

JURISPRUDENCIA

Comentarios monográficos

**Notas de jurisprudencia
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del Tribunal
Europeo de Derechos Humanos**

LA CONSAGRACIÓN DEL FUNCIONARIO INTERINO INDEFINIDO

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Universidad de Alcalá

Cómo citar/Citation

Sánchez Morón, M. (2019).
La consagración del funcionario interino indefinido.
Revista de Administración Pública, 208, 223-238.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.06>

Resumen

Es excesivamente frecuente en la práctica administrativa la prolongación indebida de las situaciones de temporalidad de los empleados públicos. Por lo que se refiere a los que tienen un contrato de trabajo, la Sala 4ª del Tribunal Supremo adoptó hace dos décadas la controvertida figura del contratado indefinido no fijo, como sanción a esas prácticas abusivas y en garantía de los derechos de los trabajadores. Hasta ahora no existía una solución similar en el caso de los empleados públicos con vínculo temporal sujeto a derecho administrativo. Dos sentencias recientes del Tribunal Supremo, basadas en otra anterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dan respuesta a ese problema.

Palabras clave

Empleo público; relación temporal de servicio; prolongación abusiva de la temporalidad.

Abstract

It is exceedingly frequent in administrative practice the undue prolongation of temporary situations of public employees. With regard to those who have an employment contract, the 4th Chamber of the Supreme Court adopted two decades ago the controversial figure of undefined contract, as a sanction to these abusive practices and as a guarantee of workers' rights. Until now there was no similar solution in the case of public employees with temporary ties subject to administrative law. Two recent judgments of the Supreme Court, based on a previous one from the Court of Justice of the European Union, respond to this problem.

Keywords

Public employment; temporary relationship of service; abusive prolongation of temporality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ANTECEDENTES. III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. IV. LAS SENTENCIAS DE APELACIÓN. V. LA SOLUCIÓN QUE ADOPTA EL TRIBUNAL SUPREMO. VI. VALORACIÓN Y CONSECUENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

Como en tantos otros aspectos relativos al funcionamiento de las administraciones públicas, hace tiempo que no se tramitan reformas legales de calado en materia de empleo público. El impulso reformista del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) de 2007 se agotó enseguida, como muestra del escaso entusiasmo con que los legisladores —y los partidos políticos y sindicatos del empleo público— aprobaron o sostuvieron la aprobación de esa ley. Y desde entonces más que reformas¹ ha habido en esta materia recortes del número de empleados y de sus derechos retributivos y laborales, articulados por las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado y otras normas complementarias², con el fin de afrontar la grave situación de las finanzas públicas; recortes o rebajas que solo en los últimos años, superada la fase más crítica de esa situación, han empezado a revertirse³. Sin embargo,

¹ De hecho, el EBEP no ha sido objeto de desarrollo por la legislación del Estado, salvo en aspectos muy puntuales, ni apenas por la de las comunidades autónomas, pues solo la Comunidad Valenciana (Ley 10/2010, de 9 de julio), Castilla-La Mancha (Ley 4/2011, de 10 de marzo), Galicia (Ley 2/2015, de 29 de abril) y Extremadura (Ley 13/2015, de 8 de abril) han aprobado leyes generales de función pública o empleo público desde la aprobación de aquel, y con un espíritu muy poco innovador, sobre todo en el caso de las dos primeras leyes. En el ámbito estatal, las previsiones al efecto del Informe CORA de 2013 tampoco se llevaron a efecto, pues el texto refundido del EBEP en vigor (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) reproduce en realidad el contenido de aquella Ley, con escasísimas novedades.

² Sobre ello, por todos, J. A. Fuentetaja Pastor y J. Cantero Martínez (dirs.) (2012), *Crisis económica y función pública*, Cizur Menor: Aranzadi.

³ A partir de la Ley General de Presupuestos del Estado para 2015 comenzó a incrementarse la tasa de reposición de efectivos, y más aun en las Leyes de Presupuestos para

los problemas de fondo que caracterizan nuestro sistema de empleo público subsisten. Y, como sucede en otros ámbitos de la vida pública, máxime en la actual situación de bloqueo parlamentario, parece que solo se les consigue dar respuesta cuando así lo exige el cumplimiento del derecho de la Unión Europea, es decir, cuando resulta obligado para aplicar o trasponer alguna norma europea de inexcusable observancia o para ejecutar la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia.

