

EL CESE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 28/05/2018

Fecha de aceptación: 16/06/2018

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES. II. TENDENCIA A LA INTERPRETACIÓN *PRO OPERARIO* EN EL ORDEN SOCIAL. III. LAS DISTINTAS FORMAS DE TEMPORALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. V. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. 5.1. El abuso en la utilización de la figura del funcionario interino. 5.2. La libertad de elección de las Administraciones públicas. VI. CONSIDERACIONES FINALES: EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ÚNICA EXCEPCIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En los últimos tiempos asistimos a una cada vez más generalizada aplicación de lo que se viene conociendo como “criterio Diego Porras” a múltiples tipos de relaciones laborales de naturaleza temporal, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador. En particular, puede decirse que ya existe una tendencia uniforme de nuestros jueces y tribunales a reconocer una indemnización de 20 días de salario por año trabajado en los casos de extinción de un contrato de trabajo en régimen de interinidad, bien

por cobertura definitiva de la plaza que se ocupaba, bien por reincorporación de la persona a la que, circunstancialmente, se estaba sustituyendo. Pero la interpretación que se está convirtiendo en dominante en el ámbito de la jurisdicción social, no siempre rige ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En particular este trabajo se dedica a analizar la figura del funcionario interino y las consecuencias indemnizatorias derivadas de su cese.

ABSTRACT: In recent times, courts perform a widespread application of the “Diego Porrás criterion” to multiple types of temporary jobs, regardless of the public or private nature of the employer. In particular, there is a uniform trend of our judges and courts to recognize compensation of 20 days of salary per year worked in cases of termination of a contract of employment under interim regime, or for final coverage of the position that was occupied, either by reincorporation of the person to whom, circumstantially, it was being replaced. But the interpretation that is becoming dominant in labor courts, does not in the administrative courts. In particular, this paper analyzes the figure of the interim official and the indemnity consequences derived from his dismissal.

PALABRAS CLAVE: Indemnización por cese, personal laboral, vínculo administrativo, funcionario interino.

KEYWORDS: Compensation for dismissal, labor personnel, administrative link, interim officer.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Como es sabido, la STJUE de 14 de septiembre de 2016, al resolver el hoy conocido como “Caso Porras”, introduce un criterio interpretativo muy importante que hace cambiar la configuración tradicional no solo del contrato de interinidad, sino quizá, de cualquier modalidad de contrato de trabajo de naturaleza temporal.

La citada sentencia confirma que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse entendiendo que el concepto de *condiciones de trabajo* incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada. De esta forma, se rechaza la normativa española que, a efectos de la posibilidad de percibir una indemnización derivada de la finalización del contrato, genera desigualdad entre trabajadores fijos y temporales¹.

Aunque la STJUE antes citada versa, sobre un contrato de interinidad (al que, en principio, la legislación española no le reconoce indemnización por cese), el fallo del alto tribunal utiliza un argumento perfectamente extrapolable a las restantes modalidades de contratación laboral temporal. Precisamente por ello, jueces y tribunales españoles, concretando el alcance de las indicaciones que marca el TJUE, vienen entendiendo que, para respetar la exigencia del tribunal comunitario, ante la finalización de un contrato temporal por agotamiento de la causa temporal que lo inspiró, debe reconocerse la indemnización derivada de la finalización del contrato por causas objetivas (20 días de salario), pues solo así se producirá una verdadera equiparación entre la indemnización derivada de la finalización del contrato entre trabajadores temporales e indefinidos. En el fondo, el planteamiento radica en entender que la finalización de la causa temporal que les dio origen en realidad debería quedar considerada una causa organizativa propia, en virtud de la cual deriva la extinción del contrato temporal como si una de las causas objetivas

.....

1 Considera entonces que el mero hecho de que un trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar que dicho trabajador tenga derecho a una indemnización derivada de la finalización de su contrato. En otras palabras, el TJUE concluye que, para respetar las exigencias impuestas en el art. 4 de la citada Directiva comunitaria, las distintas legislaciones nacionales han de garantizar que trabajadores fijos y temporales disfruten de iguales condiciones de trabajo en todos los aspectos vinculados al desarrollo de su relación laboral, salvo por lo que respecta a las causas propias de extinción del vínculo que inciden sobre los contratos temporales y no sobre los indefinidos. Y entre esas condiciones de trabajo, a juicio de la reciente sentencia del TJUE, se encuentra también el derecho a percibir idéntica indemnización derivada de la finalización de su contrato a la que le correspondería a un trabajador a tiempo completo comparable.

previstas en la legislación laboral se tratara (arts. 51 y 52 ET). Y es que en caso de que se hubiera optado simplemente por reconocer una indemnización de 12 días de salario por año trabajado ante la finalización de los contratos de interinidad, en realidad no se habría producido realmente la equiparación de las condiciones de trabajo entre contratos temporales e indefinidos que exige la normativa comunitaria, sino una mera uniformización de trato en materia de indemnización entre las diversas modalidades de contratación temporal existentes².

