

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES RESPECTO DEL PERSONAL TEMPORAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD. ESPECIAL REFERENCIA AL SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Noemí García Esteban

*Letrada del Servicio Jurídico
Servicio de Salud del Principado de Asturias*

Eva Fernández Piedralba

*Letrada del Servicio Jurídico
Servicio Salud del Principado de Asturias*

Pablo Cabo Pérez

*Letrado del Servicio Jurídico
Servicio de Salud del Principado de Asturias*

RESUMEN

Se aborda desde un punto de vista práctico cómo están afectando los últimos pronunciamientos del TJUE en relación con el personal temporal y el impacto en las últimas sentencias de los juzgados asturianos.

PALABRAS CLAVE

Personal temporal. Carrera profesional. Indemnización personal interino. Abuso contratación temporal.

No cabe duda de que los Servicios de Salud están formados en un amplio porcentaje por personal temporal. De hecho, las últimas cifras apuntan a que más de un tercio de los trabajadores del personal estatutario del Servicio Nacional de Salud son temporales. En concreto, un 36,5% de total, lo que asciende a unos 175.000 empleados y que hace que éste sea el sector con una mayor temporalidad de toda la Administración Pública. Así lo evidencian los datos

del Boletín del Registro Central de Personal del Ministerio de Hacienda y Función Pública que expuso la Federación de Servicios Públicos de UGT, y que utilizó como argumento para reclamar al Gobierno que ataje la alta temporalidad que existe en las Administraciones Públicas y, en concreto, en el servicio nacional de salud.

Actualmente, una de las materias que más litigiosidad plantea a los Servicios de Salud son cuestiones relacionadas con el personal temporal y el impacto que las Sentencia del TJUE y del TS están teniendo en las peticiones que formulan. Por ello el objeto de esta exposición será exponer algunas de las cuestiones más destacadas que se nos plantean en la práctica (en este caso en el servicio de salud asturiano), si bien sin ningún ánimo exhaustivo puesto que alguna de las situaciones más novedosas aún no se nos han planteado más que en vía administrativa.

En primer lugar, una de las cuestiones que más litigiosidad nos plantea es la relativa a la petición por parte del personal temporal de acceder a la carrera profesional, vetado para ellos en gran parte de las Comunidades Autónomas. En este sentido, en el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA) estamos contemplando una gran avalancha de peticiones que ya han llegado a la vía judicial contenciosa administrativa puesto que estas peticiones están formuladas por personal estatutario. En este sentido, la petición se centra en dos razonamientos: en primer lugar que el personal temporal que lo plantea tiene al menos cinco años de servicios prestados, alegándose en los escritos de demanda, con carácter general, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 (recurso 1846/2013) que desestima un recurso de casación planteado por la Junta de Castilla y León frente a la Sentencia dictada por el TSJ Castilla y León (Valladolid) que determinó la nulidad de un precepto del Decreto que regulaba la carrera profesional del personal estatutario de dicha Comunidad en la medida que excluía de la posibilidad de acceso al personal temporal de “larga duración” conceptuando como tal al “que desempeña las mismas funciones, o de análoga naturaleza, en una institución sanitaria que quien tenga la condición de estatutario-fijo y lo hace con una cierta estabilidad temporal (más de cinco años) siempre y cuando se trate de la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente dentro del mismo servicio de salud” Alegan que el Tribunal Supremo partiendo de que el art 41.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, no distingue entre personal fijo y temporal, ni tampoco distinguen por razón de vinculación temporal o permanente los artículos 37 y siguientes de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias por lo que entienden que los interinos de larga duración (los que mantienen con la Administración una relación temporal de servicios que supera los cinco años según sentencia 203/2000 del Tribunal Constitucional) tienen una situación singular. Se insiste en que cuando se trate de un interino de larga duración (prestando servicios en la Administración por más de cinco años) no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución para darle un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es de carácter provisional. Obviamente estas consideraciones en el ámbito que nos ocupa, el sanitario, se hacen extensibles al personal estatutario.