Eso es lo que está sucediendo en relación con un aspecto especialmente preocupante del régimen del empleo público en nuestro país, que es el que se refiere al personal interino y temporal. Preocupante y problemático por diversas razones: su elevadísimo número, sobre todo en las administraciones autonómicas y locales; las diferencias de régimen jurídico entre el personal fijo y el temporal que, aunque cada vez menores, crean aún algunas tensiones y conflictos; la frecuencia con que se prolongan esas situaciones de interinidad mucho más allá de lo inicialmente previsto, por el incumplimiento de las leyes y la falta de adopción de las decisiones administrativas que deberían ponerles fin a su debido tiempo...

En esta materia, como en otras, las novedades más interesantes se están produciendo por directa incidencia de la jurisprudencia europea. Así lo ha puesto de relieve, en un estudio monográfico muy completo, Jesús Fuentetaja Pastor⁴. En efecto, ha sido (o está siendo) el Tribunal de Justicia, interpretando y aplicando la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, que incorpora el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada, al resolver sobre algunas cuestiones prejudiciales elevadas por tribunales españoles, el que está revolucionando, por así decir, el régimen jurídico del personal interino y temporal en el empleo público, a despecho de una legislación interna que ni es lo suficientemente clara ni se aplica correctamente. De esta manera, el impacto de la citada directiva en la configuración del régimen jurídico de dicho personal en nuestro país ha llegado a ser decisivo, mucho más de lo que permitían prever las genéricas y en ciertos aspectos ambiguas cláusulas del Acuerdo entre los agentes sociales europeos que sanciona.

Una consecuencia de lo que se acaba de decir —y no la única— es la doctrina fijada recientemente por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección

2017 (Ley 3/2017, de 27 de junio) y 2018 (Ley 6/2018, de 3 de julio), que también han recogido mejoras salariales. Asimismo por disposiciones de diverso tipo, estatales y autonómicas, se han recuperado o ampliado recientemente días de permisos, por asuntos propios o de paternidad, y se ha incrementado la indemnización por baja laboral, al tiempo que se ha reducido la jornada de trabajo en numerosas administraciones y sectores.

⁴ *Función pública y Derecho europeo*, Cizur Menor: Civitas, 2018.

4ª, en dos sentencias de la misma fecha, 26 de septiembre de 2018, recaídas en sendos recursos de casación, 785/2017 y 1305/2017, interpuestos contra otras dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Lo que en ambos casos se plantea y se decide son los efectos jurídicos de la prolongación artificial y abusiva de la relación temporal de empleo establecida con una administración o ente público a través de un vínculo de derecho administrativo. En uno de los supuestos se trata de un empleado con nombramiento de personal estatutario eventual de los Servicios de Salud y en el otro de un funcionario interino.

II. LOS ANTECEDENTES

Los hechos que dieron lugar a uno y otro litigio son concluyentes. En el primero se enjuicia el caso de una empleada que prestó servicio como personal estatutario eventual en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza desde el año 1994, prácticamente de manera interrumpida, en virtud de distintos nombramientos y prórrogas, de modo que fue utilizada como un verdadero «comodín» en los centros de salud de una determinada comarca, hasta que fue cesada en septiembre de 2012, en el marco de los recortes de empleo público propios de aquella época de crisis. En el segundo caso, el interesado obtuvo en 1998 un nombramiento de funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para la ejecución de un programa temporal, que, sin embargo, se fue prorrogando año tras año, hasta que en diciembre de 2012 se suprimió con el objetivo de reducir gastos, con la consecuencia del cese de aquel. En los dos supuestos se estimó, primero por el Tribunal de Justicia del País Vasco y después por el Tribunal Supremo, que existió una prolongación abusiva de las situaciones de interinidad o temporalidad.