II. TENDENCIA A LA INTERPRETACIÓN *PRO OPERARIO* EN EL ORDEN SOCIAL

Una vez transcurridos prácticamente dos años desde que fuera publicada la citada sentencia, y con el fin de cumplir las obligaciones que de ella se derivaban, nuestros jueces y tribunales, de forma cada vez más extendida, vienen reconociendo indemnización derivada de extinción del contrato por causas objetivas no solo ante la finalización de un contrato de interinidad, sino ante el agotamiento de prácticamente cualquier fórmula de contratación de duración determinada en el tiempo, por cumplimiento de su objeto o expiración de la causa temporal que lo originó, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador o del carácter común o especial de la relación laboral iniciada. Esto es, no solo el contrato de interinidad por sustitución, sino también el de interinidad por vacante, el contrato para obra o servicio determinado, el contrato eventual, los contratos de profesores ayudantes realizados al amparo de la Ley de Ordenación Universitaria, el contrato indefinido no fijo del personal al servicio de las Administraciones públicas o los contratos de relevo³, percibirán esta indemnización cualificada en el momento del cese.

2 Es importante resaltar que el TJUE no concreta la cuantía a la que debería ascender de esta indemnización para no ser discriminatoria, sino que simplemente insta a su equiparación a los contratos por tiempo indefinido comparables. A juicio del TSJ que planteó la cuestión prejudicial, esta equiparación se cumpliría previendo la indemnización que procede ante un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2016 –rec. 246/2014–), criterios que se ha mantenido posteriormente por otras sentencias dictadas en aplicación de la citada doctrina del TJUE.

3 Aunque la citada STJU en el caso Diego Porras estaba referida a la extinción de un contrato de interinidad por sustitución, se aprecia ya una clara tendencia extensiva en virtud de la cual, nuestros jueces y tribunales están reconociendo indemnización propia del despido por causas objetivas ante la finalización de otros contratos de trabajo de carácter temporal, distintos al de interinidad. Esto es por ejemplo lo que ocurre en las dos sentencias dictadas el día 18 de octubre de 2016 por el TSJ del País Vasco respecto a dos contratos para obra o servicio determinado suscritos respectivamente con una empresa pública y con una empresa privada (sentencias nº. 1962/2016 y 1872/2016). También responden en el mismo sentido el Juzgado de lo Social de Avilés en sentencia de 17 de octubre de 2016 (respecto a un contrato por obra o servicio determinado en una sociedad mercantil privada) y el TSJ de Andalucía, sede en Málaga, en tres Sentencias de 16 de noviembre de 2016 (rec. nº. 1411/2016,

Tanta es la aceptación jurisprudencial de los argumentos utilizados por el TJUE en el caso Diego Porras que puede empezar a hablarse de una fuerte tendencia a la equiparación “de hecho” (pues por el momento no se ha producido reforma legislativa alguna) de la indemnización derivada de la extinción del vínculo jurídico de trabajadores temporales e indefinidos. En definitiva, no se puede obviar que la citada sentencia Diego Porras “obligando a tratar de modo idéntico a temporales e indefinidos en la indemnización a percibir por extinción del contrato”; ha representado un gran avance en la creación de “un contrato único por vía judicial”⁴, como claramente está demostrando la jurisprudencia española dictada en las distintas salas de lo social de nuestro país a partir de 16 de septiembre de 2016. Y es que si la indemnización por cese pasa a considerarse una de las condiciones esenciales del contrato, sin no se respeta la equiparación de trata que exige el TJUE, se produciría una discriminación injustificada entre trabajadores temporales e indefinidos

III. LAS DISTINTAS FORMAS DE TEMPORALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Centrándonos ahora en el ámbito del empleo público, conviene recordar que la Administración se nutre de distintos tipos de empleados públicos para desarrollar sus funciones. Si bien es cierto que las necesidades de carácter permanente se cubren en la mayoría de los casos bien por personal funcionario, bien por trabajadores indefinidos, también lo es que entidades y organismos públicos pueden recurrir, lícitamente a determinadas modalidades jurídicas de duración limitada en el tiempo⁵. Así pues, se permite recurrir

.....