Una de las principales defensas que se realiza desde el Servicio de Salud asturiano es que esta limitación de acceso de la carrera al personal que ostente un carácter fijo, deviene del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de 27 de diciembre de 2006 sobre Carrera y Desarrollo Profesional de los empleados públicos del Principado de Asturias, publicado en el BOPA del día 8.3.2007 y derivado de este Acuerdo, la Resolución de 14 de febrero de 2007 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación de 27 de diciembre de 2006 sobre Carrera y Desarrollo Profesional de los empleados públicos del Principado de Asturias, publicada en el BOPA del día 8.3.2007, y que limita la carrera y desarrollo profesional de los empleados públicos en el Principado de Asturias, circunscribe esa participación —por lo que se refiere al personal estatutario del SESPA— al personal que tenga la condición de fijo en el Servicio de Salud. En el presente caso, la disposición de carácter general que limita la participación en la Carrera Profesional del personal sanitario del Servicio de Salud y a la que forzosamente debe sujetarse la convocatoria no fue recurrido por los demandantes y, por tanto, devino firme y consentido, sin que sea posible que éstos —personal estatutario temporal— habiendo consentido la limitación al personal estatutario fijo que establece el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de 27 de diciembre de 2006 sobre Carrera y Desarrollo Profesional de los empleados públicos del Principado de Asturias, pretenda ahora impugnar la convocatoria del procedimiento de la Carrera Profesional para el personal sanitario del SESPA con fundamento en el hecho de estar sólo dirigida al personal que tenga la condición de personal fijo. En cualquier caso, recientemente una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso planteado por el Servicio de Salud, aplicando directamente la normativa europea y entendiendo la existencia de discriminación del personal interino de larga duración en lo relativo al no acceso a la carrera profesional. Aplica directamente la normativa comunitaria al haber razonado el Juzgador de instancia acerca de la inexistencia de razones objetivas para que no percibieran determinados complementos retributivos el personal interino de larga duración cuando sí lo percibe el personal funcionario de carrera. Para ello alude a la STS de 4 de marzo de 2017, que desestima el recurso de casación núm 93/2016, interpuesto contra la Sentencia estimatoria parcial de fecha de 21 de diciembre de 2015, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, contra el Decreto 186/2014, de 7 de noviembre, por el que se regula el sistema de

carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat. Esta Sentencia declara la nulidad de parte del articulado (los que excluyen a los funcionarios interinos de larga duración) y todo ello en base a la cláusula 4, del apartado 1, del acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014.

Otra de las cuestiones, que parece será habitualmente, es el tema de indemnizaciones del personal temporal, en concreto el personal interino con vinculación laboral. En este caso, una de las Sentencias de mayor impacto de las dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de septiembre de 2016, caso Diego Porras, trata el cese de una trabajadora interina laboral (en el caso en concreto prestaba sus servicios en el Ministerio de Defensa) al reincorporarse la trabajadora sustituida.

Poniéndonos en antecedentes la sentencia del TJUE es respuesta al planteamiento de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid sobre la interpretación del derecho comunitario, y en concreto de la Directiva 1999/70. En su demanda, la trabajadora interina alegó que el contrato se había celebrado en fraude de ley, pero la sentencia de instancia lo descarta y el Tribunal Superior de Justicia, antes de resolver, plantea ante el TJUE como cuestión prejudicial si es conforme al derecho comunitario la norma española que excluye la indemnización por extinción del contrato temporal de interinidad mientras sí reconoce el derecho a percibir indemnización en el supuesto de extinción de un contrato indefinido por razones objetivas.

La Directiva 1999/70 tiene por objeto, como señala su artículo 1, aplicar el Acuerdo marco que figura como Anexo de la propia Directiva, firmado por las organizaciones patronales y sindicales europeas; el artículo 4 de ese Acuerdo señala que “*por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”. Siendo, como señalada el previo artículo 3 del Acuerdo marco, que el trabajador con contrato de duración determinada es aquel con un contrato en el que el final de la relación laboral viene determinada por “*condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho*

o acontecimiento determinado” y que el trabajador con contrato indefinido comparable es aquel que en el mismo centro de trabajo que el trabajador con contrato de duración determinada “*realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y tareas que desempeña*”. Por lo que se refiere a nuestro derecho interno, la sentencia del TJUE constata que la extinción de un contrato de interinidad no comporta el abono de ninguna indemnización (artículo 49.1.c) ET), mientras que la extinción de un contrato por causas objetivas genera el abono de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio (artículo 52 ET). Una de las cuestiones principales que generan gran debate a raíz de esta Sentencia, es si en el concepto de “condiciones de trabajo” puede enmarcarse la indemnización por razón de finalización de un contrato.

