

Reflexiones sobre las consecuencias de la finalización de la interinidad en el sector público tras la reciente jurisprudencia del TSJCE. Un análisis de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre en el asunto C-16/15, C-184/15, C-197/15 (acumulados) y C-596/2014

Daniel Terrón Santos

Área de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
Facultad de Derecho

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- MARCO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO INTERINO. III.- MÉRITO, CAPACIDAD Y TRANSPARENCIA: LA SELECCIÓN DE LOS INTERINOS. IV.- LA EXTINCIÓN DE LA INTERINIDAD. CAUSAS Y CONSECUENCIAS. V.- INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TSJCE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN A LOS INTERINOS AL FINAL DE SU VINCULACIÓN. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las sentencias del TJCE que vamos a comentar han desempolvado una realidad que quizá en esos últimos años, como consecuencia de la paralización general de la contratación de empleados públicos, había quedado ciertamente olvidada¹. Ésta no es otra que el empleo en precario por parte de las Administraciones Públicas de trabaja-

¹ Se trata de las Sentencias del TJUE dictadas en los Asuntos C-16/15, C-184/15, C-197/15 (acumulados) y C-596/2014, todas ellas de fecha de 14 de septiembre de 2016, en las que se analizan distintos tipos de contratos de personal al servicio de distintas Administraciones públicas, todos ellos caracterizados por su eventualidad o temporalidad. Así se analiza en la Sentencia sobre el Asunto C-16/15 un contrato de personal estatutario temporal eventual, el mismo tipo de contrato para el Asunto C-184/15, un primer contrato de trabajo de duración determinada para la prestación de servicios, sustituido posteriormente por una interinidad en el supuesto del Asunto C-197/15 (acumulado al C-184/15) y otro contrato de interinidad (personal laboral) en el Asunto C-596/2014.

dores públicos, saltándose las limitaciones legales en cuanto se refiere a la contratación en régimen de interinidad.

No debemos adelantar acontecimientos, ni tampoco malinterpretar los textos jurisprudenciales que vamos a analizar. Aunque sería muy fácil hacerlo, sin embargo no debemos limitarnos, sin más, a señalar que los mismos terminan por equiparar los derechos de los empleados públicos que son interinos o temporales eventuales, con los del resto de trabajadores que finalizan su prestación de servicios y tienen derecho a una indemnización por la finalización de su vínculo laboral. Detrás de los mismos hay más conclusiones que ni podemos, ni debemos, dejar pasar por alto, por lo que la lectura y, sobre todo, el análisis de estas sentencias necesariamente ha de ser mucho más profundo.

De sobra es conocido el vasto entramado organizativo que hoy componen las administraciones públicas, muy en particular la Administración del Estado, pero sin desmerecer a la Autonómica o incluso a la Local. Esto es consecuencia forzosa de la necesidad de contar con un conjunto numeroso de personas físicas que den cumplimiento a los principios de funcionamiento y organización por los que se rige la Administración². Dentro de este colectivo, que constituye lo que denominamos el factor humano de la organización pública, hay que distinguir diferentes grupos, niveles y categorías de profesionales. Corresponderá a los órganos que la conforman aplicar la normativa de selección y provisión de puesto de trabajo en la Administración, amparados siempre bajo el paraguas de la Constitución. A este fin se han dictado a lo largo de la historia distintas normas que han ido regulando tanto los mecanismos y criterios de selección, alejando todo lo posible del marco de la discrecionalidad la contratación de personal al servicio de las Administraciones.

Caracterizado por la estabilidad en el puesto, el empleo público, antaño funcional por antonomasia, ha ido sufriendo una progresiva “laboralización”, que desde distintos ámbitos se ha ido promoviendo. Esto ha hecho abandonar la idea del funcionario como empleado por excelencia de la Administración, más si cabe cuando esa fórmula –Administración- se sustituye por ese concepto abierto que es el “sector público”, en el que sus empleados tienen una naturaleza jurídica contractual mucho más diversa³.

² Basta ver la tipología de los contratos de los que termina por conocer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos referidos en la nota anterior para apreciar de forma directa esta circunstancia que no admite discusión posible.

³ Es suficiente detenerse en el texto del propio Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, para darse cuenta de la diversidad de regulaciones y posibilidades de contratación en cuanto al personal al servicio del sector público se refiere. Pese al texto del art. 2 de dicho texto legal, se reconoce directamente por el mismo la existencia de disposiciones específicas para los funcionarios de las Cortes Generales y de las

Tampoco podemos dejar de entrar en esta parte introductoria en la figura de la interinidad, que al fin y al cabo es de la que trae causa el presente documento. Figura inicialmente propia del funcionariado, que ha sido de forma directa adoptada por el mercado laboral, aplicándola a la sustitución temporal de los trabajadores fijos. Pero también el sector público acude a la modificación y adaptación de otras figuras típicamente laborales como son la eventualidad o la temporalidad, para aplicarlas en el empleo público.

Es por todo ello, que hay que empezar la presente reflexión ahondando en los polvos de los que devienen estos lodos, o lo que es lo mismo el sistema de la interinidad en el empleo público, circunstancia que también se puede extender al tema de la eventualidad o temporalidad.

II. MARCO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO INTERINO

Se hace preciso dejar meridianamente claro que el recurso a la interinidad bien entendida, o al menos tal y como está regulada, ha de ser precisamente eso, un recurso al que acudir cuando no sea posible cubrir un determinado puesto de trabajo por las formas ordinarias. No olvidemos la limitación que contempla el propio Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) en cuanto se refiere a la contratación de interinos. Ésta queda restringida a los siguientes supuestos: a) existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, b) sustitución transitoria de los titulares, c) ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto y d) exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. El recurso a la interinidad no puede ser entendido si no es a partir de la urgencia exigida por las circunstancias⁴, pero sin que ello implique

asambleas legislativas de las comunidades autónomas, para el personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas, así como para Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, también para el personal militar de las Fuerzas Armadas, el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como para el retribuido por arancel, los miembros del Centro Nacional de Inteligencia y los del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (art. 4). Sin olvidar la regulación autonómica que afecta a los funcionarios de estas entidades, así como al funcionario de las entidades locales y por supuesto la legislación laboral para el resto de trabajadores laborales al servicio de la Administración y del resto del sector público.

