

INCIDÈNCIA DE LA NORMATIVA I JURISPRUDÈNCIA COMUNITÀRIA I DE LA PROTECCIÓ DE DADES EN LES RELACIONS LABORALS DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

David Ordóñez Solís

Magistrado de lo contencioso-administrativo
Doctor en Derecho
Miembro de la Red de Expertos
en Derecho de la Unión Europea
del Consejo General del Poder Judicial

1. INTRODUCCIÓN	2
2. LOS EMPLEADOS PÚBLICOS, LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA	2
a) La libre circulación de personas y trabajadores y los derechos de los empleados públicos en el mercado único europeo	3
1. La nacionalidad de los empleados públicos solo puede exigirse en determinados supuestos restrictivamente fijados.....	3
2. La libre prestación de servicios y el reconocimiento de diplomas obtenidos en la Unión europea para acceder al empleo público.....	4
3. El reconocimiento y la adquisición de experiencias profesionales en la Unión Europea (sentencia <i>Schöning-Kougebetopoulou</i>).....	5
b) La armonización de las legislaciones nacionales y los derechos de los empleados públicos	6
1. La Directiva contra la discriminación y el empleo público: los límites de edad (sentencia <i>Wolf</i>)	6
2. La Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo: el derecho a las vacaciones (sentencia <i>Domínguez</i>) y la indemnidad e indemnización por exceso en la jornada máxima (sentencias <i>Fuß</i>).....	8
3. La Directiva sobre trabajo temporal: empleados públicos fijos y temporales (sentencias <i>Adeneler, Huet y Valenza</i>).....	10
4. La Directiva sobre igualdad de sexos, el despido de empleadas públicas y el permiso parental (sentencia <i>Riežniece</i>).....	12
3. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS DE LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS.....	13
a) La aplicación del Derecho de la Unión Europea a los empleados públicos (efecto directo, primacía y derecho de indemnización).....	13
b) El estatuto del empleado público y los casos ‘españoles’ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	14
1. La distinción entre funcionarios y laborales no es contraria al Derecho de la Unión Europea.....	14
2. El acceso y la promoción en el empleo público en España están protegidos por las libertades económicas fundamentales.....	15
3. La jornada y las vacaciones de los empleados públicos deben interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión.....	16
4. La equiparación de los derechos de los empleados públicos de carrera y temporales (trienios y sexenios)	17
5. La garantía en caso de traspaso de empresas se aplica en ocasiones a los empleados públicos	21
4. CONCLUSIÓN.....	21
RELACIÓN DE SENTENCIAS ‘ESPAÑOLAS’ DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EMPLEADOS PÚBLICOS	22

1. INTRODUCCIÓN

Un camello es un caballo después de haber pasado por un comité... de Bruselas. Esta celebrada forma de ver la integración europea podría aplicarse al modo sustancial en que ha resultado afectado el estatuto de los empleados públicos por el Derecho de la Unión Europea a pesar de que inicialmente el artículo 48.4 del Tratado CEE (el vigente artículo 45.4 TFUE) decía con claridad: «Las disposiciones del presente artículo [que consagra la libre circulación de los trabajadores en el mercado común] no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

El punto de partida es la distinción entre los empleados públicos nacionales y los empleados de la Unión Europea. Sin perjuicio de una intensa y no siempre transparente relación de los funcionarios nacionales con los eurofuncionarios, estos han disfrutado de un estatuto autónomo más cercano al estatuto de las tradicionales organizaciones internacionales que a los estatutos de los empleados nacionales. En realidad, tienen un régimen especial sometido en exclusiva al Derecho de la Unión y que es objeto de control jurisdiccional por el Tribunal de la Función Pública, integrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Del mismo modo que ocurre en otros ámbitos del Derecho europeo, como el régimen de contratación pública, parece coherente sostener que los eurofuncionarios deberían beneficiarse y quedar sometidos al mismo régimen de las libertades económicas fundamentales y de la armonización de las legislaciones sociales.

El desarrollo del mercado común en los años 70 y 80, la amplia armonización de las legislaciones sociales en los años 90 y la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión en 2000 han permitido que el Tribunal de Justicia elabore una jurisprudencia protectora de los derechos a favor de los empleados públicos lo que, de algún modo y de manera imprevisible, permite una cierta convergencia de los estatutos nacionales de los empleados públicos. Al mismo tiempo se aprecia, como ocurre también en los distintos Derechos nacionales, una innegable convergencia del estatuto de los empleados públicos y de los trabajadores en general, independientemente de su configuración específica incluso dentro de cada uno de los Estados miembros.

En España el vigente Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado en 2007, mantiene ciertas diferencias entre los distintos tipos de empleados al servicio de las administraciones, sean funcionarios, estatutarios o laborales. En cambio y paradójicamente, la jurisprudencia europea, especialmente la provocada por las cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles al Tribunal de Justicia, está suponiendo importantes cambios que contribuyen a consolidar un régimen común y convergente en cuestiones relativas al acceso al empleo, la promoción profesional, la jornada, las vacaciones, etc., que, por lo general, es consecuencia, de la extensión de las garantías de los trabajadores a los empleados públicos sea cual sea la naturaleza de su relación de servicio con las Administraciones públicas.

En una primera parte intento explicar cuáles son los ámbitos legislativos europeos que más han afectado al empleo público haciendo referencia a algunos supuestos jurisprudenciales especialmente significativos. De esta manera pretendo exponer el alcance del acervo europeo derivado de la realización del mercado europeo y de las armonizaciones sociales en el régimen de los empleados públicos y su evolución más inmediata. En una segunda parte analizo de modo más específico la jurisprudencia europea tal como se ha aplicado judicialmente en relación con los empleados públicos españoles. Con este examen casuístico y singularizado podrán verse los matices que supone la aplicación del Derecho de la Unión Europea a los empleados públicos en España.

2. LOS EMPLEADOS PÚBLICOS, LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Los dos ámbitos más relevantes del ordenamiento de la Unión Europea para el régimen de los empleados públicos están vinculados a la libre circulación en el mercado único y a la armonización de las legislaciones sociales.

En primer lugar, los empleados públicos se benefician de las libertades económicas fundamentales que les permiten moverse por el mercado único europeo sin traba alguna. Cada vez hay más ciudadanos que nacen en un país, estudian en otro y terminan como empleados de una administración o un organismo público en el ámbito de la educación o de la sanidad de cualquier otro país de la Unión o de regreso a su propio país de origen. Pues bien, de la jurisprudencia europea se deduce que tales circunstancias de movilidad en el mercado común no pueden tener efectos disuasorios. Esto significa que el acceso al empleo, el reconocimiento de diplomas o las experiencias profesionales de los empleados públicos no pueden limitarse por razón de la nacionalidad o por haberse desplazado o provenir tal empleado público de otro Estado miembro.

En segundo lugar, la Unión Europea ha adoptado numerosas directivas de armonización de las legislaciones que afectan a los trabajadores pero que por lo general también se aplican a los empleados públicos. Tal es el caso notorio, por citar las más relevantes en esta materia, de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo o, en fin, la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

a) La libre circulación de personas y trabajadores y los derechos de los empleados públicos en el mercado único europeo

Las libertades económicas fundamentales que hacen posible el mercado único europeo han terminado afectando inevitablemente a los empleados públicos en la medida en que también estos empleados se mueven dentro del mercado único europeo cuando intentan trabajar en otros Estados miembros, o cuando obtienen títulos y diplomas, o como consecuencia de haber trabajado para otras administraciones nacionales y pretenden el reconocimiento de la antigüedad en la actual administración y organismo público.

1. La nacionalidad de los empleados públicos solo puede exigirse en determinados supuestos restrictivamente fijados

La discriminación por razón de la nacionalidad es muy sospechosa de vulnerar el Derecho de la Unión. Y esta regla se aplica también para el caso de los empleados públicos y para la excepción del vigente artículo 45.4 TFUE conforme al cual: «Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

El Tribunal de Justicia ha establecido su propio concepto de trabajador y de empleo en la administración pública hasta el punto de que: «en caso de que la cláusula de excepción que figura en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no contenga ninguna distinción en relación con los empleos en la Administración Pública, carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, así como si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado. Tales calificaciones jurídicas, en efecto, varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho de la Unión».

