Por un lado, las propias categorías sobre Función Públicas, interpretadas por el Tribunal de Justicia, trascienden su objeto específico y son utilizadas por la Función Pública interna con un alcance diferente; tal ha sido el caso de los puestos que implican «ejercicio de autoridad o potestades públicas», concepto acuñado por el Tribunal de Justicia para restringir el alcance del requisito de nacionalidad como obstáculo a la libre circulación de trabajadores y que el Legislador español ha utilizado, además, como elemento estructurador del sistema para delimitar puestos entre funcionarios y laborales.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Función Pública de la Unión europea -esto es, sobre el personal que trabaja para las Instituciones, órganos y organismos europeos- se erige no sólo en referente comparado, sino también en potencial nivel de efectividad de la normativa y de la jurisprudencia nacionales para optimizar las previsiones del Derecho europeo -en particular, de su Política social-, revelando indiciariamente el máximo exigible a los Ordenamientos nacionales.

1. Recepción interna de categorías jurisprudenciales europeas aplicadas a la Función Pública nacional

Se trata, por un lado, de la recepción por el sistema nacional de Función Pública de categorías y conceptos jurisprudenciales acuñados por el Tribunal de Justicia no como consecuencia de su incidencia indirecta sobre aquella en su dimensión económica (libre circulación de trabajadores) o social (Política social europea), sino que la regulación nacional recurre a conceptos o categorías del Derecho europeo o de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para configurar y regular aspectos determinados del sistema nacional de Función Pública, sin estar obligado a ello y sin constituir la Función Pública europea en tal caso un referente comparado.

No nos estamos refiriendo aquí, por tanto, al caso habitual y ya analizado en páginas anteriores de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los que contrasta la adecuación de la normativa nacional de Función Pública con el Derecho europeo en cuestión, tanto a través de recursos por incumplimiento directos como a través de cuestiones prejudiciales planteadas por los Jueces y Tribunales españoles al intentar aplicar la normativa europea a la Función Pública.

Sin duda, el supuesto más paradigmático y relevante lo constituye el actual art. 9.2 del actual Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando para reservar puestos a los funcionarios de carrera utiliza la fórmula « *ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas* », trasplantada por el Legislador nacional a la definición sustantiva del funcionario de carrera desde su ámbito originario y funcional de la condición de nacionalidad

como excepción a la libre circulación de trabajadores. Esto es, se produce el paso de la dimensión económica de la Función Pública, –donde la fórmula acuñada por el Tribunal de Justicia sirve para definir las razones imperiosas de interés general que justifican que los Estados establezcan una barrera de entrada al mercado de trabajo en la Función Pública, discriminando a los nacionales de otros Estados– a la dimensión institucional en la que el Legislador español utiliza un concepto europeo para organizar internamente el sistema de empleo público, no sólo sin estar obligado a ello por el Derecho europeo sino tampoco siquiera sin que el concepto en cuestión tenga la finalidad para la que lo utiliza el Legislador español.

2. La jurisprudencia europea como parámetro de exigencia de efectividad y tutela judicial interna

En este apartado queremos referirnos aquí a la propia creación y configuración por los Tribunales europeos de las categorías y concepciones relativas a la Función Pública. Estas categorías y concepciones que interiorizan los Tribunales europeos son el resultado principalmente de la interpretación y aplicación de la normativa propia del Derecho Administrativo europeo y, más en particular, del vasto complejo normativo de la Función Pública europea, el más extenso e intenso del Derecho de la Administración europea. Pues bien, la continua, extensa e intensa jurisprudencia que a lo largo de la Historia de la Unión ha recaído sobre los funcionarios y agentes de la Unión ha permitido a los Tribunales europeos crear y conformar unas categorías conceptuales que inevitable e inconscientemente aplicará a los recursos que le llegan sobre las Funciones Públicas de los Estados miembros.

Y aunque, obviamente, los escenarios de la ejecución directa (Función Pública europea) y de la ejecución indirecta (Función Pública nacional) son diferentes, es inevitable que el Tribunal de Justicia proyecte implícitamente categorías, conceptos o métodos de interpretación que construye para la Administración europea a las Administraciones nacionales. Así, aprehender adecuadamente la comprensión jurisdiccional de la Función Pública europea puede ayudar a entender las exigencias que el Derecho europeo puede imponer a las Funciones Públicas de los Estados miembros cuando son afectadas por la eficacia del Derecho europeo.