⁴ Esta urgencia implica que, en todo caso, no sea posible la prestación del servicio por funcionarios de carrera, debiendo justificarse estos extremos expresamente (artículo 10.1 EBEP). Como reza la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y para la Función

una merma en las garantías de forma que sólo podrá recaer en personas que reúnan las condiciones exigidas para el ingreso en el Cuerpo a que pertenezca el puesto de trabajo (por plaza)⁵.

En todo caso, no podemos analizar el texto de las sentencias anteriormente referidas si previamente no dejamos, aunque sea de forma somera, sentadas las bases sobre las que estas erigen sus argumentos.

De conformidad con el artículo 10 EBEP, los funcionarios interinos podrán nombrarse para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, únicamente cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionario de carrera.

b) La sustitución transitoria de los titulares (vacantes accidentales con reserva de plaza: licencias, incapacidades temporales o permanentes susceptibles de mejoría, situaciones de servicios especiales, excedencias con reserva, comisiones de servicio, etc.).

c) La ejecución de programas de carácter temporal.

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.

Si bien la urgencia caracteriza a todas estas causas, en el primer supuesto, que probablemente será uno de los más recurrentes en contratación, se ha de exigir que, si cabe esta la justificación de la urgencia sea todavía más importante, ante la posibilidad de cubrirse con un funcionario de carrera, especialmente cuando la plaza ha permanecido vacante durante mucho tiempo y, de repente, su cobertura pasa a convertir-

Pública de 17 de noviembre de 2010 sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral, nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal, cada año la Ley de Presupuestos Generales del Estado establece en su articulado que, durante el correspondiente ejercicio, no se procederá a la contratación de personal temporal ni al nombramiento de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, previa autorización conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial y Administración Pública. Además, será siempre preciso tener en cuenta las restricciones presupuestarias para este tipo de contratos. Ya el art. 5.2 (hoy derogado) del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, exigía la vacante habrá de estar dotada en el presupuesto o, al menos, existir crédito adecuado y suficiente.

⁵ Exigencia que ya se recogía ex artículo 104.1 LFCE. A pesar de su derogación por el EBEP, aunque con el alcance establecido en la disposición derogatoria única (que remite a la disposición final 4^ª); por lo que transitoriamente constituye Derecho vigente, en tanto no se opone a lo establecido en el EBEP. En el mismo sentido, se expresa la disposición adicional 1^ª del RD 896/1991, de 7 de junio (en adelante RIAL), específicamente para la Administración Local, que establece que el personal funcionario interino deberá reunir los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a las correspondientes escalas, subescalas y clases como funcionarios de carrera

se en apremiante⁶. Lo mismo ocurre para el segundo de los supuestos, que también requerirá de un informe motivado sobre la necesidad de esta cobertura temporal y, singularmente, de que ésta no puede dilatarse hasta el reingreso o la reincorporación del titular.

Criticada por su indefinición⁷, en tanto que realmente esta causa reproduce el tipo que la legislación laboral ha descrito como relación indefinida, previsto en el artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) –en adelante ET-, así como los contratos por obra o servicio determinado (artículo 15.a) ET), sólo podría entenderse, a nuestro juicio, justificado el recurso a la interinidad en la ejecución de programas de carácter temporal, cuando la urgencia también revista al propio programa hasta el punto de hacer imposible su ejecución por funcionarios o empleados fijos que se encarguen de los mismos.

El último de los supuestos, por otro lado, sigue el modelo de contratación laboral contemplado en el artículo 15.1.b) ET, por lo que su doctrina jurisprudencial consolidada, adaptándola en todo caso al sector público, podría servirnos de referencia, toda vez que “temporalidad” e “imprevisibilidad” siguen siendo los elementos que amparan esta figura en el mundo laboral. Este caso, en fin, viene a recoger la figura del denominado “interino de refuerzo” ya prevista, por ejemplo, en el ámbito judicial, en su normativa reglamentaria, para atender necesidades coyunturales.

En consecuencia, nos encontramos ante una ampliación de los supuestos de interinidad funcional, que incluyen ahora también una serie de casos o circunstancias que en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) –en adelante LFCE- se solían cumplimentar con el recurso a los extintos contratados administrativos. Es más, para para buena parte de la doctrina no existe ninguna diferencia entre el contratado administrativo y el funcionario interino, nombrado para la ejecución de tareas o programas de carácter temporal⁸.

Como necesariamente hemos de partir del texto del EBEP, y así lo hemos hecho, hasta el momento sólo nos hemos referido a los interinos desde la perspectiva funcional. Esto es así porque en dicho texto legal nos encontramos que la condición

⁶ No hay que olvidar que si la plaza está reservada a personal funcionario no puede cubrirse a través de fórmulas de contratación laboral temporal, con la excusa de la temporalidad o la urgencia.

⁷ A mayor abundamiento, *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Derecho de la Función Pública”, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 96 y ss. que sigue la línea crítica con esta causa por su ausencia de concreción y la facilidad que concede para su uso soslayando el fin último de este tipo de contratos.

⁸ Por todos, *vid.* PARADA VÁZQUEZ, R.: “Derecho del Empleo Público”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 87.

de interino sólo se reconoce para el funcionario público y limitada en los supuestos vistos anteriormente, exceptuando tal figura para el caso del personal laboral, que sólo podrá ser fijo, contratado por tiempo indefinido o temporal, según el propio texto del EBEP.

Se muestra rotundo el art. 11.1 EBEP, por cuanto dispone que es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Excluyendo por tanto la interinidad de forma expresa para los contratos laborales celebrados por las administraciones.

No queda más remedio que acudir al texto del ET, que, de forma muy laxa, hace referencia a los contratos de interinidad, entendiéndose por tales aquellos que tiene por objeto sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, sin que dicho proceso pueda ser superior a tres meses⁹. Es precisamente el derecho de reserva de la plaza lo que justifica la caracterización y el régimen jurídico del contrato de interinidad. En efecto, si el trabajador que suspende su relación contractual mantiene el derecho a ocupar su propio puesto de trabajo hasta que concluya la causa suspensiva, algo propio en el ámbito laboral de los trabajadores fijos¹⁰, es lógica la previsión de una fórmula contractual que permita la contratación temporal de un trabajador que ocupe interinamente esa plaza.

⁹ Tanto es así, que la referencia directa en el ET a la interinidad no existe más allá de las referencias del art. 15.4 para decir que no se aplicará lo dispuesto en este apartado a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad; en el art. 49 al regular que la finalización del contrato de interinidad no genera derecho de indemnización y en la Disposición Adicional vigésimo primera dedicada a la sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares y la reducción de la cotización empresarial. Hemos de acudir a la regulación del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, en concreto es su art. 4 donde se regula el contrato de interinidad.