En el servicio de Salud del Principado de Asturias, sólo se nos ha presentado un caso y ha sido en el ámbito social. Se trata de un médico con una vinculación laboral que demanda al Servicio de Salud tras su cese, solicitando en el acto de la vista una indemnización de 20 días por año trabajado. En primera instancia se declara ajustado a derecho el cese realizado pero se condena a la Administración al pago de 20 días por año trabajado en virtud de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Caso Diego Porras). El servicio de Salud recurre interponiendo recurso de suplicación y alegando que el Juzgador de instancia ha inaplicado la normativa que corresponde al caso. (art 49.1.c), párrafo primero ET) En este sentido, la citada norma establece: “Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Nada se analiza en la Sentencia ahora recurrida sobre esta cuestión más allá de la referencia a dos párrafos de la Sentencia del TSJUE de 14 de septiembre de 2016 concluyendo que “el actor tiene derecho, respecto a su último contrato, el celebrado en fecha de 10 de diciembre de 2010, a devengar la indemnización de veinte días de salario por año trabajado prevista legalmente y que asciende a 18.724,20 €”. Sin embargo la previsión legal es la establecida en el mencionado art 49.1,c) del ET en el que se exceptúa de indemnización al contrato de interinidad.

El Servicio de salud alegó que en la Sentencia de primera instancia, que hace referencia a la citada Sentencia del TJUE de fecha 14 de septiembre de 2016, únicamente hace una referencia a un “trabajador fijo comparable” pero en ningún momento examina la “comparabilidad” de las situaciones controvertidas, ni ha examinado si existe una razón objetiva de la diferencia de trato. Es por ello, que esta parte considera que ha de aplicarse lo dispuesto en el mencionado art 49.1, c) respecto de la previsión de indemnización del personal interino. En relación a esta cuestión, esta parte entiende que el agotamiento de la duración prevista para el contrato de duración determinada o en este caso, la incorporación un trabajador estatutario fijo proveniente de un proceso de movilidad, no es un supuesto equiparable a un cese derivado de un acto constitutivo extintivo del empleador de un contrato de duración indefinida, ya sea justificado o injustificado y que puede dar lugar a una indemnización por la ruptura de un contrato “estable” con vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo. Es decir, en el caso de que a un trabajador interino se le cesase por las razones aplicables a un trabajador fijo (por ejemplo, una amortización del puesto de trabajo o una reducción colectiva de personal) se le aplicaría el régimen indemnizatorio propio de los trabajadores de duración determinada de acuerdo con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de junio de 2014) pero en este caso, la previsión del art 49.1,c) no podría aplicarse a un trabajador fijo por lo que los términos comparativos no pueden aplicarse (en el caso de que se hubiera motivado).

La Administración sanitaria, como segundo argumento, entiende que no vulnera lo establecido en la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, el aplicar el art 49.1, c) puesto que no deniega cualquier indemnización por la finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. Simplemente es que no existe término de comparación entre esta extinción válida del contrato de trabajo de este concreto trabajador interino y un trabajador fijo, por lo que no es posible entender que exista ningún tipo de discriminación y en ningún momento la Sentencia ahora recurrida ha establecido los motivos de una posible comparación. Por lo tanto, la ausencia de indemnización a la finalización del contrato de interinidad prevista en el art 49.1, c) ET no vulnera la Directiva 199/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada al no apreciarse

discriminación alguna al amparo de la cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco entre este contrato de interinidad y un contrato de un trabajador fijo comparable porque ningún término de comparación puede hacerse.

En consecuencia, no son situaciones comparables la del cese de un trabajador interino, en el que no hay supresión alguna de un puesto de trabajo ni una decisión extintiva del empleador, de la resultante de los llamados despidos objetivos, individuales o colectivos, por supresión de puestos de trabajo y reducción de personal, en los que la supresión se produce por una declaración de voluntad constitutiva extintiva del empleador, que implica una “ruptura” del contrato de trabajo no su terminación o agotamiento. En definitiva, las situaciones no pueden ser comparables y lo que manifestamos en el recurso es que debería haberse aplicado el art 49.1,c) ET al no vulnerar lo establecido ni el Acuerdo Marco mencionado ni en la Sentencia del TJUE 14 septiembre de 2016.

Además, entendimos que existe una vulneración de la norma sustantiva prevista en la disposición Transitoria Octava del ET y vulneración de la Jurisprudencia establecida en Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C -361/12 caso Carmela Carratu c/ Poste Italiane Spa).