Ambos afectados recurrieron sus respectivos ceses, solicitando que se declararan nulos y se mantuviera su relación de servicio, con indemnización de daños y perjuicios o el abono de las retribuciones dejadas de percibir desde el cese, más los intereses correspondientes. No deja de ser una paradoja, en estos y en otros muchos casos, que lo que se recurre sea siempre el cese, cuando el fundamento de los recursos es que resulta abusiva la prolongación de la situación de precariedad en el empleo debida a los sucesivos nombramientos de duración limitada. Paradoja aparente, por supuesto, pero no menos indicativa de la actitud de los interesados en situación similar, que pretenden normalmente primero prolongar lo más posible y después, si cabe, consolidar su relación de empleo público, aunque muchas veces no hayan superado ningún tipo de prueba selectiva.

En primera instancia los recursos de que tratamos fueron desestimados por sendos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao y de Vitoria. Pero

en los recursos de apelación que interpusieron contra las sentencias desestimatorias, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal de Justicia del País Vasco acordó, antes de dictar sentencia, elevar cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los siguientes términos:

Primera.— La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, ¿debe ser interpretada en el sentido de que se opone a una legislación nacional que, en los supuestos de abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada, no reconoce con carácter general, en el caso del personal estatutario temporal eventual [o del funcionario interino] y a diferencia de lo que ocurre en idéntica situación para los contratados laborales por la Administración, el derecho al mantenimiento del vínculo como indefinidos no fijos, es decir, con derecho a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente establecidos?

Segunda.— En el caso de responderse negativamente la cuestión anterior, ¿el principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el Juez nacional puede considerar que ambas situaciones, la del contratado laboral por tiempo determinado por la Administración y la del personal estatutario temporal eventual [o la del funcionario interino], son similares cuando se produce un abuso en la utilización de contratos de trabajo de duración determinada o bien, aparte de la identidad del empleador, la identidad o similitud de los servicios prestados y la duración determinada del contrato de trabajo, el Juez nacional debe considerar otros elementos al efectuar el juicio de similitud, tales como, por ejemplo, la naturaleza específica de la relación laboral o estatutaria del empleado o la potestad de la Administración para autoorganizarse, que justifican un tratamiento diferenciado de ambas situaciones?

Cabe recordar aquí, a tal efecto, que la citada cláusula 5 del Acuerdo Marco CES-UNICE-CEEP incorporado al ordenamiento europeo por la Directiva 1999/70/CE, establece, bajo el epígrafe «Medidas para evitar una utilización abusiva» (de las relaciones laborales de duración determinada), lo siguiente:

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán “sucesivos”;
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

Pero conviene apuntar que en este caso la cuestión prejudicial no se fundaba simplemente en la eventual ausencia en nuestro ordenamiento de medidas legales o negociadas para evitar una utilización abusiva de los nombramientos de funcionarios interinos (o del personal estatutario eventual), sino en la comparación con lo que sucede si el abuso de la temporalidad recae en un empleado público con contrato laboral, que no es otra cosa que la conversión de la situación del empleado temporal en lo que se denomina contratado indefinido no fijo.

Como es sabido, esta última figura, discutible y discutida en la doctrina jurídica⁵, es de creación judicial, pues fue la Sala 4ª del Tribunal Supremo la que encontró en su día esa solución⁶ para intentar conciliar los efectos previstos en el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de prolongación artificial de la relación de empleo de un contratado temporal —«se entenderán por tiempo indefinido los contratos celebrados en fraude de ley»— con las garantías de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y mediante pruebas selectivas, que deriva de la Constitución⁷ y sanciona la legislación ordinaria⁸. De hecho, al no alcanzar la condición de fijo ese tipo de personal contratado, ya que eso no sería

⁵ Véase sobre el particular el reciente y crítico artículo de A. Desdentado Bonete (2018), «Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada», *Información Laboral*, 10.

⁶ SSTs, 4ª, de 7 de octubre de 1996, 10 de diciembre de 1996, 14 y 24 de abril de 1997, confirmadas por la STS del Pleno de la Sala de 20 de enero de 1998, en unificación de doctrina.

⁷ Del art. 14 de la misma, ya que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el art. 23.2 CE es aplicable al acceso a la función pública en sentido estricto y no a la condición de empleado público con contrato laboral (SSTC 281/1993, de 27 de septiembre y 34/1995, de 6 de febrero, de 23 de mayo), pero sí lo es en este caso el principio de igualdad del art. 14.