¹⁰ De hecho, ahí radica precisamente la diferencia entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos. En ambos tipos de contratos existe una duración indeterminada en cuanto a su duración en el tiempo se refiere, siendo la nota de la reserva del puesto de trabajo la que define la línea que marca la diferencia entre uno y otro tipo de contrato. Hay que tener especial cuidado, sobre todo en relación con la aplicación de la legislación laboral, ya que en ocasiones tiende a confundir los términos fijo e indefinido, refiriéndose a un contrato como “fijo”, cuando lo que quiere decir es que se trata de un contrato de duración indefinida. Solamente cabrá la interinidad en el ámbito laboral, *vid.* nota anterior; en la sustitución temporal de los trabajadores fijos, es decir aquellos que tengan reserva de plaza.

Por tanto, aunque posible desde la legalidad forzando su interpretación, la contratación de interinos laborales en el ámbito del sector público necesariamente debería de ser escasa, tanto por el tipo de contratados a los que sustituirían como por su duración. Debiendo justificarse desde la legalidad en la ausencia de prohibición expresa de la figura del interino laboral en el EBEP y en su regulación, ciertamente muy escasa en el ET, pero completada a través del Real Decreto 2720/1998, por el que se desarrolla parte del mismo¹¹.

En todo caso, tanto para el caso de los funcionarios como para los trabajadores laborales, la interinidad implica que los empleados públicos interinos ostentan todas las atribuciones propias del puesto cuya cobertura ocuparan temporalmente, es decir funcionarios o trabajadores fijos exclusivamente. Es por ello que debemos detenernos, entre otras muchas cuestiones, a analizar el Estatuto Básico del Empleado público desde la perspectiva de la regulación en cuanto se refiere a la selección del personal al servicio de las Administraciones públicas. Como es sobradamente conocido, las normas sobre la selección de los funcionarios forman parte del régimen estatutario de la función pública, y tienen el carácter de legislación básica según se desprende del artículo 149.1.18.^a CE y resultan de aplicación en cuanto a los funcionarios interinos se refiere toda vez que el art.10.2 EBEP dispone que *la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad*.

Para dar cumplimiento a esta disposición, habitualmente las distintas Administraciones públicas realizan exámenes de oposición para acceder a dichos puestos de interinos, o bien suelen seleccionar a los funcionarios interinos en orden a las puntuaciones obtenidas en anteriores procesos selectivos en los que hayan superado los exámenes y ejercicios propuestos, ordenados según la puntuación obtenida que será la que determine el orden para ser llamados a ocupar un puesto público como funcionario interino. Aunque cierto es que por razones de eficacia y eficiencia se suele emplear el sistema de listas de sustitución. Estos censos están conformados por aquellos candidatos que se examinaron en las últimas pruebas selectivas al cuerpo específico para el que se opta, pero que no accedieron a la plaza ofertada, de forma que realizan llamamientos para acceder como funcionario interino siguiendo un estricto orden relativo a las puntuaciones obtenidas en la suma total de los ejercicios de la oposición correspondiente.

Obviamente se pretende garantizar así la aplicación de los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, de tal forma que se garan-

¹¹ Hay que tener presente que el art. 92 de EBEP, de forma directa remite al ET en cuanto que dispone que *el personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación*.

tice la selección y la carrera de los empleados públicos sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad¹².

III. MÉRITO, CAPACIDAD Y TRANSPARENCIA: LA SELECCIÓN DE LOS INTERINOS

A pesar del intento unificador por parte del Estatuto tal y como acabamos de ver, lo cierto es que la distinción entre funcionario y personal laboral al servicio de la Administración sigue siendo patente. De hecho, siguen vigentes, cierto es que, con evidentes modificaciones introducidas por el propio texto del Estatuto Básico del Empleado Público, el Decreto 315/1964, por la que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, textos claramente ligados a la figura del funcionario.

Así, si bien es cierto que el nombramiento de empleados públicos de carácter interino deberá estar justificado por razones de necesidad o urgencia¹³, lo que supone que bajo ningún concepto pueden nombrarse, de ninguna manera, funcionarios o laborales interinos para atender situaciones normales en el empleo público. Los conceptos de “necesidad” y de “urgencia”, dado que son jurídicamente indeterminados, sólo la Administración Pública, en virtud de su potestad organizatoria, podrá en un momento determinado considerar si, efectivamente, concurren.

¹² El derecho de acceder a la función pública, por extensión al empleo público, en condiciones de igualdad está contenido dentro de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea, y por lo tanto en conexión íntima con la política social comunitaria. La Exposición de motivos de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de las nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, dice expresamente que *...aunque el artículo 48. 4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea excluye de dicha libertad a los empleos en la Administración Pública, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido realizando una interpretación restrictiva de lo que haya de entenderse por empleos en la Administración Pública, construyéndolo a aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas. En desarrollo de dicha interpretación del Tribunal de Justicia, la Comisión ha señalado determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública, a los que sería aplicable la libertad de circulación de los trabajadores...* Diferentes sentencias apoyan lo arriba expuesto, como la de 12 de febrero de 1974 (Asunto Giovanni Maria Sotgiu contra Deutsche Bundespost), 17 de diciembre de 1980 (Comisión contra el Reino de Bélgica), 3 de junio de 1986 (Comisión contra la República Francesa), 3 de julio de 1986 (Lawrie-Blum contra el Land Baden-Württemberg), 16 de junio de 1987 (Consiglio Nazionale delle Ricerche), 28 de noviembre de 1989 (Anita Groener contra The Minister for Education and the City of Dublin Vocational Committee) y 23 de febrero de 1994 (consulta del Tribunal Administrativo de Cerdeña en el caso Ingetraut Scholz).

¹³ Esta es la redacción del artículo 10 EBEP, que viene a recoger lo ya establecido en su día por el art. 5.2 LFCE.