Precisamente, el Tribunal de Justicia lo ha recordado respecto de una profesión muy particular pero típicamente funcional en el continente europeo, la de notario. Pues bien, el acceso a la profesión de notario está abierto a los ciudadanos de la Unión tal como lo ha constatado el Tribunal de Justicia en siete sentencias de 24 de mayo de 2011 en las que declara el incumplimiento de Bélgica, Francia, Luxemburgo, Portugal, Austria, Alemania y Grecia.

En estas sentencias el Tribunal de Justicia considera que al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario estos Estados miembros habían vulnerado el Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia analiza el alcance del concepto de ejercicio del poder público y si las actividades encomendadas a los notarios en los distintos ordenamientos nacionales encajan en ese concepto.

Por ejemplo y respecto del Derecho belga el Tribunal de Justicia considera que las siguientes funciones notariales no están relacionadas con el ejercicio del poder público: autenticación de documentos, ejecución de embargos de bienes inmuebles, ventas de inmuebles, formación del inventario de sucesiones, colocación y levantamiento de precintos, división judicial de bienes, formalización en documento notarial, bajo pena de nulidad, de determinados negocios jurídicos como las donaciones inter vivos, los testamentos, las capitulaciones matrimoniales y los contratos que rigen la situación de las parejas de hecho, o la constitución de sociedades y fundaciones, ni la recaudación de determinados impuestos (apartado 123).

Ahora bien y con anterioridad el Tribunal de Justicia había tenido ocasión de configurar el concepto de funcionario que estaba al margen de las libertades económicas fundamentales. Así, en la sentencia relativa al acceso a puestos de funcionario o empleado en las empresas públicas de distribución de agua, gas y electricidad en Bélgica el Tribunal de Justicia precisó: «un Estado miembro no puede exigir, con carácter general, un requisito de nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en los sectores de que se trata sin sobrepasar los límites de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado».

Y seguidamente subrayó: «para aplicar plenamente los principios de libre circulación de trabajadores y de igualdad de trato en el acceso al empleo, el Reino de Bélgica estaba obligado a abrir a los nacionales de otros Estados miembros los sectores de que se trata, limitando la aplicación del requisito de nacionalidad exclusivamente al acceso a empleos que implican realmente una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas» (apartado 20).

Y prácticamente en los mismos términos la sentencia de 2 de julio de 1996 el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento por parte de Luxemburgo de la libre circulación de trabajadores aplicada a los empleos en los sectores públicos de investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres y correos y telecomunicaciones, y en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad. En este caso el Tribunal de Justicia recordó otros casos similares a los que no les era aplicable la excepción de la libre circulación: los profesores en período de prácticas, los lectores de lenguas extranjeras ni los profesores de enseñanza secundaria (apartado 33).

2.La libre prestación de servicios y el reconocimiento de diplomas obtenidos en la Unión europea para acceder al empleo público

Superado el obstáculo de la nacionalidad, la siguiente barrera para acceder al empleo público en los distintos Estados miembros es la de presentar los títulos y diplomas exigidos. Solo como recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia me refiero a tres sentencias significativas.

En la sentencia Rubino el Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial del Tribunal administrativo regional del Lazio. En este caso un profesor italiano de Oceanografía había obtenido su habilitación en la Facultad de Ciencias Geofísicas de la Universidad de Hamburgo pero al intentarlo en la universidad de Venecia, el Ministerio italiano se lo denegó aduciendo que en Italia la profesión de docente universitario no constituye una profesión regulada, al referirse a personal contratado mediante un procedimiento de selección en el que es posible participar sin necesidad de poseer un determinado título de estudios. Aun cuando efectivamente el Tribunal de Justicia consideró que tal profesión no debe ser considerada una profesión regulada, en el sentido de la Directiva 2005/36, las libertades económicas fundamentales, es decir, «los artículos 39 CE y 43 CE exigen que las cualificaciones obtenidas en otros Estados miembros sean reconocidas en su justo valor y debidamente tenidas en cuenta en el marco de un procedimiento de este tipo» (apartado 36).

En la sentencia Beuttenmüller una maestra austriaca pretendía ejercer la docencia en las escuelas públicas del Land de Baden-Württemberg pero las autoridades alemanas rechazaron la equiparación de su título al título alemán y no le reconocieron una determinada categoría profesional. Sin embargo, el Tribunal de Justicia reconoció, en aplicación de las Directivas relativas a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior y de

formaciones profesionales, que la capacitación para la profesión docente obtenida en Austria sobre la base de una formación de dos años es equiparable a un título si las autoridades alemanas certifican que el diploma obtenido tras una formación se considera equivalente al diploma concedido en Alemania y confiere, en Alemania, los mismos derechos por lo que respecta al acceso a la profesión docente o a su ejercicio (apartado 45). Esta previsión de la Directiva tiene efecto directo y puede ser invocada por los particulares frente a las autoridades nacionales.

En fin, en la sentencia Peñarroja Fa se planteaba el ejercicio de la libre prestación de servicios en cuanto se refiere a la posibilidad de que un traductor residente en Barcelona pudiese ser incluido en una lista de peritos judiciales ante tribunales de París. El Tribunal de Justicia considera que el artículo 56 TFUE se opone a que para figurar en la lista nacional de peritos judiciales en calidad de traductor sea preciso acreditar haber estado inscrito durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales elaborada por un determinado tribunal, para lo cual se debe tener debidamente en cuenta la cualificación adquirida por dicha persona y reconocida en otro Estado miembros para determinar si dicha cualificación puede equivaler, y de ser así en qué medida, a las competencias que normalmente se espera encontrar en una persona que ha estado inscrita durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales elaborada por un tribunal francés.

3. El reconocimiento y la adquisición de experiencias profesionales en la Unión Europea (sentencia Schöning-Kougebetopoulou)

Una vez traspasada la barrera del acceso al empleo público, se plantea la cuestión del reconocimiento de experiencias profesionales adquiridas en otros Estados miembros y que tienen efectos en la retribución de tales empleados.

En la sentencia Schöning-Kougebetopoulou se planteaba la clasificación profesional de una médica especialista, de nacionalidad griega y empleada por la ciudad de Hamburgo. En su sentencia, el Tribunal de Justicia hace derivar del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores la garantía de «la igualdad de trato de los trabajadores nacionales de los demás Estados miembros con respecto a cualquier cláusula de un Convenio Colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente, en particular, a la retribución» (apartado 12).

Asimismo, el tribunal de Justicia deja claro que la excepción establecida el Tratado constitutivo (antiguo artículo 48.4 Tratado CE y vigente artículo 45.4 TFUE) se refiere únicamente al acceso de nacionales de otros Estados miembros a determinadas funciones en la Administración Pública pero «no a las actividades de médico especialista, que no implican participación alguna, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas» (apartado 13).

En definitiva, el Tribunal de Justicia le explica al tribunal alemán que la libre circulación de trabajadores se opone a un convenio colectivo aplicable a la ciudad de Hamburgo que prevé para sus empleados un ascenso por antigüedad después de ocho años de actividad en un grado retributivo determinado y no tiene en cuenta los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en la Administración Pública de otro Estado miembro (apartado 14).

La sentencia Köbler es una de las más conocidas de la jurisprudencia europea porque se refiere a la responsabilidad de los tribunales nacionales por la violación del Derecho europeo. Gerhard Köbler era catedrático de universidad en Innsbruck y solicitó el complemento especial por antigüedad de los profesores universitarios al amparo de una ley austriaca alegando que cumplía el requisito de antigüedad si se tenía en cuenta la duración de sus servicios en universidades alemanas. Sin embargo, los tribunales austriacos interpretaron su Derecho en términos contrarios a la jurisprudencia europea. Por eso, el Sr. Köbler reclamó la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por sentencias judiciales que violaban el Derecho europeo. Sin embargo, después de reconocer el Tribunal de Justicia que los tribunales austriacos habían vulnerado el Derecho europeo consideró que tal violación no era manifiesta y no procedía la indemnización de los daños y perjuicios causados.

En la sentencia Kranemann se resuelve la cuestión de las dietas devengadas por un funcionario en prácticas del Land de Renania del Norte-Westfalia que realizaba su formación en Londres. Sin embargo y en aplicación de la legislación alemana se rechazó una solicitud de reembolso de los gastos ocasionados por el viaje de ida y vuelta de su domicilio en Aquisgrán hasta Londres dado que solo reconocía los gastos hasta la frontera alemana, precisamente situada en Aquisgrán.