⁸ Así, los arts. 55 y siguientes del EBEP, como antes el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

posible constitucionalmente sin pasar por un proceso de selección basado en el mérito y la capacidad, puede ser cesado por la cobertura reglamentaria de su plaza o por amortización del mismo. Pero en la práctica es absolutamente normal que mantenga su empleo público de por vida, sin pasar por ningún proceso selectivo, e incluso que cambie de puesto de trabajo o siga contratado sin un puesto determinado, en caso de que el que ocupaba sea cubierto por personal fijo o se amortice. De manera que, en realidad, el fraude de ley que se comete en estos casos no es tanto el que combate el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores —ya que a la mayoría de los afectados les interesa prolongar su relación por más tiempo del legalmente posible— sino el de la propia Constitución.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Ahora bien, al plantear la cuestión prejudicial en los términos en que lo hizo, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco delimitaba u orientaba de alguna forma los términos de la respuesta que debía dar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Este resolvió las cuestiones prejudiciales elevadas en los dos casos mencionados, que fueron acumuladas, en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos *Martínez Andrés* y *Castrejana López* (C-184/15 y C-197/15). El Tribunal de Justicia parte de la necesidad de cumplir lo dispuesto en el anexo de la Directiva 1999/70/CE, que es aplicable tanto en el sector público como en el privado. Y, aunque reconoce que el Acuerdo Marco incluido en dicho anexo establece solo medidas preventivas para evitar el abuso en la contratación por tiempo determinado, pero no medidas sancionadoras para el caso de que se hayan constatado tales abusos y, en particular, «no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada», sí exige que se apliquen medidas adecuadas, a la luz de los principios de equivalencia y efectividad, para garantizar la protección de los trabajadores afectados y eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión. Más en concreto, este no se opone a que los efectos jurídicos de la utilización abusiva de las relaciones laborales por tiempo determinado sean diferentes según el empleador pertenezca al sector privado o al público e —implícitamente— si la relación se rige por derecho laboral o derecho administrativo. Pero siempre que también en este ámbito, el del derecho administrativo, se prevea alguna medida efectiva para sancionar el abuso.

El Tribunal de Justicia razona, sobre esa base, que no le corresponde interpretar el derecho interno, aunque sí puede aportar precisiones que orienten a los órganos jurisdiccionales competentes en su apreciación. En los casos de que se

trata, se constata que el Tribunal Supremo español ha encontrado una fórmula para sancionar la contratación temporal abusiva de derecho laboral en las administraciones públicas, que es la figura del contratado indefinido no fijo. Pero no existe una medida efectiva equivalente cuando la relación temporal de que se abusa se basa en el derecho administrativo. En la medida en que no existe, «la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco».

Por todo ello, el Tribunal de Justicia resuelve lo siguiente:

La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

IV. LAS SENTENCIAS DE APELACIÓN

Recibida la respuesta del Tribunal de Justicia a sus cuestiones prejudiciales, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideró que aquel había dejado prácticamente resuelto el asunto y estimó los recursos de apelación contra las mencionadas sentencias de los juzgados de Bilbao y Vitoria, mediante sendas sentencias de 12 de diciembre de 2016, declarando que la solución consiste en aplicar la misma jurisprudencia que los tribunales del Orden Social vienen estableciendo para el caso de la contratación abusiva de personal laboral. Es decir, procede anular la extinción de la relación de empleo del personal funcionario interino o del personal estatutario eventual en el caso de prolongación abusiva de esa relación y considerar que su relación es indefinida no fija, lo que implica su perpetuación en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria

de la plaza o hasta que esta se amortice definitivamente, o bien se produzca alguna otra de las causas legales específicas de cese o finalización de esas relaciones por tiempo determinado.

Además, en el caso de cese justificado, confirma el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que el empleado público cesado tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios. A tal efecto hay que recordar que la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha declarado que el contratado laboral indefinido no fijo que es cesado por la cobertura reglamentaria de la plaza o su amortización tiene derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades, al igual que un trabajador fijo cesado por causas objetivas (art. 53.1 del Estatuto de los Trabajadores)⁹. Y, aunque las sentencias de lo contencioso-administrativo de la Sala de Bilbao no fijan en esa misma cuantía la indemnización que debe percibir el funcionario interino o el estatutario eventual que es cesado tras una prolongación abusiva de su relación, pues en las demandas no se concretaron los daños y perjuicios reclamados, de alguna manera apuntan en esa dirección, en aplicación del principio de equivalencia.