Tal y como se establece en la Sentencia de primera instancia recurrida, la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 199/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por la finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables(...).

Es incuestionable que el TJUE, no fija qué indemnización concreta ha de percibir.

Esta falta de pronunciamiento expreso sobre la concreta indemnización permitiría aplicar al contrato de interinidad la indemnización prevista para la extinción de otros contratos temporales en el artículo 49.1 c) del ET y disposición transitoria octava. En el presente caso, ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011.

En este sentido, entendimos que la Sentencia inaplicó la normativa nacional aplicable. Concretamente la Disposición Transitoria Octava del ET que en ningún momento se ha razonado sea contraria al citado Acuerdo marco, Directiva o Sentencia del TJUE. Además, en el caso de entender la existencia de una vulneración de la normativa comunitaria, podemos entender que debería aplicarse la citada Disposición Adicional ya que nuestro derecho interno sí contempla indemnización por finalización de contrato temporal

Se argumentó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la distinción entre indemnizaciones a percibir por trabajadores fijos y temporales con motivo de la extinción de sus respectivas relaciones laborales, a la luz de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70. En efecto, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C -361/12 caso Carmela Carratu c/ Poste Italiane Spa), el Tribunal tiene ocasión de analizar con motivo de la cuestión prejudicial formulada por un tribunal Italiano, si la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70 se opone a una norma nacional como la italiana que prevé una indemnización diferente por extinción de un contrato temporal con causa de extinción ilícita, respecto a un contrato indefinido que se extingue sin que concurra causa lícita para ello.

La cuestión se planteaba respecto a un contrato temporal para sustituir durante un periodo algo inferior a tres meses a trabajadores del Servicio Público de Correos italiano. El juez aprecia que el contrato temporal celebrado no se ajusta a la norma italiana y considera ilícita la extinción, por una serie de incumplimientos formales. Pero ocurre que la norma italiana – a diferencia de la española - prevé una indemnización distinta para la extinción de estos contratos temporales en los que la cláusula de temporalidad sea declarada ilícita (la equivalencia en nuestro derecho serían los contratos temporales celebrados en fraude de ley) y los contratos indefinidos que se extinguen sin causa (el equivalente a un despido improcedente en nuestro ordenamiento) para los que la norma italiana prevé una indemnización superior. Es precisamente esta diferenciación la que lleva al Tribunal Italiano a plantear al TJUE la adecuación de esta previsión legal la cláusula cuarta de la directiva. Pues bien, el TJUE considera que la cláusula cuarta de la Directiva 1999/70 no obliga a los estados miembros a establecer idéntica indemnización en este caso, sin perjuicio de que el derecho interno de cada Estado pueda establecer dicha equiparación indemnizatoria.

El párrafo 48 de la Sentencia establece:

“En consecuencia, procede responder a la quinta cuestión que, si bien el Acuerdo marco no se opone a que los Estados miembros introduzcan un trato más favorable que el previsto por éste para los trabajadores con un contrato de duración determinada”, la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que no obliga a tratar de manera idéntica la indemnización concedida en caso de inclusión ilícita de una cláusula de terminación en un contrato de trabajo y a la abonada en caso de interrupción ilícita de un contrato de trabajo de duración indefinida.

Dicho en términos más claros, el TJUE resuelve en este caso que la cláusula 4 de la Directiva 1999/70 –la misma que fundamenta el fallo de la sentencia de 14 de septiembre de 2016- no se opone a una norma nacional como la italiana que prevé indemnizaciones diferentes por extinción ilícita de contratos temporales y fijos o indefinidos. Si esto ha dictaminado el tribunal respecto a indemnizaciones por extinción ilícita, con mayor razón cabe extender la misma conclusión cuando la extinción es lícita como en el caso que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial resuelto por la sentencia de 14-9-2016 y en el caso que ahora nos ocupa, en el que recordemos una vez más el Tribunal no se pronuncia sobre la cuantía indemnizatoria que corresponde percibir al interino que ve extinguida válidamente su relación laboral.