El Tribunal de Justicia aplica el principio de libre circulación de trabajadores y considera que no se aplica la excepción del artículo 48.4 TCE «en la medida en que, como en el presente caso, el funcionario en prácticas efectúa una parte de su período de prácticas fuera del sector público, basta recordar que el concepto de ‘empleos en la administración pública’ no abarca los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado». Y tampoco considera que este caso «se encuentre fuera del ámbito de aplicación del Tratado por constituir una situación puramente interna de un Estado miembro» dado que «las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro» (apartado 25).

En definitiva y a juicio del Tribunal de Justicia, «las disposiciones nacionales que impiden o disuaden a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente, obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados» (apartado 25).

b) La armonización de las legislaciones nacionales y los derechos de los empleados públicos

Si bien la libre circulación de trabajadores no se aplica plenamente a todos los empleados públicos, por lo general las directivas de armonización de las legislaciones nacionales que protegen a los trabajadores no excluyen de su ámbito de aplicación a los empleados públicos. Esto determina que sea frecuente que los avances sociales de los trabajadores en virtud del Derecho social europeo se invoquen por todo tipo de empleados públicos y así se reconozcan sin mayores problemas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Eso es lo que ha ocurrido en la interpretación de la Directiva que lucha contra todo tipo de discriminación, la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, la Directiva sobre trabajo de duración determinada o, en fin, la Directiva sobre el permiso parental.

1. La Directiva contra la discriminación y el empleo público: los límites de edad (sentencia Wolf)

La Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación también se aplica a los empleados públicos. La protección alcanza a toda discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual; que, en términos aún más amplios ampara el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que proscribe la discriminación por razón de de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, así como la basada en la nacionalidad.

Me voy a referir, solo y a título de ejemplo, a la discriminación en el acceso al empleo público basada en la edad. Como señala la sentencia Mangold: «corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contrarias».

En efecto, la edad se convierte en un importante factor de discriminación, tanto por arriba como por abajo. En cuanto a los límites de edad por abajo el Tribunal de Justicia examina en la sentencia Wolf si está justificado que la legislación alemana fije una edad máxima de 30 años para ser bombero; y en otra sentencia resuelve un recurso de incumplimiento presentado contra Hungría imponiendo los 62 años para la jubilación obligatoria de los jueces, fiscales y notarios.

En el asunto Wolf el Tribunal Administrativo de Fráncfort del Meno se planteaba si el límite de edad de 30 años para acceder al servicio técnico medio de bomberos era conforme con la Directiva 2000/78.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que esta Directiva 2000/78 se aplica «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional» (apartado 34).

A la hora de analizar el caso concreto, el límite de edad de 30 años para el acceso al servicio técnico medio de bomberos, el Tribunal de Justicia comprueba que «para determinadas intervenciones, requiere una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tienen los funcionarios más jóvenes y que deben cumplir durante un período de tiempo relativamente largo de su carrera.

A tal efecto comprueba si la diferencia de trato por razón de la edad contenida en la legislación alemana está justificada para lo que examina si la aptitud física es una característica vinculada a la edad y si constituye un requisito profesional esencial y determinante para la actividad profesional de que se trata o para su ejercicio, siempre y cuando el objetivo perseguido por dicha normativa sea legítimo y el referido requisito, proporcionado.

Finalmente, el Tribunal de Justicia observa que los bomberos participan en la extinción de incendios, el salvamento de personas, las tareas relacionadas con la protección del medio ambiente, el salvamento de animales y la protección frente a animales peligrosos, así como en tareas de apoyo como el mantenimiento y control de los equipos de protección y los vehículos de intervención, por lo que deben disponer de una capacidad física particularmente importante y esto puede considerarse una exigencia profesional esencial y determinante para el ejercicio de la profesión de bombero que justifique fijar una edad máxima.

Asimismo, el Tribunal de Justicia considera que muy pocos funcionarios de más de 45 años tienen la capacidad física suficiente para ejercer su actividad en el ámbito de la extinción de incendios por lo que la necesidad de disponer de plena capacidad física para ejercer la profesión de bombero guarda relación con la edad de los miembros de dicho servicio.

En fin, al analizar si es proporcionada la normativa alemana que fija en 30 años la edad máxima para la contratación de funcionarios que dispongan de una importante capacidad física que permita el ejercicio de la profesión de bombero, el Tribunal de Justicia concluye que tal límite es adecuado para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales y, por otra, no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Por otra parte, la discriminación por edad en relación con la jubilación es examinada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Comisión / Hungría (C-286/12) donde declara que Hungría incumple la Directiva 2000/78 al imponer la jubilación obligatoria de jueces, fiscales y notarios a los 62 años.

Por una parte, el Tribunal de Justicia se refiere a la motivación de la legislación húngara y, aun cuando reconoce que la falta de indicación en la norma nacional del objetivo que pretende alcanzarse no supone excluir automáticamente la posibilidad de que esté justificada a la luz, estima que debe atenderse a «otros elementos propios del contexto general de la medida en cuestión permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el

ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo» (apartado 58).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia admite como causas para justificar excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad los objetivos de política social y, en particular, los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional.

A tal efecto, el Tribunal europeo examina si las medidas son proporcionadas, es decir, si constituyen medios adecuados y necesarios para alcanzar los dos objetivos señalados por Hungría: la uniformización de los límites de la edad de cese obligatorio de la actividad en las profesiones de la función pública y el establecimiento de una estructura por edades más equilibrada que facilite el acceso de jóvenes juristas a las profesiones de juez, fiscal o notario.

Ahora bien, a juicio del Tribunal de Justicia establecer una jubilación obligatoria a los 62 años no está justificado dado que hasta ahora los afectados por la nueva legislación húngara podían permanecer en sus funciones hasta los 70 años, «lo que les hizo albergar la esperanza fundada de que permanecerían en sus funciones hasta esa edad» y la legislación húngara supuso «un descenso abrupto y considerable del límite de la edad de cese obligatorio de la actividad, sin prever medidas transitorias que protegieran la confianza legítima de las personas afectadas» (apartado 68). Además, esto supone que «las personas afectadas abandonan forzosa y definitivamente el mercado de trabajo sin haber tenido tiempo de tomar las medidas, en particular de naturaleza económica y financiera, que tal situación requiere, habida cuenta de que, por una parte, [...] su pensión de jubilación es al menos un 30 % inferior a su remuneración y, por otra parte, el cese de la actividad no tiene en cuenta los períodos de cotización, por lo que no está garantizado el derecho a una pensión completa» (apartado 70).

2. La Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo: el derecho a las vacaciones (sentencia Domínguez) y la indemnidad e indemnización por exceso en la jornada máxima (sentencias Fuß)

La Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo se ha aplicado en términos especialmente protectores respecto de determinados empleos públicos. Conviene referirse a dos aspectos esenciales como son el derecho a las vacaciones anuales y los límites máximos semanales de la jornada de trabajo.

El derecho a las vacaciones, aplicable también a los empleados públicos, está consagrado por la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo y por el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión y han merecido una interpretación muy interesante del Tribunal de Justicia.

Así se proclama en la sentencia Schultz-Hoff y Stringer: «el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva [...] relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo».

El caso que utilizaré para ilustrar su aplicación a los empleados públicos es la sentencia Domínguez que resuelve el caso de Maribel Domínguez, contratada por un organismo público francés dependiente de la prefectura de Centre, que sufrió un accidente in itinere y estuvo de baja laboral desde el 3 de noviembre de 2005 hasta el 7 de enero de 2007, por lo que reclamó las vacaciones que no pudo disfrutar durante ese periodo.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que la regulación francesa que supeditaba el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de devengo de tales vacaciones era contraria al Derecho de la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se refiere al contenido mínimo del derecho a las vacaciones que establece del modo siguiente «no puede restringirse el derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas que tiene todo trabajador, con independencia de que éste haya estado de baja médica durante dicho período de devengo ya sea a causa de un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya a causa de una enfermedad de la naturaleza u origen que sea» (apartado 30). Sobre este particular, el Tribunal de Justicia reitera la conocida jurisprudencia sobre el efecto directo, la interpretación conforme y la responsabilidad por infracción de las directivas.

Por último, el Tribunal de Justicia admite que los Estados miembros establezcan que el derecho a vacaciones anuales retribuidas varíe en función del origen de la baja médica del trabajador, siempre que sea igual o superior al período mínimo de cuatro semanas.