Por “necesidad” deberá entenderse la falta de funcionarios de carrera o empleados fijos en un momento determinado. Esta circunstancia puede producirse por la existencia de vacantes que bien no se han cubierto por el procedimiento reglamentariamente establecido, bien tienen por causa una incapacidad temporal, licencia, excedencia voluntaria, servicios especiales, permisos, maternidad, etc. En todo caso, estaríamos ante una situación de hecho preexistente y conocida por la propia Administración Pública, previéndose además que será de cierta duración en el tiempo. No obstante, los nuevos supuestos incluidos por el EBEP han de matizar forzosamente esta última condición y la amplitud de esta necesidad (programa temporal, acumulación de tareas). No se puede entender ni justificar la “urgencia”, si no es desde la perspectiva de la necesidad y del carácter perentorio, que no admite espera, ante la existencia de un riesgo inminente de menoscabo del interés general, es decir, una necesidad inaplazable, imperiosa y apremiante, en la que sólo acudiendo al nombramiento de funcionarios interinos puede la Administración solventarla.

Como es bien sabido, antaño hablar de interinidad implicaba que se habían de ocupar necesariamente plazas de plantilla dotadas presupuestariamente, esto es, plazas que ya existen, pero que se encuentran vacantes por lo motivos anteriormente señalados. Sería, por consiguiente, inadmisibles la creación de determinadas plazas para ser cubiertas por funcionarios interinos, así como el nombramiento de interinos sin existencia previa de plaza vacante, aunque la realidad legal vigente nos demuestre, hoy por hoy, lo contrario. Como ya se ha visto, existen hasta dos supuestos que no requieren de la previa existencia de plaza vacante, pura o accidental, la interinidad empleada para la ejecución de programas de carácter temporal y a la que se recurre para hacer frente al exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses¹⁴. Ahora bien, cuando menos sería cuestionable que de forma directa se pretendiera acudir a la contratación de interinos sin haber acreditado fehaciente que con los recursos de personal existentes no se podría atender suficientemente estas necesidades, toda vez que nada se dice del carácter sobrevenido de los programas temporales, que pueden estar perfectamente planificados o previstos, por ejemplo como ocurre con el periodo de pago del IRPF en el caso de la Administración Tributaria, o del exceso o acumulación de tareas que tampoco es fácil que sea inmediato, incluso en ocasiones puede estar causado por ausencia temporal de personal. Sólo cuando no fuera posible, por volumen de carga, atender estas necesidades con el personal funcional o fijo, se podría justificar el recurso a la interinidad en estos casos.

¹⁴ En todo caso, el hecho de que el recurso a la interinidad lo genere cualquiera de estas dos circunstancias no exime de cumplir con el resto de requisitos, en concreto con todos aquellos relativos a la existencia de crédito adecuado y suficiente para cubrir la duración de la interinidad.

Es precisamente esta circunstancia, ocupar plazas que ya existen, lo que justifica tener que remitirnos a todo cuanto se refiere a la selección, provisión de puestos y promoción del personal al servicio de la Administración pública, excepciones concretas a parte¹⁵. Esto supone adentrarnos en el texto del Estatuto Básico del Empleado Público, que tal y como ya se ha anunciado resulta de aplicación también al personal laboral que se encuentra al servicio de la Administración.

Lo que ha de caracterizar el procedimiento selectivo de los funcionarios interinos es la urgencia, de ahí que se predique la agilidad y la rapidez en la selección. Ahora bien, el legislador no ha previsto procedimiento alguno, apenas se limita a exponer los criterios o principios que deben inspirarlo. Mientras, advertimos que lo regula con detalle para los funcionarios de carrera, por lo que, en atención a la previsión de la aplicación del régimen señalado para estos en todo aquello que sea adecuado a la condición de interino (artículo 10.5 EBEP), debemos entender que podrá ser aplicable este procedimiento, salvo en aquellas cuestiones que consideremos que no son apropiadas a dicha condición, entre otras, todas aquellas relacionadas con su característica esencial, la agilidad, y su presupuesto, la urgencia, sin que por ello se menoscaben los principios constitucionales de acceso al empleo público: igualdad (y publicidad), mérito y capacidad. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que las exigencias de estos principios constitucionales resaltan con todo su vigor cuando se proyectan sobre el ingreso en la función pública de carrera, pero no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino, cuya selección lógicamente exige menos rigor. De forma que la discrecionalidad de la que gozan las diferentes Administraciones Públicas para su selección, está limitada no sólo por unos principios y criterios que deben respetarse en todo caso, sino además por un procedimiento que debe cumplimentarse, salvo en aquellos trámites que puedan entorpecer o dilatar la necesaria agilidad y rapidez del procedimiento.

Los principios que rigen esta cuestión traen causa de los artículos 23.2 y 103.3 CE, instaurando en el seno de los procesos selectivos a la igualdad, al mérito y a la capacidad. En ningún modo se pueden entender ambos preceptos como si se tratara de compartimentos estancos que hayan de interpretarse y aplicarse por separado. *Toda lectura o interpretación correcta de los mismos pasa por reconocer la interrelación existente entre ambos, y no sólo en lo referente al acceso a la función pública, sino también en lo relativo a la pertenencia y permanencia en ella*¹⁶.

¹⁵ Así la selección del personal interino, los funcionarios de Justicia, o las personas con discapacidad cuentan con normativa específica.

¹⁶ Vid. GARCÍA GARCÍA, M.J.: “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público”, Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 15, mayo 2008, pp. 132-133.

Más allá de estos, el EBEP recoge otra serie de principios aplicables a los procedimientos de selección, que, si bien no aparecen expresamente recogidos en el texto constitucional, sin embargo, su aplicación es igualmente una exigencia básica para la efectividad de los primeros. La publicidad de las convocatorias y de sus bases, la transparencia, la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección, son los otros principios que rigen los procedimientos de selección del personal por las Administraciones públicas ex art. 55, de tal forma *que la Ley se configura como un elemento determinante, desde un punto de vista constitucional, para establecer los requisitos que delimiten el derecho de acceso a las funciones públicas*¹⁷.

Bien pudiera haberse conferido un mayor grado de concreción a los principios de selección en general y en particular a los de mérito y capacidad, pero lo cierto es que la Ley no lo hace. Todo ello pese a que ambos principios, mérito y capacidad, son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso a la función pública. Conforme a lo cual el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que el principio de igualdad se rompe cuando se tienen en cuenta otros valores en el acceso a la función pública distintos de los anteriores, como pueden ser las situaciones de desempleo, las cargas familiares u otros similares¹⁸. En todo caso hay que tener siempre presente la unidireccionalidad de la relación, ya que, si bien la igualdad se configura a través de una remisión a los principios de mérito y capacidad, esto no ocurre en sentido contrario. O lo que es lo mismo, las convocatorias pueden ver condicionado el ámbito subjetivo más allá de lo que implica la presencia de los principios de mérito y capacidad. Dicho de otro modo, se puede restringir el ámbito subjetivo de una determinada convocatoria sin que ello suponga ningún quebranto de estos principios¹⁹.