No obstante todas las alegaciones fueron desestimadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en Sentencia de 14 de febrero de 2017 (rec. 2966/2016). En el mismo sentido han sido dictadas diversas Sentencias por diferentes órganos judiciales. Me resulta especialmente interesante la sentencia del Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona de 7 de diciembre de 2016 (núm. 223/16): que deniega los 20 días de indemnización extinción por cobertura reglamentaria de vacante de profesora universitaria interina por vacante. Reconoce el importe indemnizatorio *en virtud del* art. 49.1.c ET (y no los 20 días) porque: la doctrina “de Diego Porras” parte de una situación imputable al derecho interno que no se da (“*deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular; a los trabajadores fijos comparables*”), la jurisprudencia interna sí reconoce una indemnización en estos casos (sentencias 21 de enero de 2014 y 7 de noviembre de 2016) siguiendo, precisamente, la

propia doctrina del TJUE (Huétor Vega). La naturaleza jurídica de la causa extintiva del art. 52 y del art. 49.1.c ET es distinta.

Como tercera cuestión, aludiré a otra de las Sentencias del TSJU de 14 de septiembre de 2016. En este caso enfocada a la utilización abusiva por parte de las Administraciones públicas en la contratación de empleo temporal. Estas cuestiones ya se plantearon en el servicio de salud asturiano, principalmente en los años 2014-2016. En estas sentencias se analiza principalmente si concurren los requisitos para la contratación con una naturaleza eventual (necesidad coyuntural) en contraposición a un carácter interino (necesidad estructural). En parte de estas Sentencias ya se hacía referencia a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada de 18 de marzo de 1999 pero a diferencia de los actuales giros jurisprudenciales, el TSJ Asturiano consideró (Sentencia 194/2015, Sala de lo Contencioso Administrativo) cuestionando lo razonado por el Juzgado de primera instancia, que la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, no es aplicable a estos casos. Parece lógico a que a luz de las últimas sentencias del TJUE se cambie este criterio. En el momento actual, es necesario hacer mención a la Sentencia del TJUE derivado del asunto C 15-16 (Asunto Pérez López) puesto que atañe directamente a un servicio de salud, en concreto el madrileño y deriva de un recurso interpuesto por una enfermera que fue acumulando varios nombramientos desde el año 2009 hasta marzo de 2013 con una naturaleza de personal estatutario temporal eventual de conformidad con el art 9 de la Ley 55/2003, que regula el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. La demandante alegaba (habitual en estos casos) que los sucesivos nombramientos no responden a necesidades coyunturales o extraordinarias sino que se corresponde a una actividad permanente, es decir, hay una necesidad de carácter estructural. Conviene recordar, para centrar el tema, qué recoge el artículo 9.3 del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud. El artículo 9 referido al personal estatutario temporal, establece en su apartado 1 lo siguiente: “Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal. Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución”. Bien, el apartado 3 del citado artículo lo recoge:

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

- a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.
- b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.
- c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

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

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

Resumiendo las cuestiones prejudiciales, planteadas por el Juzgado Contencioso Administrativo nº4 de Madrid en lo que cuestiones de carácter general se refieren y por lo tanto aplicables a los distintos servicios de salud (puesto que además cuestiona la aplicación de una Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid), las mismas se centran en los siguiente:

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

- a) No fija una duración máxima total para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos.
- b) Deja a la libre voluntad de la Administración la decisión de proceder a la creación de plazas estructurales, cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años.

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

2. ¿Es acorde con el objeto pretendido con el [Acuerdo marco] la interpretación del párrafo tercero del artículo 9.3 del [Estatuto marco], en el sentido de considerar que cuando se realicen más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, se deba proceder a la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, pasando entonces el trabajador con nombramiento de carácter eventual a ser nombrado con carácter interino?

3. ¿Es acorde con el principio de no discriminación reconocido en el [Acuerdo marco] la aplicación al personal estatutario temporal de carácter eventual de la misma indemnización prevista para los trabajadores con contrato de trabajo eventual, dada la identidad sustancial entre ambas situaciones, pues carecería de sentido que trabajadores con idéntica cualificación, para prestar servicios en la misma empresa (Servicio Madrileño de Salud), realizando la misma función y para cubrir idéntica necesidad coyuntural, tuvieran un tratamiento distinto en el momento de la extinción de su relación, sin que exista razón aparente que impida comparar entre sí contratos de duración determinada para evitar situaciones discriminatorias?

Podemos resumir la respuesta del TJUE como sigue: Se pone de manifiesto que el artículo 9 del Estatuto marco no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que se limita esta práctica a los efectos de satisfacer necesidades provisionales; y, añade, que “ (...) Cabe recordar que la sustitución temporal del trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada por parte del empleador puede constituir, en principio, una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a), de ese acuerdo marco.