En términos similares se plantea la interpretación de la Directiva 2003/88/CE en la sentencia Neidel relativa a los bomberos de la ciudad de Fráncfort. En primer lugar el Tribunal de Justicia considera que esta Directiva se aplica a los bomberos. Y, en segundo lugar, puntualiza: «el funcionario tiene derecho, en el momento de su jubilación, a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el hecho de no haber ejercido sus funciones a causa de una enfermedad» (apartado 32).

La Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo establece un máximo de jornada cuyo incumplimiento está protegido por el Derecho de la Unión como revela el asunto Fuß. Se trata de un litigio entre un bombero y la ciudad alemana de Halle que discutían ante el Tribunal administrativo el alcance de la protección de esta Directiva. El empleado denunciaba que había sido trasladado forzosamente a otro servicio por haber reclamado la realización de una jornada de trabajo conforme con la Directiva y reclamaba la reparación del daño sufrido.

En la sentencia Fuß I el Tribunal de Justicia se autoplantea la cuestión de si la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo permite que un empresario del sector público decida el traslado forzoso a otro servicio de un trabajador que presta sus servicios como bombero en un servicio de intervención por el hecho de que este haya solicitado el cumplimiento, dentro de este último servicio, de la duración media máxima de trabajo semanal prevista en dicha disposición, cuando dicho trabajador no sufra ningún perjuicio derivado de ese traslado.

En este caso, el Tribunal de Justicia recuerda que la duración máxima de trabajo semanal, incluyendo los servicios de guardia, no puede superar las 48 horas. Y esta previsión de la Directiva se aplica también a «las actividades desarrolladas por las fuerzas de intervención de un servicio público de bomberos –exceptuando el caso de que concurren circunstancias excepcionales de una gravedad y una magnitud tales que requieran que el objetivo de lograr el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de los intereses públicos prevalezca provisionalmente sobre el objetivo de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores destinados a los equipos de intervención y socorro» (apartado 44 de la sentencia Fuß I).

Así pues, el mero hecho de sobrepasar este límite supone un perjuicio al empleado «en la medida en que priva al trabajador de este descanso, le causa, por sí mismo, un perjuicio por cuanto, de este modo, ve mermadas su seguridad y su salud» (apartado 54 de la sentencia Fuß I). Y este límite establecido en la Directiva goza, asimismo, de efecto directo.

En consecuencia, el traslado forzoso del empleado público supone un incumplimiento de la Directiva en su dimensión de ‘garantía de indemnidad’, por utilizar la terminología del Tribunal Constitucional español. A tal efecto, el Tribunal de Justicia argumenta:

el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sancionado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tiene, según el artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, «el mismo valor jurídico que los Tratados», quedaría privado en lo esencial de su eficacia si un empresario, como reacción a una reclamación o al hecho de emprender acciones judiciales por parte de un trabajador con el fin de que se cumplan las disposiciones de una Directiva dirigidas a proteger su seguridad y su salud, pudiera adoptar una medida como la

controvertida en el litigio principal. En efecto, el temor a una medida de represalia de estas características y contra la que no se pudiera ejercitar ninguna acción judicial podría disuadir a los trabajadores que se considerasen perjudicados por una medida adoptada por su empresario de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y, por tanto, podría poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la Directiva (apartado 66).

Seguidamente y como consecuencia de las cuestiones prejudiciales remitidas por el mismo Tribunal administrativo de Halle en la sentencia Fuß II el Tribunal de Justicia analiza si es procedente una indemnización y llega a la conclusión de que, por haber realizado como bombero una jornada de trabajo semanal media que excedía las 48 horas podía invocar el Derecho de la Unión para exigir la responsabilidad de las autoridades alemanas con el fin de obtener la reparación del daño sufrido como consecuencia de la violación de la Directiva.

Los requisitos para obtener la indemnización son bien conocidos: «que la norma de Derecho de la Unión infringida tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares» (apartado 47 de la sentencia Fuß II).

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que se cumple el primer requisito dado que la obligación que impone la Directiva 2003/88 de un límite máximo del tiempo de trabajo semanal del que debe disfrutar todo trabajador «constituye una regla de Derecho social de la Unión que reviste especial importancia, cuyo alcance no puede quedar sujeto a condición o restricción alguna, y que confiere a los particulares derechos que pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales» (apartado 49).

En segundo lugar y a juicio del Tribunal de Justicia, en este caso la violación estaba suficientemente caracterizada al producirse un incumplimiento por la legislación alemana con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (apartado 58).

Del mismo modo, la reparación a cargo de las autoridades de los Estados miembros de los daños que han causado a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión debe ser adecuada al perjuicio sufrido. En consecuencia y a falta de otra regulación europea, la reparación puede consistir en la concesión de un tiempo de descanso adicional o en el reconocimiento de una indemnización económica.

3. La Directiva sobre trabajo temporal: empleados públicos fijos y temporales (sentencias Adeneler, Huet y Valenza)

En numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia ha reconocido amplios efectos a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada aplicable al régimen del empleo público.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que esta Directiva se aplica a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

En la sentencia O'Brien, aun cuando se refiere a la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial y su aplicación a los jueces, en este caso en lo que se refiere a su jubilación, resulta útil para la determinación mutatis mutandis del ámbito personal de aplicación de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada. En el Reino Unido los jueces a tiempo parcial no tienen derecho a la jubilación y por eso el Tribunal Supremo británico le pregunta al Tribunal de Justicia si los jueces son trabajadores y si puede distinguirse entre jueces a tiempo completo y a tiempo parcial.

Sobre la primera cuestión, el Tribunal de Justicia aclara, por una parte, que «el hecho de que los jueces estén sometidos a modalidades de servicio y de que puedan ser considerados trabajadores [...] en modo alguno lesiona el principio de independencia del poder judicial ni la facultad de los Estados miembros de establecer un régimen jurídico específico que regule la magistratura (apartado 47).

Y seguidamente el Tribunal de Justicia establece una serie de pautas que permitirían determinar si este tipo de jueces son trabajadores a tiempo parcial a los efectos de aplicar la Directiva

(modalidades de nombramiento y de separación de los jueces, modo de organizar su trabajo, derecho a la indemnización por enfermedad, a las prestaciones por maternidad y por paternidad y a otras prestaciones similares). De modo que el Tribunal de Justicia considera que corresponde a cada Estado miembro determinar si los jueces están incluidos en el concepto de trabajador a tiempo parcial, «siempre que ello no lleve a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del beneficio de la protección brindada por la Directiva 97/81» (apartado 42).

Ya en lo que se refiere a la interpretación de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada, el Tribunal de Justicia señala en la sentencia Adeneler referida al cese de empleados de la Agencia Helénica de la Leche que habían sido contratados como mediante contratos temporales sucesivos: «la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican igualmente a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público».

Al mismo tiempo el Tribunal de Justicia considera que: «la utilización de contratos de trabajo de duración determinada sin otra base que una norma legal o reglamentaria de carácter general, no relacionada con el contenido concreto de la actividad de que se trate, no permite extraer criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto» (apartado 74). Por esto, el Tribunal de Justicia exige que «la normativa nacional justifique la utilización de este tipo particular de relaciones laborales por la existencia de factores concretos, derivados principalmente de la actividad de que se trate y de las condiciones en que ésta se desarrolla» (apartado 75).

En este caso el Tribunal de Justicia constató que la Directiva se oponía a la normativa griega que considera que únicamente deben calificarse de «sucesivos» los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a veinte días laborables (apartado 89).

La solución que da el Tribunal de Justicia es que el juez no debe aplicar una normativa como la griega que «impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a ‘necesidades permanentes y duraderas’ del empleador y deben considerarse abusivos» (apartado 105).

La sentencia Huet se dicta respecto de un litigio que enfrentaba a un profesor que había sido contratado en los últimos seis años como investigador mediante contratos sucesivos por una universidad bretona y que le propuso celebrar un contrato de trabajo por tiempo indefinido para desempeñar funciones distintas de las de investigador, y con una retribución inferior a la que percibía anteriormente en virtud de los contratos de duración determinada.

La cuestión debatida gira en torno a la cláusula 5 del Acuerdo marco que exige que las legislaciones nacionales prevengan la utilización abusiva de contratos temporales sucesivos mediante, al menos, una de estas medidas: razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos, la duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada y el número de renovaciones.