Ello supondría sencillamente consolidar una nueva figura de creación jurisprudencial, que Fuentetaja Pastor define como el «indefinido no fijo» de derecho administrativo¹⁰.

V. LA SOLUCIÓN QUE ADOPTA EL TRIBUNAL SUPREMO

Sin embargo, en los casos que analizamos, el Servicio Vasco de Salud y el Ayuntamiento de Vitoria interpusieron recurso de casación contra esas sentencias de 12 de diciembre de 2016, recursos que la Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió y que resuelve en las dos sentencias de su Sección Cuarta de 26 de septiembre de 2018, que hemos mencionado, de las que fue ponente el magistrado Segundo Menéndez Pérez.

En estas sentencias, el Tribunal Supremo constata que ha existido en ambos casos una situación de abuso en la utilización sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada y, como es natural, parte de la necesidad de aplicar la Directiva 1999/70/CE, en virtud del principio de primacía y efecto directo del derecho europeo, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular (pero no solo) la establecida en la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 sobre los casos enjuiciados. Lo cierto es que la

⁹ SSTs de 28 de marzo y 17 de mayo de 2017, entre otras.

¹⁰ *Función pública y Derecho europeo, op. cit.*, págs. 295 ss.

Administración incumplió en ambos casos las medidas preventivas contempladas en la legislación interna para evitar tal abuso, medidas a que se refiere la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco sancionado por esa directiva, ya que en un caso no se puso límite o fin a su debido tiempo al programa temporal para el que se nombró a uno de los afectados —que no puede superar los cuatro años, según el art. 10.1.c) del EBEP— y, en el otro, no estudió si procedía crear una nueva plaza estructural para no prolongar la situación de precariedad, como exige el art. 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Por otra parte, recuerda el Tribunal Supremo que la figura del personal indefinido no fijo que existe en el ámbito del empleo público laboral no es contraria a la Constitución, como declaró el Tribunal Constitucional mediante Auto del Pleno 124/2009, de 28 de abril. Y, en fin, entiende que el cese de los dos empleados interesados no se justificaba en razones objetivas ni podía serlo por la aplicación del art. 135 de la Constitución y las Leyes de Presupuestos Generales del Estado ni en virtud del principio de autonomía local del art. 140.

No obstante, el Tribunal Supremo estima parcialmente los recursos de casación, en razón de una interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, que se diferencia en algunos aspectos de la realizada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Aunque se trata de diferencias más de matiz o de énfasis que sustantivas.

Está claro que, en caso de utilización abusiva de las relaciones de duración determinada, las autoridades nacionales deben adoptar las medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias que sean necesarias para cumplir las normas del Acuerdo Marco, es decir, garantías de protección de los trabajadores afectados que sean efectivas y «equivalentes», si bien no se impone la obligación de transformar las relaciones por tiempo determinado en relaciones indefinidas y resulta posible adoptar medidas distintas según el empleador corresponda al sector público o al sector privado (o, implícitamente, si la relación es de derecho laboral o de derecho administrativo).

Para el Tribunal Supremo eso se traduce, en los casos que enjuicia, en que el cese de los dos empleados en cuestión, uno estatutario eventual al servicio del Servicio Vasco de Salud y otro funcionario interino al servicio del Ayuntamiento de Vitoria, no son conformes a derecho, de forma que la relación de aquellos con las entidades en las que prestaban servicios ha de continuar hasta que dichas entidades cumplan las previsiones establecidas en la legislación para poner fin a la situación de interinidad. Eso supone, en el caso de personal estatutario eventual de los Servicios de Salud, que ha de cumplirse lo dispuesto en el artículo 9.3 del Estatuto Marco de dicho personal estatutario (Ley 55/2003, de 16 de diciembre), según el cual, si se realizan más de dos nombramientos de la misma persona como personal eventual para prestar los

mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procede estudiar las causas que lo motivaron y valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla. Y, tratándose de un funcionario interino cuya situación se prolonga indebidamente, será necesario que la Administración o entidad competente adopte las decisiones a que se refiere el art. 10 del Estatuto Básico del Empleado Público, lo que significa que el interino solo puede ser cesado y deberá serlo cuando se cubra la vacante que desempeña o se amortice la plaza, o bien cuando el puesto que desempeña por sustitución transitoria vuelva a ser ocupado por su titular, o cuando finalice el período del programa temporal —que no puede tener una duración superior a tres años, prorrogable por uno más, como se ha dicho— o finalice el plazo —máximo de seis meses— en que fue nombrado para resolver una situación, asimismo transitoria, de exceso o acumulación de tareas en el servicio o departamento correspondiente. En supuestos distintos el cese del funcionario interino o del personal estatutario eventual es un acto administrativo carente de «causa» legal, según el Tribunal Supremo, esto es, un acto de contenido no adecuado a su fin, que resulta contrario al ordenamiento jurídico (art. 53.2 de la Ley 30/1992, aplicable al caso; hoy art. 34.2 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común).

El Tribunal Supremo parece así poner el acento en la necesidad de que las administraciones públicas cumplan estrictamente las causas legales de cese de la relación de empleo temporal de derecho administrativo, concluyendo que, en el caso de que no lo hagan o mientras no lo hagan, la única solución posible es la continuidad de la relación de servicio, que no podría ser sustituida por una indemnización al interesado, como sucede en el ámbito del derecho laboral, ya que esta medida no sería lo bastante efectiva y disuasoria para garantizar el cumplimiento del Acuerdo Marco a que se refiere la Directiva 1999/70/CE.

Es más, para el caso de que se produzca el cese de ese funcionario interino o personal estatutario eventual, por causas legalmente no previstas, el mismo podría demandar una indemnización de la administración empleadora, pero basada exclusivamente en los daños y perjuicios que le hubiera producido tal decisión ilegal, que el interesado debe alegar y probar, y no en «hipotéticas equivalencias» con otras relaciones laborales o de empleo público. No es, por tanto, aplicable al caso de aquellos empleados sometidos a derecho administrativo, la figura del contratado indefinido no fijo ni las consecuencias que la jurisprudencia del Orden Social deduce de dicha situación, entre ellas el derecho a una indemnización por despido en caso de cese derivado de una causa legal (por ejemplo, la cobertura reglamentaria de la vacante). Lo cual quiere decir que el funcionario interino u otros empleados públicos con vínculo temporal jurídico administrativo

que son cesados en cumplimiento de las causas legales adecuadas no tienen derecho a ninguna indemnización por el mero hecho del cese. Algo que, por cierto, las propias sentencias del Tribunal Supremo que comentamos se preocupan de subrayar que no procede tampoco en el caso de otros trabajadores temporales o interinos sujetos a derecho laboral [art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores], lo que no es contrario al derecho europeo, tal como ponen de relieve las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, *Grupo Norte Facility* y *Montero Mateos* (C-574/16 y 677/16, respectivamente)¹¹.

VI. VALORACIÓN Y CONSECUENCIAS

Dicho lo cual solo queda por añadir una breve valoración de la doctrina establecida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo y sus consecuencias.

Es preciso reconocer ante todo que, con el pie forzado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, el Tribunal Supremo tenía difícil llegar a una solución distinta de la adoptada. En las dos sentencias que comentamos lleva a cabo, en realidad, un ejercicio de deducción jurídica formalmente irreprochable. También hay que destacar el empeño por hallar una solución desde el derecho administrativo, eludiendo la contaminación mimética con el régimen laboral del empleo público, en la que había incurrido en cambio el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Asimismo es apreciable la apelación a las administraciones públicas para que cumplan la legalidad y apliquen lo que la jurisprudencia sobre el Acuerdo Marco sancionado por la Directiva 1999/70/CE considera como medidas «preventivas» para evitar el abuso en la prolongación de las situaciones de interinidad o temporalidad, medidas que nuestra legislación sistematizó en el art. 10 del EBEP y otras normas complementarias. El problema es, sin embargo, que no existen en la práctica suficientes garantías de cumplimiento de esta legislación, pues quienes aprobaron el EBEP rechazaron en su día las que se habían propuesto en la fase de preparación

¹¹ Es interesante aquí la Sentencia *Montero Mateos*, ya que se aborda la conformidad con el derecho europeo de la extinción de un contrato de interinidad concertado con una entidad del sector público; extinción sin indemnización alguna, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. El TJUE confirma que la solución no es contraria al Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada, pues el contratado interino es sabedor de que su contrato está abocado a la extinción por expiración de su término.

del mismo¹², similares a las que ya existen en otros ordenamientos europeos próximos al nuestro¹³.