(...)

En efecto, debe declararse que, en la Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por

enfermedad, de permiso de maternidad o permiso parental u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a), del acuerdo marco, que justifica tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto o como la renovación de sus contratos en función de nuevas necesidades, a reserva del cumplimiento de las exigencias fijadas para ello por el acuerdo marco (...).

Además, es preciso señalar que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 40 de la presente sentencia, puede justificar objetivamente en este sector específico, a la luz de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada (...).”.

Sin embargo, se toma igualmente en cuenta que estas circunstancias no pueden llevar a admitir que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. (a lo que yo añadiría que éste es el problema de base que concurre en este tipo de demandas), que la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada al amparo de la cláusula citada del acuerdo marco. Por ello, la observancia del acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente en la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada su realización con el fin de atender necesidades provisionales y no para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de personal. En definitiva, será el órgano jurisdiccional nacional el que valorará caso por caso

Conforme a lo aquí expuesto se han pronunciado los órganos jurisdiccionales.

Pondremos dos ejemplos de Sentencias:

Sentencia del TSJ Andalucía con sede en Sevilla, Sección primera, Sala de lo Contencioso administrativo, Recurso 250/15 Juzgado de lo

Contencioso- Administrativo nº 3 de Sevilla resolución de 2 de marzo de 2014 de la Dirección Gerencia de los HH.UU. “Virgen Macarena” y “Virgen del Rocío” de Sevilla, que desestimaba la reclamación por aquélla formulada y a través de la que interesaba que se acordara y reconociera que la relación jurídica que le une con el Servicio Andaluz de Salud es laboral indefinida en la categoría de Auxiliar Administrativa. La Sentencia del Juzgado nº3 de Sevilla desestima la demanda en base a que se consideraba que los trabajos desempeñados estaban claramente enfocados a necesidades provisionales y que por lo tanto se respetaba lo establecido en la Directiva 1999/70 CE y en las Sentencias del TJUE pero no lo hace así la Sentencia del TSJ que entiende que concurre una falta de indicación de una concreta causa o razón objetiva que justifique el empleo en este supuesto de los diversos nombramientos eventuales

Se establece en la Sentencia que no constan o se aportan los diferentes nombramientos y en la hoja de servicios tampoco se deja constancia de la concreta causa o razón a la que aquellos obedecían y que únicamente figuran consideraciones genéricas e indeterminadas que pretende justificar el empleo sucesivo e ininterrumpido de diversos nombramientos eventuales, durante un periodo de tiempo que excede, por otra parte, de los límites establecidos en el apartado tercero del citado artículo nueve. La Sentencia incorpora en sus fundamentos un extracto de la Sentencia del TJUE. La base en cualquier caso parece que está en la fase de prueba donde es necesario demostrar en carácter coyuntural frente al estructural reclamado.

Otra Sentencia es la del TSJ de Madrid de 7 de octubre de 2016. En ella el actor solicitaba en su demanda una Sentencia que declarase que la plaza que ocupaba (de enfermero/ATS/DUE en el Hospital Gregorio Marañón) era estructural de plantilla, siendo el vínculo que le une con el Hospital el de interinaje con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo, y recurre ahora en apelación contra la desestimación de su pretensión. La Sentencia de instancia citaba los supuestos en los que era posible la contratación temporal, así como las causas de cese, indicando a continuación que se trataba de una sucesión de contratos consentida por el actor; que no se ha practicado prueba ninguna en el proceso demostrativa de fraude (volvemos a destacar que se trata de una cuestión de prueba), y que incluso en el supuesto de que se aceptase la necesidad de crear una plaza de plantilla adicional, no existía razón alguna para asignársela al actor como interino.

Otra cuestión en la que ha tenido presencia la Directiva Europea 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, sobre el trabajo de duración determinada, y que ha supuesto una evolución jurisprudencial a nivel nacional es en materia de trienios.