Esto no significa que la restricción pueda operar sin más. Restringir una prueba, en cuanto se refiere a su ámbito subjetivo, exige necesariamente que se justifique a través de las bases de la convocatoria en relación con cada cargo o puesto de la función pública, donde opere.

¹⁷ PALOMAR OLMEDA, A.: “Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos”, Dykinson, Madrid, 2016.

¹⁸ Así se ha manifestado el Alto Tribunal en las SSTC 76/1983, 50/1986, de 23 de abril, o la STC 67/1989, de 18 de abril. Al respecto también puede verse la STC 193/1987, de 9 de diciembre. Pese a que pudiera parecer una cuestión superada lo cierto es que la jurisprudencia dictada en ese sentido ha seguido produciéndose, como ejemplo puede citarse la STC 73/1998, de 31 de marzo.

¹⁹ Sobre este punto se ha manifestado también el TC, amparando esta posición, por todas puede verse la STC 148/1986, de 25 de noviembre.

Pese a todo, la restricción subjetiva aun siendo posible va a estar necesariamente constreñida por la capacidad y los méritos. Como no podía ser de otra manera los juzgados y tribunales han venido estableciendo pautas al respecto, señalando que la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta, han de estar en relación con la función a desempeñar, lo que acentúa el valor del criterio objetivo, sin que puedan llegar a fijarse en atención a personas determinadas²⁰.

A raíz de la posición del TC, el legislador no ha podido dejar de hacerse eco de la misma, fruto de lo cual es el artículo 55 del Estatuto del Empleado Público. Sin embargo esto no supone que ni el legislador ni la Administración no puedan concretar el contenido a los principios de mérito y capacidad, habida cuenta de su carácter indeterminado reconocido por la jurisprudencia²¹. De este modo los requisitos establecidos en cada caso han de tener una justificación objetiva y razonable.

²⁰ Ya en su sentencia STC 67/1989 de 18 de abril, el Tribunal Constitucional dejó sentado el carácter inconstitucional que tendría cualquier valoración que resultara excesiva de los servicios prestados a la propia Administración, de tal forma que a efectos prácticos supusiera la imposibilidad material de acceder a las funciones y cargos públicos por parte de aquellos aspirantes que no pueden alegarlos. No niega el Alto Tribunal la posibilidad de valorar los servicios prestados como méritos en aquellas convocatorias que así pudieran determinarlo, lo que pretende es evitar que a través de esta figura se subjetivase la propia convocatoria en sí misma, en términos coloquiales que la convocatoria fuera con “nombre y apellidos”. Si finalmente se opta por fijar requisitos, *estos deben establecerse mediante referencias abstractas y generalizadas, y no mediante referencias individualizadas, evitando cualquier preterición o reserva «ad personam», ya sea de manera expresa o encubierta* (SSTC 42/1981, 67/1989, 47/1990 y 27/1991). *Han de guardar relación directa con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales* (SSTC 42/1981, 148/1986, 193/1986, 206/1988 y 215/1991), a la par que *han de tener una justificación objetiva y razonable en conexión con las funciones a desempeñar, tanto en términos absolutos como relativos* (SSTC 75/1983, 76/1986, 15/1988 y 198/1989).

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto posteriormente, en su sentencia de 2 de marzo de 1998, proscribiendo como ya viene siendo una pauta en su doctrina, las referencias ad personam en las convocatorias para acceso o promoción a puestos de trabajo dentro de la función pública. En esta sentencia se resuelve el recurso de amparo interpuesto por un particular contra una convocatoria para la provisión por el sistema de libre designación del puesto de Secretario General del Servicio Aragonés de Salud, convocatoria que excluía expresamente a sanitarios, investigadores y docentes.

Afirma el Tribunal en esta sentencia que *...se infringe el principio de igualdad, en síntesis, si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad, o dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional...*

²¹ El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos atribuye al legislador un amplio margen para regular las pruebas de selección, así lo ha reconocido la STC 269/1994, de 3 de octubre. Recoge el texto de la Sentencia que *como se desprende de una reiterada doctrina de este Tribunal, el referido precepto no priva al legislador de un amplio margen de libertad “en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios, y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración”, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables. En positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, “establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad” (STC 185/1994, fundamento jurídico 3º; SSTC 293/1993; 353/1993 o 363/1993, entre otras) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscriben que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, “se haga en términos concretos e individualizados”, que equivaigan a una verdadera y propia acepción de personas (STC 185/1994, fundamento jurídico 4º y las que en ella se citan).*

Queda sentado que no cabe establecer condiciones de acceso distintas al mérito y la capacidad, pero se permite que las condiciones de mérito y capacidad que se establezcan han de guardar. Parece una contradicción que sin embargo no lo es. Todo va a depender de los criterios de valoración que se adopten²². Unos criterios justificados en función del puesto y de las pruebas, no tienen por qué vulnerar necesariamente los principios de mérito y capacidad, es más, bien entendidos y correctamente aplicados los criterios de selección no hacen sino refrendar a los propios principios²³.

Otra cosa son los criterios de valoración que finalmente se adopten, y la primacía otorgada a unos méritos sobre otros. Del mismo modo, es también contraria a los principios que se están analizando una valoración de méritos no razonable, que discrimine los servicios prestados en la propia corporación respecto de los prestados en otras Administraciones.

De ahí que, a la hora de seleccionar empleados públicos, se opte mayoritariamente por aquel mecanismo que prescinde de la valoración de méritos más allá que lo que supone el conocimiento del aspirante²⁴.

Se anunciaba con anterioridad que es normal que la selección de interinos se efectúe teniendo en cuenta las listas de puntuación, por orden decreciente, de las últimas oposiciones o concursos para los mismos cuerpos o subescalas, y teniendo presente el factor tiempo²⁵.

²² “...el art. 23. 2 no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23. 2 CE (STC 115/1996).

²³ Tanto es así que el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en su art. 61 donde regula los sistemas selectivos dispone que *los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Además, los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas*. Así se entiende perfectamente por parte del legislador la posición adoptada por la jurisprudencia al reconocer que *los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrá otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo*.