En su respuesta al Tribunal administrativo de Rennes el Tribunal de Justicia recuerda: «no se puede considerar extraña al ámbito de aplicación del Acuerdo marco la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido» (apartado 37). Sin embargo, también precisa que «el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada» (apartado 38). Ahora bien, a juicio del Tribunal europeo, el Acuerdo marco impone un límite a la normativa nacional que prevé la transformación de los contratos temporales en indefinidos: «no está obligado a exigir, en el contrato de trabajo por tiempo indefinido, que se reproduzcan de modo idéntico las cláusulas principales que figuran en el contrato anterior. No obstante, para no lesionar los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 ni su efecto útil, dicho Estado miembro deberá velar por que la transformación de los contratos de trabajo de duración

determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos» (apartado 46).

En la sentencia Valenza el Tribunal de Justicia responde un reenvío prejudicial del Consejo de Estado italiano y considera que la Directiva se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral estén definidos por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro. En este sentido el Tribunal de Justicia considera que, aun cuando las recurrentes hubiesen adquirido la condición de trabajadoras fijas, no debe excluirse la posibilidad de que puedan invocar en determinadas circunstancias el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco (apartado 34).

En este caso se trataba de trabajadoras temporales de la autoridad italiana de la competencia que al ser contratadas como indefinidas no se les tuvo en cuenta la antigüedad ni la experiencia profesional adquirida. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia puntualizó: «Mientras que los períodos de servicios prestados como trabajadoras fijas se toman en consideración para determinar la antigüedad, y, por lo tanto, para fijar el importe de la retribución, no ocurre así con los prestados en calidad de trabajadoras con contrato de duración determinada, sin que, según ellas, se hayan examinado la naturaleza de las tareas efectuadas y las características inherentes a éstas».

En esta sentencia el Tribunal de Justicia señaló el carácter incondicional y suficientemente preciso de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco lo que permite que los particulares puedan invocarla frente a las autoridades nacionales y ante el juez a partir de la fecha en que expiró el plazo máximo de transposición de la Directiva.

Por tanto, el Tribunal de Justicia concluye que existe contradicción entre la Directiva 1999/70 y la legislación italiana «que excluye por completo la toma en consideración de períodos de servicio prestados por un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada en un organismo público para determinar la antigüedad de aquél con ocasión de su contratación por tiempo indefinido por este mismo organismo en calidad de funcionario de carrera en el marco de un procedimiento específico de estabilización de su relación de servicio, a menos que esta exclusión esté justificada por «razones objetivas», en el sentido de los apartados 1 y/o 4 de dicha cláusula. El mero hecho de que el trabajador con contrato de duración determinada haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación laboral de duración determinada no constituye tal razón objetiva».

4. La Directiva sobre igualdad de sexos, el despido de empleadas públicas y el permiso parental (sentencia Riežniece)

La aplicación de la igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos consagrados en el Tratado constitutivo se ha extendido a través de las distintas directivas de armonización de las legislaciones nacionales que, sin ninguna duda, se aplican también en el ámbito del empleo público.

Por referirse a una de las últimas decisiones del Tribunal de Justicia, la sentencia Riežniece interpreta la Directiva 76/207/CEE 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 en relación con la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

En este caso el Tribunal Supremo de Letonia le planteaba al Tribunal de Justicia si la amortización de un puesto de trabajo ocupado por una funcionaria que previamente había disfrutado de un permiso de maternidad constituía una discriminación indirecta. La funcionaria en cuestión había sido objeto de evaluación por un período que incluía el del permiso de maternidad y como consecuencia de dicha evaluación fue destinada a un puesto que finalmente fue amortizado.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia puntualizó, en primer lugar y por lo que se refiere a la evaluación profesional, que existen límites que impone el Derecho de la Unión y que se concretan en estos términos: «para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el modo de evaluación de los trabajadores en el marco de la amortización de un puesto no puede colocar a los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso» (apartado 41).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia reconoce una protección de la trabajadora que disfruta del permiso de maternidad en estos términos: «el empleador no puede vaciar de contenido el derecho que asiste a un trabajador que haya disfrutado de un permiso parental de ser trasladado a otro puesto de trabajo en las condiciones previstas por la cláusula 2, apartado 5, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, proponiendo a dicho trabajador un puesto destinado a ser amortizado» (apartado 54).

3. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS DE LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS

Es conveniente examinar la jurisprudencia europea referida precisamente a los empleados públicos españoles y sobre algunas cuestiones específicas del Derecho español. A tal efecto y después de recordar los principios generales de efecto directo, primacía y responsabilidad, examino distintos casos con el fin de determinar hasta qué grado ha quedado afectado el estatuto del empleado público en España como consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

a) La aplicación del Derecho de la Unión Europea a los empleados públicos (efecto directo, primacía y derecho de indemnización)

Desde el punto de vista de los jueces españoles y, en consecuencia, de las Administraciones sometidas a su control, el efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión se traducen, básicamente, en la potestad de anular los actos administrativos y de las normas reglamentarias que se revelen contrarias al Derecho europeo. Del mismo modo, en caso de que la contradicción se plantee entre en una norma con rango de ley y al no tener los jueces españoles la potestad de anularla, están obligados por el Derecho de la Unión a inaplicar la ley interna, estatal o autonómica, contraria al Derecho europeo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es sumamente respetuosa con la jurisprudencia europea como revelan, por ejemplo, las sentencias de 18 de mayo de 2011 o de 14 de julio de 2011 donde, después de invocar la jurisprudencia del Cerro Alonso y Gavieiro Gavieiro, llegan a esta conclusión: «Los argumentos precedentes conducen al reconocimiento de la eficacia directa de la Directiva 1999/70/CE y sin que ello justifique la completa equiparación entre el régimen aplicable a funcionarios interinos y a funcionarios de carrera, obliga al cumplimiento de la norma comunitaria, procediendo el abono retroactivo de los haberes devengados en función de los trienios reconocidos, y con el límite de prescripción previsto por el Ordenamiento Jurídico».

De hecho, las cuestiones de legalidad, por ejemplo frente a un Real Decreto, pueden plantearse en relación con la eventual contradicción con una norma del Derecho de la Unión. Así, por ejemplo, en la sentencia de 8 de noviembre del 2012 el Tribunal Supremo contesta positivamente, después de citar ampliamente la jurisprudencia europea (entre otras, la sentencia Gavieiro), una cuestión de ilegalidad planteada por la Audiencia Nacional centrada «en decidir si la exclusión del componente de la antigüedad prevista en [el Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo, que regula las retribuciones correspondientes a magistrados suplentes y jueces sustitutos] resulta contraria a la Directiva 1999/70/CE».

Pero también en instancia y en apelación ante los tribunales españoles se aplica sin reticencia alguna la jurisprudencia europea sobre la primacía y el efecto directo. Así, por ejemplo, en materia del reconocimiento de sexenios del personal docente no universitario a los interinos, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias advierte:

Que la discriminación viniese recogida en normas estatales o autonómicas de rango legal o incluso que fuese avalada por la interpretación del Tribunal Constitucional no impide la aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada en los términos interpretados claramente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de los principios de efecto directo y primacía del Derecho de la Unión.

Por último y como cláusula de cierre existe una vía indemnizatoria frente a las Administraciones públicas por violación del Derecho de la Unión Europea. Los requisitos que deben concurrir son los fijados por el Tribunal de Justicia en la jurisprudencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*: una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares; una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión; y una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación del Estado y el daño.

En el ámbito del empleo público y a diferencia de otros ámbitos como el tributario en que se ha desarrollado más intensamente, no es tan frecuente esta jurisprudencia pero sí se pueden observar la disposición de los tribunales españoles a su examen. Sin embargo, la exigencia de la concurrencia de los tres presupuestos hace difícil que prospere una reclamación de este tipo. Así, se deduce por ejemplo de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en relación con la no trasposición de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo en relación con la jornada de médicos y enfermeras de las instituciones penitenciarias.

b) El estatuto del empleado público y los casos ‘españoles’ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia también incluye numerosas sentencias y autos que interpretan el Derecho de la Unión Europea en su aplicación en España. Sin pretender ser exhaustivo propongo abordar, a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia provocadas por los jueces españoles, principios esenciales como la distinción entre funcionarios y laborales, el acceso o la promoción en el empleo público, la jornada y las vacaciones, los trienios y sexenios de los empleados público temporales y, en fin, la garantía de los trabajadores en caso de traspaso de empresas cuando están implicadas administraciones o empresas públicas.