Así por un lado respecto de la situación de promoción interna temporal donde inicialmente los Tribunales no reconocían el derecho a una revisión y reclasificación de los trienios consolidados en categoría de origen, cuando el personal estatutario obtenía plaza en propiedad en categoría superior que había venido desempeñando, con anterioridad, mediante promoción interna temporal, a raíz de la jurisprudencia europea se produce un cambio de criterio en este sentido. Así inicialmente los Tribunales entendían que el tiempo de servicios prestados mediante promoción interna temporal en categoría superior conllevaban una consolidación de trienio en la categoría de origen en la que el personal estatutario ostentaba la plaza en propiedad, y aunque se obtuviera con posterioridad plaza fija en categoría superior previamente desempeñada mediante promoción interna temporal no cabía tener en cuenta ese periodo a efectos de la consolidación de los nuevos trienios en la categoría superior una vez obtenida la plaza fija, y todo ello, por entender que el artículo 35.2 del EM era claro en este sentido.

No obstante, consecuencia de la jurisprudencia europea recaída respecto del personal temporal, se produce un cambio de criterio y en este sentido son numerosas las sentencias han establecido lo siguiente.

Ahora bien, el derecho es evolutivo y no cabe duda de que, a partir de la interpretación uniforme y constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativo al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en el empleo público no puede haber discriminación entre el personal estatutario fijo y el personal estatutario temporal en lo que se refiere al cobro de la antigüedad. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Oviedo de 31 de mayo de 2016 (P.A. nº 129/2016) pone de relieve la incidencia de esta Directiva en el tema sometido a enjuiciamiento en términos que esta juzgadora no puede sino compartir plenamente. Así se recuerda:

...como señala el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de julio de 2015, Regojo Dans (C-177/14, EU:C:2015:450) resumiendo se jurisprudencia anterior: “En lo que atañe a los trienios, el Tribunal de

Justicia ya ha declarado que tales complementos salariales por antigüedad, reservados por el Derecho nacional únicamente al personal estatutario fijo de los servicios de salud, excluyendo al personal interino, a los profesores funcionarios de carrera de una Comunidad Autónoma, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, y a los profesores contratados doctores de una Comunidad Autónoma, excluyendo a los profesores ayudantes doctores, están incluidos en el concepto de “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco (véanse, en este sentido, las sentencias Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartados 47 y 48, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartados 50 a 58, y los autos Montoya Medina, C-273/10, EU:C:2011:167, apartados 32 a 34, y Lorenzo Martínez, C-556/11, EU:C:2012:67, apartado 37).- Ahora bien, puesto que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a trienios, como los controvertidos en el litigio principal, que éstos son condiciones de trabajo, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden, sin que exista justificación objetiva alguna, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable (véanse, en este sentido, las sentencias Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, apartados 42 y 47; Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, apartado 126, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819, apartado 53).

Ha de tenerse en cuenta que el plazo máximo para incorporar la Directiva al Derecho español terminó el 10 de julio de 2001.

Este nuevo contexto normativo y judicial europeo es el que ha determinado que el artículo 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido fue aprobado en virtud del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, haya establecido una equiparación plena en cuanto se refiere al cobro de trienios entre el personal estatutario fijo y el temporal. Observándose una contradicción patente entre el artículo 35.2 de la Ley que aprueba el Estatuto marco y la Directiva 1999/70/CE, interpretada de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se impone con toda evidencia la necesidad de inaplicar la norma legal y de adoptar una interpretación de la legislación española de conformidad con lo dispuesto en la Directiva que evite tal discriminación. De modo que en este caso, ha de considerarse que las Resoluciones administrativas son contrarias

a Derecho y, en consecuencia, nulas por vulnerar los límites establecidos en la Directiva.” A idénticas conclusiones llega la STSJ Madrid en la sentencia de 7-11-2014 (rec 1096/2014) invocando la eficacia directa de las disposiciones de la Directiva: “al aplicar el derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional a la hora de interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que persigue la misma y de esta forma atenerse al art 189.3 del Tratado CE (actualmente art 249 Tce, párrafo tercero).

De este modo, una primera evolución jurisprudencial estableció que una vez obtenida plaza fija en categoría superior, previamente desempeñada mediante promoción interna temporal, debía tomarse en consideración el tiempo prestado mediante promoción interna temporal a efectos de consolidar los nuevos trienios en la categoría superior ahora ostentada en propiedad como personal estatutario fijo (sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Oviedo, de 28 de junio de 2016; sentencia 29 de julio de 2016, del juzgado de lo contencioso administrativo nº 6 de Oviedo o sentencia de 22 de diciembre de 2016 del juzgado de lo contencioso administrativo nº 5 de Oviedo, entre otras).