²⁴ Siguiendo con el análisis del art. 61 de la nota anterior, este determina en su epígrafe sexto que *los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos*. Para el personal laboral es sistema es prácticamente idéntico, en tanto que sus sistemas selectivos serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

²⁵ Aunque no se determine como tal una fecha de caducidad, lo lógico es utilizar estas listas en relación con las últimas pruebas de selección realizadas para cada cuerpo o escala. Desde ninguna perspectiva es defendible que un opositor que estuviera en la bolsa de empleo a resultados de un determinado ejercicio pudiera mantenerse en tal bolsa, no habiendo concurrido a la siguiente convocatoria.

La jurisprudencia, que por reiterada no vamos a reproducir, ha dado su aprobación a la constitución de “bolsas de empleo” o “listas de reserva” para la provisión temporal de puestos de funcionarios, pero determinando como requisito sine qua non que tal figura se prevean en las propias Bases de las convocatorias para seleccionar funcionarios de carrera. Extendiendo esta interpretación a las convocatorias de plazas de interinidad, no se puede apreciar obstáculo alguno para que en sus bases se contemple el recurso a la bolsa de empleo. Incluso se puede cuestionar el carácter voluntario de la inclusión en la misma para los participantes, ya que aún que no hicieran constar en su instancia su voluntad de formar parte de dicha bolsa, su presencia en la misma carecería de transcendencia en tanto en cuanto no se formalizara el nombramiento o la firma de contrato del interino, que en todo caso es voluntad de aquel. Aunque pueda resultar incomprensible a primera vista el hecho de nombrar interino a quien no aprobó las pruebas para convertirse en funcionario de carrera, no carece de justificación. Hemos de partir de la premisa cierta de que el resultado de un proceso selectivo en competencia no descalifica en términos absolutos a los que no lo superen, simplemente saca a la luz hay otros opositores con mayor mérito y capacidad.

El empleo de esta figura deberá en todo caso hacerse con las necesarias garantías de transparencia, procurando salvaguardar en todo caso el orden de prelación de la lista, determinado por el resultado obtenido en la prueba de selección, de tal forma que se deje siempre constancia formal y de forma fehaciente de la renuncia, desistimiento, imposibilidad de aceptación de nombramiento, imposibilidad de contactar, etc., en relación con el candidato precedente, antes de correr turno en la lista.

IV. LA EXTINCIÓN DE LA INTERINIDAD. CAUSAS Y CONSECUENCIAS

Toda vez que tenemos claro, al menos desde la perspectiva legal, que al margen de técnicas concretas como puedan ser las listas de interinos, meras herramientas para aplicar los criterios de selección, ésta ha de ser objetiva y transparente. Teniendo también definidas las causas que motivan el porqué de esta figura, hemos de dar por sentado que su contratación es un recurso no sólo apto, si no eficaz y eficiente, sin que nada se pueda oponer, en principio al mismo.

Luego, seleccionado el interino y ocupando su puesto, previo nombramiento para los funcionarios o vía contractual para los laborales, no queda sino dejar que éste desempeñe sus funciones.

Pero la alegría dura poco en la casa del pobre, y el interino, conoce desde un primer momento que su contrato, como se suele decir tiene fecha de caducidad, a diferencia de lo que ocurriría con un funcionario de carrera o con un empleado público

contratado en régimen laboral de carácter fijo. No olvidemos que las propias causas que justifican el recurso a la interinidad son a la vez el límite a la duración del propio contrato.

Tradicionalmente el nombramiento de los funcionarios interinos era revocado, cuando la plaza que desempeñen sea provista por procedimiento legal²⁶, o bien cuando la Administración consideraba que ya no existían las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina²⁷. Posteriormente se añadieron otros dos supuestos, el cese cuando se extingue el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido y cuando por causas sobrevenidas la plaza sea amortizada²⁸.

Todas estas causas han sido refundidas por el art. 10.3 EBEB, que dispone el cese de los funcionarios interinos por las causas previstas en el artículo 63 (las comunes con los funcionarios de carrera, esto es, renuncia, pérdida de la nacionalidad, jubilación, sanción de separación del servicio y pena de inhabilitación), o cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento, que tendrá que cohonestarse con los motivos que lo justificaron.

A la vista de esta regulación queda claro que el cese del funcionario interino no es, por consiguiente, absolutamente libre o discrecional para la Administración sino que se sujeta legalmente a la concurrencia de alguna de las condiciones establecidas legalmente (la provisión del puesto por funcionario de carrera o la desaparición de las razones de necesidad y urgencia que motivaron en su día el nombramiento). Quizá

²⁶ Siendo requisito imprescindible la toma de posesión como funcionario de carrera del aspirante aprobado en la respectiva convocatoria. Aprovechamos para recordar que no es ajustado a derecho el cese de un funcionario interino al objeto de nombrar otro funcionario con el mismo carácter. Actuación que atenta contra la propia naturaleza de la interinidad y contra los principios de interdicción de la arbitrariedad y de estabilidad en el empleo, no salvándose este escollo incluso aunque el nombramiento lo sea de un funcionario integrante de la lista de reserva que se ha configurado tras el proceso selectivo desarrollado para seleccionar a un funcionario de carrera, por todas, vid. STSJ de Madrid núm. 148, de 25 de enero de 2008. Dicho a la clara, por este motivo, un interino sólo cesa cuando la plaza se cubra por un funcionario o empleado fijo seleccionado previa convocatoria.

²⁷ En todo caso, el cese de un interino cuando desaparecen las razones de necesidad y urgencia que motivaron acudir a tal figura, exige, al igual que su justificación para recurrir al mismo, un control de la discrecionalidad, por lo que debe entenderse que la apreciación de que ya no existen estas razones deberá efectuarse mediante resolución motivada, dado que, aunque se trate de una facultad discrecional, cabe el control judicial del uso de dicha facultad. Con carácter general puede consultarse FERNANDO PABLO, M.: "La motivación del acto administrativo", Tecnos, Madrid 1993. En particular, en cuanto en la obra se recoge un estudio completo de la exigencia de motivación expresa del ejercicio de potestades discrecionales ha permitido introducir un mecanismo de control adicional sobre la posible arbitrariedad (falta de justificación) de la elección administrativa.

²⁸ Hay que recordar la extinción de la interinidad también se producirá cuando se extinga el derecho a la reserva de puesto de trabajo del funcionario sustituido o cuando, por circunstancias sobrevenidas, la plaza fuera amortizada.

en su intento de simplificar el legislador ha incurrido en ausencia, toda vez que hoy es mayor el número de supuestos, entre otras cosas porque los funcionarios no gozan del derecho de inamovilidad²⁹.