Pero todo eso no excluye que la interpretación que se hace del Acuerdo Marco y de la jurisprudencia europea lleve al Tribunal Supremo a hallar una salida para los empleados temporales con vínculo de derecho administrativo que no difiere mucho de la figura del contratado indefinido no fijo del derecho laboral. Al fin y al cabo, en uno y otro caso se viene a reconocer que el empleado temporal que se mantiene en su puesto de trabajo (o en otro) por inaplicación de las causas legales de cese tiene derecho a continuar en esa situación de

¹² Cabe recordar al respecto que la Comisión para el estudio y preparación del EBEP recomendó en su Informe (editado por el INAP en 2005) que la ley debía sancionar la responsabilidad «personal», de naturaleza disciplinaria, patrimonial o penal, de aquellas autoridades o funcionarios que acordaran o permitieran la prolongación irregular de una relación funcional o laboral de carácter temporal. Pero esa medida no se introdujo en el EBEP ni en ninguna otra ley. Solo recientemente la disposición adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio (reiterada por la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio), ha establecido que los órganos competentes en materia de personal de las administraciones y entes del sector público «velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo» (apdo. dos) y que «las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas». Pero no se especifica de qué tipo de responsabilidad se trata, por lo que cabe dudar de la efectividad de esta norma.

¹³ De la STJUE de 7 de marzo de 2018, Santoro (C-494/16) se infiere que en el ordenamiento italiano (Decreto Legislativo 165/2001, por el que se establecen las normas generales sobre las relaciones de trabajo en las administraciones públicas) se dispone que la infracción de las normas sobre la contratación de duración determinada en el ámbito no puede dar lugar a relaciones de servicio de duración indefinida con las administraciones públicas, siendo nulos los contratos de trabajo que vulneren esa regla, aunque el trabajador afectado tiene derecho a una indemnización. Además, los directivos públicos que hayan propiciado esa contratación irregular serán responsables de la misma, de modo que se les tendrá en cuenta a la hora de evaluar su desempeño y, si la infracción es imputable a dolo o culpa grave, deberán abonar a la Administración las sumas que esta haya pagado al trabajador afectado en concepto de resarcimiento por el perjuicio sufrido a causa de la prolongación abusiva de su relación de empleo y posterior cese. En el caso de Grecia, la prohibición de transformar los contratos temporales de trabajo en el sector público en contratos por tiempo indefinido figura incluso en un artículo de la Constitución (art. 103.8), como señala la STJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki (C-378/07 a 380/07 acumulados), lo que no ha evitado el abuso de la contratación temporal, como se deduce de la propia sentencia.

manera indefinida mientras esas causas legales no se apliquen efectiva y justificadamente. Las sentencias del Tribunal Supremo vienen, pues a consagrar una especie de figura de funcionario interino por tiempo «indefinido». Y ello sobre la base de que ha sufrido un «abuso» por parte de la Administración que ha prorrogado indebidamente su situación, cuando en muchos casos —quizá la mayoría—, como se ha dicho, esa prórroga es deseada e incluso instada y perseguida por el propio interesado o sus representantes sindicales.