1. La distinción entre funcionarios y laborales no es contraria al Derecho de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia aplica el Derecho de la Unión a los empleados públicos pero ha reconocido un ámbito de autonomía a los Estados miembros. Es este principio el que justifica que considere ajena al Derecho europeo la distinción entre funcionarios, estatutarios o laborales.

En su auto *Rivas Montes* (C-178/12) el Tribunal de Justicia inadmite una cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba que, en realidad, tenía por finalidad aplicar el mismo criterio para determinar la antigüedad de todos los empleados públicos, fuesen laborales o funcionarios.

A tal efecto el Juzgado cordobés pretendía saber si a la hora de determinar la antigüedad podía establecerse un régimen de cálculo distinto para el personal funcionario (en virtud del cual se computarían todos los períodos desempeñados en las distintas administraciones) y para el personal laboral (dado que solo se computarían todos los períodos si las interrupciones entre los contratos no afectaban a la unidad esencial del vínculo laboral) de las Administraciones españolas.

En este caso, a la Sra. Rivas, una auxiliar administrativo laboral del Instituto Municipal de Deportes de Córdoba, no se le computaron períodos de trabajo anteriores vinculados a este organismo público por haberse interrumpido su relación laboral más de 20 meses, lo que no le hubiese ocurrido de haber ostentado la condición de funcionaria.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia considera que la cuestión planteada está fuera del ámbito de aplicación del principio de igualdad consagrado en el Derecho de la Unión porque la diferencia de trato no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, en cuyo caso

se aplicaría la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, sino en su carácter funcional o laboral.

Esta última diferenciación, como señala el Tribunal de Justicia, no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en la naturaleza jurídica de la relación que tales empleados mantienen con la Administración.

2. El acceso y la promoción en el empleo público en España están protegidos por las libertades económicas fundamentales

Prácticamente en los mismos términos en que lo reconoce ahora el Estatuto Básico del Empleado Público las libertades económicas europeas se aplican a todos los empleados públicos con escasas excepciones.

Así se regula en el artículo 57 del Estatuto Básico relativo al acceso al empleo público de nacionales de otros Estados, en particular, de los nacionales de los Estados miembros de la Unión, donde la clave radica en la distinción entre funcionario y laboral.

Por lo que se refiere a los funcionarios y, en los mismos términos que resultan de la jurisprudencia europea, las excepciones se aplican únicamente a «aquellos [funcionarios] que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas».

En cambio, en el supuesto de los laborales la regla de igualdad de acceso no tiene, en principio, excepciones para los ciudadanos de la Unión, sus descendientes y cónyuges respectivos.

Ahora bien y siendo bastante pacífica la cuestión, el acceso al empleo se puede ver afectado por otras libertades como el reconocimiento de títulos. Así se revela, por lo que se refiere al empleo público, en la sentencia Fernández de Bobadilla, en la que el Tribunal de Justicia responde al Juzgado de lo Social de Madrid respecto del reconocimiento de un título universitario obtenido en Inglaterra y aportado en un concurso-oposición al puesto de restauradora en el Museo de El Prado.

En este caso, el Tribunal de Justicia subraya que las autoridades nacionales competentes para homologar o convalidar los títulos extranjeros (el Ministerio de Educación) o, subsidiariamente, el propio organismo público (El Prado) «están obligados a examinar en qué medida los conocimientos y capacitación acreditados por el título obtenido por el interesado [en otro Estado miembro] equivalen a los exigidos por la normativa del Estado miembro de acogida. Cuando la equivalencia sea solamente parcial, corresponde a las autoridades nacionales competentes o, en su caso, al propio organismo público, apreciar si los conocimientos adquiridos por el interesado en el marco de un ciclo de estudios o de una experiencia práctica pueden servir para demostrar que se está en posesión de los conocimientos no acreditados por el título extranjero.

Pero también las libertades económicas fundamentales se aplican con más intensidad en la promoción de los funcionarios en la medida en que deben tenerse en cuenta cualificaciones profesionales obtenidas en la Unión Europea.

Sobre este particular, España fue 'condenada' por el Tribunal de Justicia en 2008 por «supeditar la admisión a las pruebas de promoción interna en la función pública de ingenieros en posesión de cualificaciones profesionales obtenidas en otro Estado miembro al reconocimiento académico de dichas cualificaciones».

En este recurso por incumplimiento la Comisión Europea explicaba que a uno de los denunciantes le fue denegado el acceso a una prueba de promoción interna del Ministerio de Medio Ambiente, por razón de que las personas en posesión de títulos académicos extranjeros debían obtener, previamente, su homologación conforme a la normativa española. Pues bien, el Tribunal de Justicia atiende la interpretación de la Comisión Europea y puntualiza: «el requisito de homologación no es compatible con el artículo 3 de la Directiva 89/48, al menos en la medida en que constituye un requisito previo para poder participar en pruebas de promoción interna, incluso

para los candidatos que únicamente invocan un título expedido en otro Estado miembro y reconocido en aplicación de la Directiva 89/48» (apartado 82).

3. La jornada y las vacaciones de los empleados públicos deben interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión

El Tribunal de Justicia ha interpretado la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo respecto de litigios planteados ante tribunales españoles abordando, básicamente, dos cuestiones: la jornada laboral y las vacaciones de los empleados públicos.

Por lo que se refiere a la jornada de trabajo, en la sentencia Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP), el Tribunal de Justicia le proporciona a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia una interpretación de las Directivas 89/391 y 93/104 relativas a la seguridad y la salud de los trabajadores y a la ordenación del tiempo de trabajo en relación con el personal sanitario.

En este caso el Tribunal de Justicia confirma, por una parte, que la Directiva 89/391 «se aplica a todos los sectores de actividades, públicas o privadas y, en particular, a las actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales y de ocio. No obstante, como resulta del apartado 2 de la misma disposición, la Directiva de base no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o en la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil» (apartado 32).

Por lo que respecta al personal sanitario, el Tribunal de Justicia considera que no tiene ninguna relevancia que los médicos de Equipos de Atención Primaria ejerzan sus actividades en un ámbito que los vincula al sector público y, por tanto, su actividad está sometida a las Directivas.

A continuación el Tribunal de Justicia determina qué se entiende por tiempo de trabajo, y en su caso horas extraordinarias, el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria, sea bajo el régimen de presencia física en los centros sanitarios (lo que incluye la totalidad) sea mediante el régimen denominado de ‘localización’ (solo referido al tiempo de prestación efectiva de servicios de atención primaria) (apartado 52). En fin, el Tribunal de Justicia considera que determinadas disposiciones de la Directiva, en la medida en que establecen normas mínimas de protección, gozan de efecto directo (apartado 70).

El criterio de esta sentencia SIMAP fue corroborado por el Tribunal de Justicia mediante el auto Confederación Intersindical Galega (CIG) / SERGAS, que contesta similares cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Aunque en este caso el personal afectado no era únicamente médico sino también de enfermería de los servicios de urgencias, el Tribunal de Justicia puntualizó: «ni el marco ni la naturaleza de las actividades correspondientes a los médicos y a los enfermeros de los equipos de atención primaria presentan diferencias pertinentes respecto al examen de las dos Directivas controvertidas» (apartado 27).

Asimismo, el Tribunal de Justicia declaró en una sentencia de 2006 (C-132/04) que España incumplía la Directiva 89/391 relativa a la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, por lo que respecta a la exclusión de su aplicación a determinados empleados porque el criterio utilizado por la Directiva no está fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades considerados globalmente, como las fuerzas armadas, la policía y el servicio de protección civil, sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores, lo que justifica una excepción en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad.

En consecuencia, la exclusión de la aplicación de la Directiva 89/391 que hacía la Ley española de prevención de riesgos laborales de 1995 a las funciones públicas de policía, seguridad y

resguardo aduanero así como a los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública no constituía una transposición conforme con el Derecho europeo.

Del mismo modo, en 2010 también el Tribunal de Justicia ‘condenó’ a España por no haber cumplido las obligaciones derivadas de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo en relación con el personal no civil de las Administraciones españolas. En este caso de la sentencia del Tribunal de Justicia se deduce que la trasposición de la Directiva en España no se había aplicado, en particular, a los miembros de la Guardia Civil.

En cuanto se refiere al derecho a las vacaciones de los empleados públicos españoles, la respuesta no ha sido directa sino que debe deducirse de la sentencia Anged con la que el Tribunal de Justicia responde un reenvío prejudicial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el alcance del derecho de los trabajadores a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas aun cuando estas coincidan con períodos de baja por incapacidad laboral temporal.