Aunque en puridad no podemos considerarla como causa de extinción en sí misma, lo cierto es que una de las soluciones más frecuentes para abordar el incremento del personal interino es el de procurar su estabilización. La integración de enormes grupos de interinos en el funcionariado de carrera o en personal fijo, una veces mediante disposición general y otras por medio de concursos restringidos o procedimientos similares, ha sido práctica frecuente en el seno de la Administración, que ha recurrido a ello, aun siendo consciente del coste que implica quebrantar el principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Lógicamente, con la norma en la mano, esta no puede ser ni regla general, algo que se antoja más que evidente, pero aún siquiera práctica más o menos frecuente. Bajo ningún concepto, la conversión del interino en funcionario estable o trabajador fijo sin una nueva y más rigurosa selección no puede entenderse ajustada a las más básicas exigencias constitucionales. Todo ello sin negar cierto privilegios, sobre todo a la hora de ponderar el tiempo de servicios prestados como interino (o temporal) para que pueda ser valorado en proporciones razonables en las fases de concurso para acceder a la condición de funcionario de carrera³⁰.

Así, para cerrar el círculo hemos de acudir a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 4ª del EBEB. En la misma se establece que las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, siempre que estén dotados presupuestariamente y con un límite temporal, que se encuentren des-

²⁹ El tema de la inamovilidad de los funcionarios ya se ha venido discutiendo desde largo, así y se hacían eco del mismo las SSTS, de 12 de mayo de 1986, 14 de abril de 1997 y 12 de enero de 1998, entre otras.

³⁰ Sin denostar que *la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, puesto que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni por tanto lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado*, la jurisprudencia tradicionalmente ha venido interpretando muy restrictivamente la posibilidad de convertir interinos sin un proceso de selección riguroso, transparente y en condiciones de igualdad. Por más que se pueda defender la legalidad de la medida, en base a tratar de evitar la perpetuación de situaciones ilegales (por su duración) que llevan a la provisionalidad del personal en la función pública a interinidades indefinidas, la jurisprudencia sobre todo desde la STS, de 10 de noviembre de 2000, ha rechazado el argumento de su excepcionalidad, exigiendo la justificación de la excepción de la oposición o pruebas libres sin cupos restringidos, y limitando, en el caso del concurso o concurso-oposición, la puntuación de servicios prestados en Administraciones Públicas a porcentajes, respecto a la puntuación total posible, que no fueran excluyentes.

empeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005³¹. Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer esta discriminación de méritos a favor de la experiencia o los servicios prestados en la misma Administración convocante, ha sido amparada por la jurisprudencia. Ésta ha venido estableciendo que toda la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, dado que el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público, y suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos, el único problema se plantea con su relevancia cuantitativa y, sobre todo, cuando este sea el único mérito tenido en cuenta en la fase de concurso³².

Ahora bien, lo determinante radicará en si la ponderación de los servicios previos ha sido tan desproporcionada e irracional que ha desconocido el derecho a la igualdad. Desde esta perspectiva, la valoración constitucional de esta regla ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio de diferenciación utilizado.

V. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TSJCE SOBRE LA INDEMNIZACIÓN A LOS INTERINOS AL FINAL DE SU VINCULACIÓN

Llegados a este punto toca hacernos eco de lo que en realidad es el leitmotiv del presente trabajo a la luz de la última jurisprudencia del TJUE. Hasta ahora hemos visto de una manera somera la regulación de la interinidad, sin que hayamos aportado nada nuevo a lo ya sobradamente trabajado. No obstante, sirve lo anterior para refrescar las bases de la interinidad en el sector público tras la última reforma del EBEP, así como la regulación actual de la misma en el ET, sin las cuales no es posible entender la interpretación del TJUE.

³¹ Esta regulación ineludiblemente obliga a reconocer que se ha adoptado el remedio tradicional para paliar la proliferación de personal interino, que no es otra que una especie de concurso-oposición en los que se valora como mérito el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas, incluida la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Por mucho que se pretenda hacer valer que estos procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria, la “discriminación” es patente. En el momento en que en la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, automáticamente se premia el desempeño previo de un puesto en la Administración al que muchos de los candidatos ni tan siquiera han tenido ocasión de acceder, por más que se dé por cumplido, de hecho así es, lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del EBEP.

³² *Vid.* nota núm. 30.

Para entender esta corriente jurisprudencial emanada desde Bruselas, hemos de tomar como punto de partida el texto del propio art. 63 del EBEP al determinar las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera, que en ningún caso conllevan el pago de ninguna indemnización al funcionario. No obstante, hemos de dejar claro, que todas las sentencias hunden sus raíces en asuntos muy anteriores a la reforma que ha dado como resultado el texto del actual EBEP e incluso del ET³³.

Como ha sido ya también sobradamente comentado, el contrato de interinidad se formaliza para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, tal como se señala en artículo 15.1.c ET, mientras exista este derecho a reserva, y suelen emplearse para sustituir a trabajadores en baja por incapacidad temporal, descanso por maternidad, riesgo durante del embarazo o excedencia forzosa, entre otros supuestos.

Por su parte los contratos temporales, en base a la art. 49.1.c ET, tienen reconocida a su finalización una indemnización a modo de compensación de esta temporalidad, pero en este caso particular, pese a ser también temporal, está expresamente excluido, en el mencionado precepto, de la indemnización por fin de contrato de interinidad.

Ahora bien cuestión completamente distinta es lo que pueda ocurrir en el caso de contratos de interinidad celebrados en fraude de ley. Por tanto, en el ámbito laboral está meridianamente claro que este contrato no puede formalizarse a la ligera y de cualquier manera, pues pese a no tener reconocida ninguna indemnización por fin de contrato, sí está amparado por la regulación referente al fraude de ley, artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, y también del despido improcedente, con lo que su extinción de forma no adecuada sí conlleva el pago de la indemnización de 33 días por año trabajado reconocida en el artículo 56.1 ET.

Llegados a este punto se hace necesario reflexionar acerca de dos cuestiones. La primera es analizar qué ocurre o, mejor dicho, que debería ocurrir con esos contratos o nombramientos de interinos, que exceden los límites de duración legales, más allá de la cuestión de si procede o no que sean indemnizados a la finalización del vínculo profesional.