Pero a mayores, la jurisprudencia evolucionó hasta el punto de establecer que incluso aunque no se obtenga plaza en propiedad en la categoría superior, desempeñada mediante promoción interna temporal, se debe reconocer, sin más, el derecho a consolidar los trienios en dicha categoría superior desempeñada mediante promoción interna temporal. A estos efectos resulta relevante lo establecido en numerosas sentencias, y en concreto en la sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo nº 4 de Oviedo, de 31 de mayo de 2016, que viene a establecer que “Una norma legal como el artículo 35.2 que pervive en el EM se debe precisamente a la secular discriminación, en cuanto al cobro de la antigüedad, entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos y sus equivalentes en el resto del empleo público.

En este caso la justificación de la discriminación beneficiaba en su día al personal estatutario fijo dado que el personal temporal no podía cobrar trienios. Sin embargo, resulta claro que cuando el personal temporal cobra los trienios resulta un sinsentido jurídico que el personal interino que en origen es personal fijo no tenga derecho a percibir tales trienios sino los que correspondería a su categoría de origen (...). Por esa razón y dado que se observa una contradicción patente entre el artículo 35.2 del EM y la

Directiva 1999/70/CE, interpretada de conformidad con la jurisprudencia europea, se impone con toda evidencia la necesidad de inaplicar la norma legal y de adoptar una interpretación de la legislación española conforme a la Directiva que evite dicha discriminación.” De este modo, la sentencia reconoce al actor el abono de las diferencias salariales dejadas de percibir por los trienios consolidados en categoría de origen y los que le hubiera correspondido percibir en la categoría superior desempeñada mediante promoción interna temporal, si bien se aplica, lógicamente, el plazo de prescripción de un año anterior a la fecha de presentación de la solicitud, y todo ello en virtud de la D.A. 3^a del Real Decreto 1181/1989, de 29 de septiembre, por el que se dictan normas de aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública al personal estatutario del Instituto Nacional de Salud.

Aludiremos a otra cuestión en el que la normativa europea ha justificado la estimación de recursos en vía contencioso administrativa. En la relativa al personal de cupo cuyos trienios consolidados anteriores a 1987 diferían en cuantía en función de si se trata de personal temporal o fijo (cobraban un 10% más en concepto de “premio de antigüedad”) puesto que así se recogía normativamente. Los pronunciamientos judiciales (por ejemplo Sentencia 151/2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº4 de Oviedo) consideraron que esta discriminación es contraria a lo dispuesto en la Directiva y que en consecuencia procede reconocer las diferencias retributivas entre el percibo de la antigüedad del personal fijo de cupo y el temporal.

A modo de conclusión, me gustaría indicar que estas nuevas sentencias implicarán un cambio de rumbo en la gestión de personal de los sistemas públicos de salud. En primer lugar, en los próximos tiempos va a generarse un desembolso económico para afrontar el pago derivado del sistema de carrera profesional que en un principio iba orientado sólo al personal con una vinculación fija, al menos en Asturias. Otro exponente del impacto de este cambio se observa en la redacción del artículo 19 del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado. En el título III dedicado a “Gastos de Personal”, en concreto artículo 19, encontramos dos medidas que creo derivan directamente del sentido de las últimas sentencias. En primer lugar, se contempla una tasa de reposición de hasta el 100% en varios sectores, entre ellos el sanitario por lo que parece que se quiere paliar de manera efectiva el enorme porcentaje de

temporalidad. En segundo lugar, el polémico artículo 19.2 que empieza estableciendo la excepcionalidad en la contratación de personal temporal y continúa estableciendo lo siguiente: “La duración del contrato o del nombramiento no podrá ser superior a tres años, sin que puedan encadenarse sucesivos contratos o nombramientos con la misma persona por un período superior a tres años, circunstancia esta que habrá de quedar debidamente reflejada en el contrato o nombramiento” establece a su vez un claro aviso a los gestores cuando establece: “Las actuaciones irregulares en esta materia por parte de los órganos de personal competentes de cada una de las Administraciones Públicas y de las entidades que conforman su sector público institucional darán lugar a la exigencia de responsabilidades de acuerdo con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”. Esta última redacción está generando gran malestar en las organizaciones sindicales, habrá que esperar a conocer la redacción definitiva de este artículo puesto que ya se anuncian movilizaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, De Diego Porras).
- Rafael López Parada: “Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del TJUE en el asunto C596/14, de Diego vs Ministerio de Defensa” Jurisdicción Social.
- Boletín Oficial de las cortes Generales 6 de abril de 2017.