A pesar de existir jurisprudencia europea anterior, el Tribunal Supremo quería saber cuál era el criterio para el caso de que la incapacidad laboral sobreviniese una vez iniciado el período de vacaciones anuales retribuidas. Lo más destacado de la sentencia es que el Tribunal de Justicia recuerda que «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no sólo tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados» (apartado 17).

En definitiva y a juicio del Tribunal de Justicia: «el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral» (apartado 21).

Con esta sentencia el Tribunal de Justicia respondía también la cuestión prejudicial planteada a la vez que el Tribunal Supremo por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Oviedo.

La pregunta del juez ovetense se refería a las vacaciones de los funcionarios de la Administración de Justicia y, en particular, a la regulación del artículo 502.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La regulación específica prevé que en caso de surgir una situación de incapacidad temporal durante unas vacaciones ya iniciadas solo podía entenderse interrumpido su disfrute si esa incapacidad había exigido ingreso hospitalario descartando el resto de supuestos de incapacidad temporal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede considerarse que la referida previsión de la Ley Orgánica del Poder Judicial es inaplicable por ser contraria al Derecho de la Unión.

4. La equiparación de los derechos de los empleados públicos de carrera y temporales (trienios y sexenios)

La aplicación de la Directiva sobre protección de los trabajadores con contratos por tiempo indefinido ha sido muy relevante en el Derecho español y ha sido objeto de interpretaciones de gran interés para el régimen de los empleados públicos.

El Tribunal de Justicia se ha referido al reconocimiento de la antigüedad mientras se desempeñó el puesto con una relación de carácter temporal.

La primera sentencia es 2007 y se refiere al personal estatutario de los servicios de salud. El Tribunal de Justicia responde en su sentencia del Cerro Alonso un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Social nº 1 de San Sebastián sobre la aplicación de la Directiva 1999/70 a una auxiliar administrativa que accede a su plaza fija y en ese momento pretende que se le reconozcan por el Servicio Vasco de Salud a efectos de trienios más de 12 años desempeñados como ‘personal estatutario temporal’.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia subraya: «habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas» (apartado 27).

En segundo lugar y al analizar la trascendencia que pueda tener el hecho de que sea un empleo fijo o temporal y que esté vinculado a la Administración, el Tribunal de Justicia precisa: «La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como ‘de plantilla’ con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco así como la aplicación uniforme de éstos en los Estados miembros, reservando a estos últimos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos comunitarios» (apartado 29).

En 2010 el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre los empleados públicos docentes en la sentencia Gavieiro Gavieiro y el abono de trienios con efectos retroactivos mientras fueron funcionarios interinos. A las preguntas de dos Juzgados gallegos de lo Contencioso-administrativo el nº 3 de A Coruña y el nº 3 de Pontevedra, el Tribunal de Justicia responde confirmando y ampliando la interpretación de la Directiva 1999/70 sobre el trabajo de duración determinada.

En este caso se trataba de dos funcionarias de carrera de la Xunta de Galicia que reclamaban el abono de los trienios por antigüedad devengados con anterioridad al 13 de mayo de 2007, fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, por haber trabajado como profesoras interinas.

El Tribunal de Justicia precisa, en primer lugar, que de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco como de su sistema y finalidad se deduce, que se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (apartado 38). Asimismo, reitera que es irrelevante la naturaleza de la relación, laboral o funcionaria, con la Administración a los efectos de aplicar eficaz y uniformemente (apartado 43). En suma, a los funcionarios interinos gallegos se les aplica la Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, para justificar la diferencia de trato por lo que se refiere al pago de complementos salariales por antigüedad, es decir, a los trienios (apartado 46).

Por último, el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo de la Directiva y subraya: «la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por los particulares ante un juez nacional, las demandantes en el litigio principal pueden alegar válidamente sus pretensiones de abono de los trienios a los que tienen derecho con carácter retroactivo, basándose directamente en las disposiciones de dicha cláusula. No parece, pues, necesario, a primera vista, un recurso de indemnización basado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho de la Unión» (apartado 87). Y de manera expresa, el Tribunal de Justicia reconoce que el efecto directo confiere al derecho al pago de trienios efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno (apartado 99).

También el auto Montoya Medina aplica, a instancias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias del Cerro Alonso y Gavieiro a la discriminación entre personal laboral de las universidades públicas. En este

caso un profesor doctor contratado de la Universidad de Alicante reclamaba los trienios mientras había sido profesor ayudante doctor.

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia recordó que no cabe discriminación entre los distintos tipos de trabajadores salvo que «la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto» (apartado 41).

Por tanto y a juicio del Tribunal de Justicia, es contraria a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada la normativa de la Generalitat valenciana que reconoce el derecho a percibir un complemento salarial por antigüedad únicamente a los profesores contratados doctores, excluyendo a los profesores ayudantes doctores, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables.

En 2011 y en relación con los funcionarios autonómicos, la sentencia Rosado Santana / Junta de Andalucía responde un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Sevilla que le plantea cuestiones relativas al cómputo de la experiencia profesional adquirida como funcionario interino.

En este caso, un funcionario de carrera de la Administración andaluza pretendía que se le tuviesen en cuenta, a los efectos de promoción profesional, diez años de antigüedad adquiridos previamente como funcionario interino. De 1989 a 2005 había sido funcionario interino hasta que alcanzó la condición de funcionario de carrera pero al participar en un procedimiento de promoción interna la normativa andaluza excluía el cómputo de servicios previos reconocidos como funcionario interino o laboral. Aun cuando inicialmente se le admitió al procedimiento y promocionó de categoría, finalmente se anuló esta decisión por no haber acreditado 10 años como funcionario de carrera.

Pues bien y en este caso frente a las alegaciones de las Administraciones, incluida la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia señala: «las normas nacionales relativas a los períodos de servicio que deben cumplirse para poder ser clasificado en una categoría retributiva superior o a fines del cálculo de los períodos de servicio requeridos para ser objeto de un informe de calificación cada año y, en consecuencia, poder beneficiarse de una promoción profesional como la controvertida en el litigio principal forman parte integrante de las condiciones de trabajo» (apartado 46).

Y a partir de ahí el Tribunal de Justicia, a la vista de la información proporcionada por el Juzgado sevillano de que el Tribunal Constitucional consideraba justificada la diferencia establecida entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, lanza esta advertencia:

En el supuesto de que un tribunal nacional, incluido un tribunal constitucional, excluyera la aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco al personal de la función pública de un Estado o permitiera diferencias de trato entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera a falta de razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, procederá declarar que tal jurisprudencia va en contra de lo dispuesto en estas normas del Derecho de la Unión e incumple las obligaciones que incumben a las autoridades judiciales de los Estados miembros, en el marco de sus competencias, de garantizar la protección jurídica que de las disposiciones de dicho Derecho se desprende para los justiciables y de garantizar su pleno efecto (apartado 61).

Y concluye el Tribunal de Justicia interpretando que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a las relaciones de servicio de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y el resto de entidades del sector público lo que exige que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables basada en el mero hecho de que estos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifiquen un trato diferente (apartado 62).

En fin, el Tribunal de Justicia profundiza en la posibilidad de que haya razones objetivas para establecer diferencias entre los distintos tipos de funcionarios; sin embargo, llega a la conclusión de que la cláusula 4 del Acuerdo marco se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de este, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, siendo irrelevante que los períodos de servicio se hayan realizado como consecuencia de un contrato de duración determinada (apartado 84).

Precisamente en la sentencia Rosado Santana el Tribunal de Justicia examina y relativiza una jurisprudencia española muy asentada sobre la inimpugnabilidad de las convocatorias relativas a la selección y a la promoción de empleados públicos que sean firmes y consentidas por no haber sido impugnadas en plazo. A tal efecto, el Tribunal de Justicia argumenta: «el Derecho primario de la Unión, la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a una norma nacional que prevé que el recurso interpuesto por un funcionario de carrera contra una resolución por la que se le excluye de un proceso selectivo y basado en que dicho proceso era contrario a la cláusula 4 de dicho Acuerdo marco debe interponerse en un plazo preclusivo de dos meses desde la fecha de la publicación de la convocatoria. Sin embargo, tal plazo no podía oponerse a un funcionario de carrera, candidato a dicho proceso selectivo, que fue admitido al mismo y cuyo nombre figuraba en el listado definitivo de aprobados de dicho proceso, si podía hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Acuerdo marco. En tales circunstancias, el plazo de dos meses sólo podría empezar a correr desde la notificación de la resolución por la que se anulaba su admisión a dicho proceso y su nombramiento como funcionario de carrera del grupo superior» (apartado 100).