Así las cosas, las sentencias que comentamos son una manifestación más de las transformaciones de hecho —no sé si hablar incluso de verdadera mutación legal y constitucional— que se están produciendo en el modelo de acceso al empleo público, en amplias áreas del mismo, aunque ciertamente no en todas. Con enorme frecuencia, sobre todo en las administraciones autonómicas y locales, donde hoy se ubica el grueso del empleo público, ese acceso se produce en la condición de personal temporal, ya sea con vínculo funcional o estatutario o con vínculo laboral, y muchas veces sin pruebas selectivas de ningún tipo o sobre la base de criterios objetivos relativamente fiables, que inclusive admiten excepción; como, por ejemplo, la integración en las bolsas de empleo interino de personas que solo han superado un ejercicio de una oposición o concurso-oposición previo o que se limitaron a participar en la convocatoria, aunque no aprobaran ninguno. Una vez «dentro» del empleo público, la mayoría de los empleados temporales adquieren una cierta estabilidad de hecho hasta que, en su caso, logran consolidar la plaza mediante un procedimiento sencillo de concurso-oposición, en el que se rebajan las exigencias de las pruebas de aptitud y se valoran desmesuradamente los años de servicio¹⁴, o bien permanecen como personal formalmente interino o temporal hasta su

¹⁴ Un simple ejemplo de ello puede encontrarse en el RD 84/2018, de 23 de febrero, que modifica el Reglamento de ingreso en los cuerpos docentes no universitarios. Basta, en las convocatorias de consolidación de empleo temporal recientemente celebradas, superar un concurso-oposición, en el que los candidatos pueden elegir uno entre tres, cuatro o cinco temas que les toquen en suerte en la fase de oposición, para valorarse después básicamente en la de concurso el tiempo de servicios prestados como interino. Pero no es el único caso ni el más significativo de las facilidades para la consolidación de los empleados temporales que se vienen regulando por normas y en convocatorias, sobre todo en las comunidades autónomas y entidades locales. Sobre ello, véase X. Boltaina (2018), «Los procesos selectivos “blandos” y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial 2, págs. 140 ss. El problema, como se señala en este artículo, reside si en esos procesos «blandos» de selección se pueden valorar adecuadamente los conocimientos y aptitudes de los concursantes, aparte del trato de favor desproporcionado que se da a los interinos y otro personal temporal frente a cualquier otro

jubilación. Ahora, conforme a la jurisprudencia analizada, estos últimos empleados públicos tienen también la garantía de que no podrán ser cesados por razones económicas u organizativas o técnicas cualesquiera, sino solo por otras razones objetivas, justificadas y proporcionadas —aparte claro, una eventual sanción disciplinaria—, que deberán ser algunas de las que se prevén en el art. 10 del EBEP —cobertura de vacante, amortización de la plaza, retorno del titular sustituido, fin del programa temporal o de la situación de exceso de actividad que originó el nombramiento—, o en el Estatuto Marco del Personal Estatutario, debidamente motivadas por la Administración o entidad pública empleadora. Pero, en cambio, tampoco existe ninguna garantía efectiva de que estas causas legales de cese se vayan a aplicar regularmente por las administraciones competentes, que con enorme frecuencia no las aplican, sea por su propio interés o por la oposición de los interesados y de los sindicatos.

Hace más de una década, el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP alertó ya del problema: «Esta dinámica de selección de personal temporal y posterior estabilización de los empleados temporales al cabo de unos años está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público, e inclusive está llevando a la quiebra otros elementos del propio sistema, como la misma Oferta de Empleo Público, con la garantía de publicidad que supone». Desde entonces la tendencia no ha hecho más que agravarse y sentencias como las que ahora comentamos no ayudan precisamente a revertirla. Antes bien, pueden blindar en la práctica la permanencia en el servicio del personal interino hasta su jubilación, sin necesidad siquiera de organizar procedimientos de consolidación de empleo precario.

En realidad, solo la intervención decidida del legislador puede reforzar esas garantías constitucionales de acceso al empleo público, con las que no son plenamente compatibles las medidas de tutela del trabajador que regula el derecho del trabajo o proceden de él. Para ello son posibles diversas soluciones, que deberían combinar en mejor medida que hasta ahora el rigor y la flexibilidad y agilidad de los procedimientos de selección, incluso los de personal interino o temporal, sobre la base de la transparencia. Estudios y propuestas adecuadas existen al respecto¹⁵. Solo falta, por desgracia, la voluntad política necesaria para trasladarlas a la ley y a la práctica administrativa.

interesado en el acceso al empleo público, que no haya tenido la oportunidad de gozar de un nombramiento o contrato previo.

¹⁵ Me remito sobre ello a los trabajos incluidos en el citado núm. especial 2 de la *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, publicado en 2018, con estudio introductorio de R. Jiménez Asensio.