No se trata de un interés meramente exótico, como una suerte de modelo más comparado con el que ilustrar la manera en que un sistema de Función Pública ha abordado una determina cuestión. Todo lo contrario, el interés de exponer la respuesta jurídica que en la Administración europea se dan a problemas y retos que el Derecho Europeo plantea a las Administraciones nacionales constituye, por un lado, una ilustración de lo que tanto la Administración europea como sobre todo el Tribunal de Justicia conciben respecto al alcance de dichos problemas y de las posibles soluciones y, por otro, marca eventualmente el parámetro de exigencia a los Jueces nacionales a la hora de ejercer sus potestades jurisdiccionales con el

objetivo de garantizar la plena efectividad del Derecho europeo y de respetar la tutela judicial efectiva que la Carta de Derechos Fundamentales impone.

Además, aunque se podría considerar y exigir, con más o menos virtualidad, una cierta coherencia del Derecho europeo respecto a lo que exige a los Estados cuando ejecutan la normativa europea y respecto a lo que exige a su propia Administración, esa exigencia de coherencia puede llegar a condicionar y limitar, en particular, las exigencias de efectividad que el Tribunal de Justicia impone a los Estados a la hora de alcanzar los objetivos de la norma europea, de manera que no demande de éstos más allá de lo que obliga a la Administración europea.

Tomemos el caso de la temporalidad en la Administración europea y la interpretación que el Tribunal de Justicia ha realizado, por un lado, de los juicios de igualdad que exige la prohibición de discriminación por razón de la temporalidad de la relación y, más significativamente aún, del alcance de las medidas que los tribunales nacionales deben aplicar para sancionar jurídicamente los fraudes en la duración de las relaciones funcionariales temporales. Ambos escenarios son sorprendentemente obviados no ya por los Tribunales nacionales, que los desconocen, sino incluso por el propio Tribunal de Justicia, que exige de los Derechos Administrativos nacionales lo que no demanda del Derecho de la Administración europea.

1) En lo que respecta a la *prohibición de discriminación* entre agentes -temporales- y funcionarios -estables- al servicio de la Administración europea, resulta significativo el asunto *Todorova v. Consejo*, que permitió a los Tribunales europeos -Tribunal de la Función Pública, en primera instancia⁴⁰, y Tribunal General, en casación⁴¹- esclarecer la aplicación de la Directiva 1999/70 en la Función Pública europea y los parámetros de interpretación que utilizan los Tribunales europeos.

El caso versaba sobre una funcionaria que, antes de devenir tal, había prestado servicios en calidad de agente temporal. Su pretensión era que se tuviera en cuenta el tiempo prestado como agente temporal a efectos de cumplir el requisito de antigüedad mínima que se exige a los funcionarios para poder beneficiarse de una promoción, atendiendo a que había ejercido las mismas funciones y que el grado de clasificación en una y otra condición eran equivalentes.

El Tribunal de la Función Pública consideró que, en la medida en que no existía continuidad jurídica «en la carrera de un agente temporal que pasó a ser funcionario», la condición que establece el Estatuto de funcionarios para que un funcionario sea promovido de «un mínimo de dos años de antigüedad en su grado» sólo puede hacer referencia al grado adquirido por el funcionario en el momento de su nombramiento en cuanto tal, y ello con independencia del hecho de saber si el mismo funcionario había o no anteriormente prestado los mismos servicios en cuanto que agente temporal y si había, o no, sido clasificado en el mismo grado. A lo que el Tribunal General añadió que sólo los

⁴⁰ *Todorova Androva v. Consejo*, 29 abril 2015 (F-78/12).

⁴¹ *Todorova Androva v. Consejo*, 14 diciembre 2016 (T-366/15P).

funcionarios tienen vocación a la carrera, mientras que los agentes son contratados para puestos determinados. Puede ya observarse el contraste, contradicción o incoherencia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a tal situación en el ámbito de la Función Pública de los Estados miembros, que ha reconocido, en abstracto, a los empleados temporales el derecho a la carrera en la medida en que ésta constituya «condición de trabajo y, en concreto, el cómputo, a efectos de antigüedad, de los servicios prestados en calidad temporal para cumplir el requisito de servicios mínimos exigido para promocionar»⁴².