La segunda cuestión, limitada al caso concreto de los funcionarios interinos, es la cuestión de la indemnización, en cuanto a que los funcionarios en general, no tie-

³³ Especial relevancia en este aspecto tiene la Sentencia dictada sobre el Asunto C-197/15, que se remonta a unos precedentes de fecha 1 de diciembre de 1993, fecha del comienzo de la presentación de servicios del recurrente, primero mediante un servicio de duración determinada, para terminar como funcionario interino durante casi catorce años, hasta que mediante Decreto de 10 de diciembre de 2012, por el que se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio del recurrente con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz con efectos al 31 de diciembre de 2012.

nen, por su propia condición y naturaleza jurídica derecho a indemnización alguna, ya que la relación funcional por definición, siendo esta la gran diferencia con los empleados públicos laborales, incluso con los fijos –aquellos con reserva del puesto de trabajo–, tienen garantizada su continuidad y cuando cesan no se contempla indemnización.

Siendo así, en principio parece lógico que la legislación nacional sobre función pública no contemple ninguna compensación indemnizatoria para los funcionarios interinos cuando finalizan su vínculo, ya que los funcionarios no la tienen en ningún caso. Es más, así lo reconoce el propio Tribunal en la Sentencia sobre los asuntos C-184/15 y C-197/15, al señalar que en la medida en que no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, 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. Luego si la utilización no es abusiva, es decir, se cumple rigurosamente con los preceptos legales, no cabría indemnizar al interino que cesa.

El eje sobre el que giran estas sentencias está en orden sobre la conculcación de la cláusula 4 del Acuerdo o 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, por parte de una normativa nacional que excluye de indemnización a los contratos de interinidad concluidos por ocupación de la plaza por quien resulta ser su titular. Es en este sentido cuando por el Tribunal Europeo se señala que aquella norma internacional requiere la **concur-rencia de causas objetivas que justifiquen el trato diferencial**. Desde esta perspectiva enjuiciadora se afirma que el principio de no discriminación impide tratar de manera diferente situaciones que son comparables, como, también, hacerlo de manera idéntica a aquellas que se presentan como diferentes³⁴.

Así el Tribunal entiende literalmente que *con arreglo a la jurisprudencia recordada en los apartados 40 y 41 de la presente sentencia, en principio la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se*

³⁴ Con argumentos parecidos se manifiesta el TJUE en el asunto C-596/14.

*trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal.*³⁵

Por lo tanto también hay que traer a colación la cláusula 5 del citado Acuerdo marco, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones.

Por consiguiente, si el tribunal remitente declarase que en Derecho español no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco.

³⁵ *Vid.* punto 48 de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 sobre los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15. Esta jurisprudencia se resume para el TJUE en que **una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco**, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 105; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 49; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 34, y de 23 de abril de 2009, Angelidakí y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartados 161 y 184), algo que existen en España con el texto del EBEP. Además, sigue el TJUE, afirmando que, es necesario recordar *que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco* (sentencias de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 39, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 66, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 48). Entiende el TJUE que *corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno constituyen una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada* (sentencias de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 56; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 41, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 67 y jurisprudencia citada, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 49).

Según reiterada jurisprudencia³⁶, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, es la de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, lo es de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación. Obligaciones que se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales. En consecuencia, incumbe a los tribunales del Estado miembro de que se trate garantizar la observancia de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, velando por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que **se hayan celebrado de manera abusiva** contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

Es ahí, y sólo ahí donde el Tribunal resuelve que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional sea aplicada de tal modo que genere una discriminación en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Con ello lo que pretende evitar el TJUE es que las personas que han celebrado un contrato de trabajo laboral con la Administración y no tengan el mantenimiento de la relación laboral, y además esta concatenación de contratos de duración determinada haya sido abusiva, tienen derecho al mantenimiento de su relación laboral, vía ET, mientras que, con carácter general, no se reconoce este mismo derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo.

Dicho en términos más sencillos, el contratado laboral, adquiere carácter de indefinido por la celebración abusiva de concatenación de contratos, aún en el seno de la Administración, no por lo dispuesto en el EBEP, si no por aplicación del ET, y si la Administración no desea perpetuar a éste no tendrá si no más remedio que proceder a su despido previa indemnización. Hechos estos que no se reproducen para el caso de los funcionarios interinos.

Es por ello, que el Tribunal viene a decir que ningún problema hay con los laborales interinos, dado que tienen garantizada su protección, vía ET, pero que a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto del personal funcional –interino–, hecho que además incumbe al juez nacional comprobar, esta situación no sería compatible con lo establecido en el Acuerdo marco. Se garantiza así que no pueda existir, conforme a la norma-

³⁶ *Vid.*, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 106, así como la jurisprudencia citada en la nota 35, toda ella del TJUE.

tiva comunitaria, un diferente grado de protección frente a la utilización abusiva de la contratación o de los nombramientos en caso de finalización según que la persona que preste sus servicios lo haga en virtud de régimen jurídico laboral o administrativo³⁷.

Luego pues, corresponde al juez nacional determinar si esto ocurre dada la última redacción del EBEP. Si éste no fuera así, entonces sí, y sólo en tanto no se corrigiera el déficit normativo, cabría aducir un derecho a indemnizar a los funcionarios interinos tras su cese, recordemos que los laborales es un derecho con el que ya cuenta. Bastaría por tanto, en caso de que así lo interpretara el juzgador nacional, con modificar el EBEP incluyendo una medida que protegiera contra el nombramiento de funcionarios interinos de forma abusiva, para salvar este escollo.

Parece claro pues que la cuestión de fondo no es tanto el tema de si procede indemnizar con carácter general a los interinos, tras la finalización del vínculo con la Administración, que tanto ha dado que hablar desde la publicación de estas sentencias. En definitiva, se trata de proteger a las relaciones de duración determinada ante el abuso de esta figura de contratación en el sector público. Luego si el recurso la figura es acorde al texto legal, restrictivo en su empleo, se ha de entender que no cabría indemnización alguna, pero por el contrario, si el uso fuera abuso se equipararían con el resto de trabajadores, teniendo derecho, como no podría ser de otra manera, a la correspondiente indemnización, mientras no se modifique la normativa tal y como se desarrolla en el párrafo anterior.

³⁷ Así la sentencia recaída en el asunto C-16/15, vuelve a reiterar lo ya expuesto en este caso aplicado al personal estatutario temporal –ámbito sanitario–, al reconocer , en relación con el Acuerdo marco, que *su objeto es únicamente establecer, fijando principios generales y prescripciones mínimas, un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y para evitar los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo.*