A la vista de la anterior jurisprudencia parecía más clara la cuestión de los sexenios del personal docente que se resuelve en 2012 por el Tribunal de Justicia en el auto Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León en contestación a un reenvío prejudicial planteado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid sobre el derecho de los funcionarios interinos a la percepción de los denominados sexenios de formación de los profesores docentes no universitarios.

El juez castellano tenía dudas sobre la naturaleza de este complemento retributivo y preguntaba si está justificado que se reserve únicamente para los funcionarios docentes de carrera o si debe reconocerse este derecho también a la profesora interina reclamante.

El Tribunal de Justicia responde la cuestión prejudicial reiterando los mismos argumentos de las sentencias del Cerro Alonso, Gavieiro o Rosado Santana y el auto Montoya Medina. Por lo que, como ocurre con los trienios del personal funcionario y del personal estatutario, a los sexenios del personal docente también se les aplica la Directiva sobre el trabajo de duración determinada.

El Tribunal de Justicia observa que el ejercicio de las funciones docentes por parte de los profesores que tienen la condición de funcionarios de carrera y de los interinos no exige unas cualificaciones académicas o una experiencia distintas sino que por el contrario ejercen funciones similares y están sometidos a las mismas obligaciones, en particular en materia de formación permanente (apartado 45).

Por tanto, no es conforme con el Derecho de la Unión la regulación estatal y autonómica que en España reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables

Esta jurisprudencia ha tenido una aplicación judicial inmediata en materia de sexenios del personal docente. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la sentencia de 2 de julio del 2012, después de invocar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, argumenta parafraseando la jurisprudencia europea: «no es conforme con el Derecho de la Unión la regulación estatal y autonómica que en España reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente

a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables».

En el mismo sentido el Tribunal Supremo ha acogido esta jurisprudencia europea y considera que si es discriminatorio reservar los trienios a los funcionarios docentes de carrera «también habrá que considerar discriminatorio reservarles la percepción del componente por formación permanente del complemento específico porque en ambos casos es la distinta naturaleza, permanente o temporal de la relación de servicio, la que explica la exclusión de esas retribuciones para los interinos».

5. La garantía en caso de traspaso de empresas se aplica en ocasiones a los empleados públicos

La Directiva 2001/23/CE sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas puede aplicarse a las relaciones entre las administraciones y los organismos públicos.

Así resulta de la sentencia Scattolon donde el Tribunal de Justicia aplica esta Directiva en el traspaso de personal entre organismos públicos. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que no constituyen una transmisión de empresa, en el sentido de dicha Directiva, la reorganización de estructuras de la administración pública o la cesión de competencias administrativas entre administraciones públicas, por sí solas y en cuanto tales (apartado 55).

Pero en este caso y a la vista del litigio concreto, el traspaso de Ivana Scattolon, bedel en la escuela pública de un municipio veneciano, al Ministerio de Educación en Italia, considera aplicable la Directiva y subraya que esta se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último (apartado 83).

En el caso del empleo público en España es relevante la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Clece. El Tribunal de Justicia respondió en 2011 el reenvío de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en un litigio en la disputa entre la empresa Clece y el Ayuntamiento toledano de Cobisa.

Al término del contrato de servicios de limpieza en los colegios y dependencias municipales realizado por Clece, esta empresa pretendía que el Ayuntamiento se subrogase en la relación laboral con una de sus trabajadoras empresa que, en consecuencia, pretendía que pasase a ser empleada municipal.

Ahora bien y en este supuesto concreto el Tribunal de Justicia no aceptó esta interpretación. En efecto, el Tribunal europeo precisa que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una situación en la que una empresa, que se sirve de otra empresa para la limpieza de sus locales, decide resolver el contrato y ejecutar por sí misma esas tareas.

Para que la Directiva sea aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular. Por eso y en el supuesto concreto la Directiva no se aplica a una situación en la que el Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a Clece, decidió poner resolver el contrato y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal (apartado 43).

4. CONCLUSIÓN

La legislación europea, tal como la interpreta el Tribunal de Justicia, ha tenido sobre la regulación española de los empleados públicos tres efectos que giran en torno a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, a la protección social de los trabajadores y a la aplicación de un Derecho

europeo que, como el español, se aplica a distintas administraciones y que por tanto está necesitado de colaboración y coordinación.

Por lo que se refiere a la libre circulación de los ciudadanos en la Unión Europea, la jurisprudencia ha terminado afectando no solo el acceso al empleo público, en el que el requisito de la nacionalidad resulta ahora excepcional, sino a todos los aspectos relacionados con la movilidad de estudiantes y profesionales en la Unión Europea. De modo que, superados los obstáculos de la nacionalidad, también deben considerarse eliminadas las barreras al reconocimiento de títulos y diplomas así como cualquier otra limitación que desincentive, también para el caso de los empleados públicos, la libre circulación en la Unión.

En cuanto a la protección social derivada de la armonización europea de las legislaciones europeas, la orientación de la jurisprudencia europea se dirige a aplicar a todos los empleados públicos las conquistas sociales en materia de igualdad, jornada, de vacaciones, de salud y seguridad e incluso de garantía en caso de traspaso de personal de las administraciones públicas. Esto supone, indudablemente, una convergencia de los distintos estatutos de los empleados públicos como, por lo demás y por razones bien distintas, revela la legislación española con la adopción del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por último, la aplicación del Derecho europeo responde a un modelo descentralizado que exige una intervención legislativa, administrativa y judicial de los Estados miembros, que, por esa razón, requiere un régimen de coordinación, de colaboración y de confianza mutua en los desarrollos legislativos y en la aplicación por las distintas administraciones. Del mismo modo, el Estatuto Básico del Empleado Público en España debería desarrollarse en un contexto legislativo estatal y autonómico, y debería aplicarse en las distintas administraciones (estatal, autonómicas y locales) haciendo un esfuerzo de mayor coordinación, colaboración y confianza mutua en lo que se refiere a la aplicación del régimen de los empleados públicos.

RELACIÓN DE SENTENCIAS ‘ESPAÑOLAS’ DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EMPLEADOS PÚBLICOS

1. TJCE, sentencia de 8 de julio de 1999, Fernández de Bobadilla (C-234/97, Rec. p. I-4773).
2. TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) / Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (C-303/98, Rec. p. I-7963).
3. TJCE, auto de 3 de julio de 2001, Confederación Intersindical Galega (CIG) / SERGAS (C-241/99, Rec. p. I-5139).
4. TJCE, sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Rec. p. I-10391).
5. TJCE, sentencia de 12 de enero de 2006, Comisión / España (incumplimiento de la Directiva sobre seguridad laboral de empleados de la policía, seguridad y resguardo aduanero y servicios operativos de protección civil y peritaje forense) (C-132/04, Rec. p. I-3).
6. TJCE, sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión / España (incumplimiento por no reconocimiento económico de los servicios en la función pública de otro Estado miembro) (C-205/04, Rec. p. I-31).
7. TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2007, del Cerro Alonso (C-307/05, Rec. p. I-7109).
8. TJCE, sentencia de 23 de octubre de 2008, Comisión / España (reconocimiento del título de ingeniero obtenido en Italia) (C-286/06, Rec. p. I-8025).

9. TJUE, sentencia de 20 de mayo de 2010, Comisión / España (aplicación de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo a la Guardia Civil) (C-158/09, Rec. p. I-68).
10. TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres / Xunta de Galicia (C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-14031).
11. TJUE, sentencia de 20 de enero de 2011, CLECE (C-463/09, Rec. p. I-95).
12. TJUE, auto, de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial y Universidad de Alicante (C-273/10, Rec. p. I-32).
13. TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana / Junta de Andalucía (C-177/10, Rec. p. I-7907).
14. TJUE, auto de 9 de febrero de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León (C-556/11, pendiente de publicación en la Recopilación).
15. TJUE, auto de 7 de marzo de 2013, Rivas Montes (inadmisibilidad y cuestión de cálculo antigüedad de funcionarios y laborales) (C-178/12, pendiente de publicación en la Recopilación).