Los Tribunales concluyen que el Estatuto de funcionarios no establece una discriminación respecto a los agentes temporales. Más aún, el Tribunal de la Función Pública recordó que «al pronunciarse sobre la aplicación del Acuerdo marco en litigios que oponen a funcionarios con las administraciones nacionales, el Tribunal de Justicia ha declarado que las posibles diferencias de trato entre el personal funcionario y los agentes contractuales no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo marco, ya que estas diferencias de trato no están fundadas en la duración determinada o indeterminada de la relación de servicio, sino en su carácter estatutario o contractual». Aplicando esta doctrina a la Función Pública de la Unión Europea, concluye que «el artículo 45 del Estatuto no establece ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y trabajadores fijos. En efecto, el único elemento que el artículo 45 del Estatuto toma en consideración es la naturaleza jurídica de la relación de servicio de los empleados públicos de que se trata, que establece realmente una diferencia de trato entre la antigüedad adquirida por los funcionarios y la antigüedad adquirida por los otros agentes. Pues bien, según la jurisprudencia, esta diferencia de trato no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo marco».

El Tribunal General, en casación enrique la argumentación señalando que, aunque desde el punto de vista de la naturaleza de las funciones desempeñadas, la situación concreta de un agente temporal y de un funcionario puedan resultar comparables al realizar las mismas tareas, incluso con la misma clasificación de grado, «no es menos cierto que las condiciones de empleo de un agente temporal y de un funcionario difieren esencialmente por el hecho de que el nombramiento de éste comporta la superación de una oposición (*concours de sélection*) que le da acceso a un puesto de trabajo permanente, caracterizado por la vocación a una carrera que se puede desarrollar en el seno del conjunto de Instituciones y de órganos de la Unión [...] e implica, especialmente, la posibilidad de beneficiarse de promociones y de traslados». Y concluye el Tribunal General, en su sentencia, que la diferencia de trato alegada «no se basa en la naturaleza determinada o indeterminada, sino en la naturaleza contractual o estatutaria de la relación de trabajo que vincula, respectivamente, a los agentes temporales y a los funcionarios con su empleador. Por consiguiente, estas dos

⁴² Rosado Santana, 8 septiembre 2011 (C-177/10).

clases de empleos no pueden ser consideradas como comparables para la aplicación de la cláusula 4 del Acuerdo marco».

2) Igual de significativa es la jurisprudencia europea sobre los abusos en la duración de las relaciones de los agentes temporales de la Administración europea. La normativa que regula el régimen del personal temporal establece, en el caso de *agentes temporales que ocupan puestos temporales*, para cuya contratación inicial no fija una duración determinada, que sólo podrán ser renovados una sola vez, pues «toda posible renovación ulterior se considerará por tiempo indefinido», lo que para los Tribunales europeos constituye una conversión de la relación *ex lege*⁴³. Sin embargo, cuando se trata de *agentes temporales que ocupan temporalmente puestos permanentes*, la normativa no recoge la posibilidad de que la sucesión abusiva de renovaciones convierta en indefinida la relación que formalmente se ha celebrado de duración determinada, por lo que el abuso en estas contrataciones no permite a los Tribunales europeos la conversión de la relación en indefinida⁴⁴.

VI. CONCLUSIÓN: EL DERECHO EUROPEO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE COMO UNA FUENTE MÁS DEL DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Aunque la Unión europea carezca de competencia directa sobre las Funciones Públicas de los Estados miembros, lo cierto es que el Derecho europeo incide sobre éstas a partir de títulos competenciales indirectos: mercado interior y, en particular, Política social europea. Ha sido, no obstante, el Tribunal de Justicia el que ha determinado el alcance de esa incidencia, con efectos decisivos sobre determinados elementos del régimen jurídico de los funcionarios públicos en España. Quizás la doctrina más relevante -por sus consecuencias- ha sido la relativa a los abusos sobre los funcionarios interinos, sea en lo tocante a las discriminaciones de que eran objeto por razón de la temporalidad de sus nombramientos, sea respecto a la excesiva y «abusiva» duración de sus relaciones. En todo caso, a través de dicha jurisprudencia, el Derecho de la Unión europea se ha afirmado como una fuente más del Derecho de la Función Pública en España, al que Legislador, Jueces y Administraciones. Ahora bien, la obligada referencia a esa jurisprudencia no puede convertirse en obsequiosa deferencia, pues las sentencias del Tribunal de Justicia no dejan de presentar limitaciones, bien por suscitarse a partir de Ordenamientos nacionales que no permiten la traslación de la doctrina que fijan al nuestro, bien por la cuestionable redacción de las cuestiones prejudiciales que en ocasiones se le plantean al Tribunal de Justicia, cuya contextualización fáctica o normativa impide inducir criterios válidos que conformen una auténtica jurisprudencia.

⁴³ *Scheefer v. Parlamento*, 13 abril 2011 (F-105/09), nn. 54-56.

⁴⁴ *Avogadri e.a. v. Comisión*, 21 febrero 2013 (F-58/08), nn. 71-72.