1515/2016 y 1532/2016), relativas a empleados con contratos eventuales en un Ayuntamiento o en una Consejería. Incluso, el TSJ de Asturias el 8 de noviembre de 2016 (rec. nº. 2142/2016), a propósito del cese de un trabajador indefinido no fijo de la Administración por cobertura reglamentaria de la plaza (situación que hasta ahora venía considerándose cumplimiento de la condición resolutoria inherente al contrato y provocaba la extinción del contrato del indefinido no fijo sin derecho a indemnización de ningún tipo), y en aplicación de la doctrina comunitaria, atribuye al trabajador la misma indemnización que le correspondería a un trabajador indefinido cuyo contrato se extingue válidamente por causas objetivas, considerando que la Directiva 1999/70/CE, que recoge el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, es también aplicable (por su analogía a los interinos por vacante) a los trabajadores indefinidos no fijos.

4 Véase profesor CRUZ VILLALÓN, J., columna *El País*, Economía, 19 de septiembre de 2016, <http://go.microsoft.com/fwlink/p/?LinkId=255141>.

5 Como pone de manifiesto CAVAS MARTÍNEZ, F., “Nuestro ordenamiento jurídico admite que las Administraciones Públicas cubran sus necesidades de personal tanto mediante funcionarios u otro personal en régimen de Derecho administrativo, cuanto con empleados contratados en régimen laboral. Esta dualidad de estatutos jurídicos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y, más ampliamente, para los empleados del sector público, no contradice lo dispuesto en la Constitución de 1978, la cual, si bien opta claramente

a la contratación laboral temporal en los mismos supuestos y con los mismos requisitos previstos en la legislación laboral (11.1 LBEP), por lo que también las Administraciones públicas podrán recibir mano de obra eventual y para obra o servicio determinado, concertar contratos de interinidad (tanto por sustitución como por cobertura definitiva de la plaza), contratos de relevo o incluso, contratos formativos, ajustándose a las mismas causas y presupuestos exigidos con carácter general, en el Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, la contratación laboral temporal no es el único mecanismo en virtud del cual la Administración pública puede recurrir a personal para realizar funciones dentro de su estructura sin dotarlo al mismo tiempo de plena estabilidad. Esto es lo que ocurre con las figuras de trabajador “indefinido no fijo” y de funcionario interino, ambas exclusivas del ámbito de contratación de los entes públicos y ambas sujetas a una causa propia y específica de extinción de la relación jurídica: la cobertura definitiva de la plaza tras la convocatoria del correspondiente proceso selectivo.

La denominada relación laboral “indefinida no fija” es una creación jurisprudencial que surgió hace dos décadas⁶ para dar respuesta a ciertas irregularidades que se solían presentar en la contratación de las Administraciones públicas. Esta curiosa expresión, conformada por una contundente contradicción *in terminis*, dando lugar a un oxímoron, no es arbitraria, sino que nuestra jurisprudencia intenta representar a través de ella las paradójicas circunstancias que, en ocasiones, dan lugar al reconocimiento de una relativa estabilidad laboral en el seno de una Administración pública, ofreciendo así una solución imperfecta al problema del empleo irregular en las Administraciones públicas⁷.

Esto es, se trata de un trabajador del citado ente público, que ha adquirido tal condición como consecuencia de la reclamación judicial efectuada en virtud de la concatenación de sucesivos contratos temporales durante un plazo superior a veinticuatro meses dentro de un periodo de treinta meses (como permite el art. 15.5 ET)⁸, por prolongación



por el régimen estatutario o funcional de los servidores públicos en sus artículos 103.3 y 149.1.18^a, no prohíbe contratar personal en régimen laboral”, posibilidad por tanto que no hace más que desarrollar el art. 11 de la LBEP, en “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2/2017, pág. 10 del soporte informático.

6 Durante la vigencia de la Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la función pública. Entre otras, así lo reconocen las SSTs, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492), 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471), 24 de abril de 1997 (Ar. 3498) y 7 de julio de 1997 (Ar. 1735), y anteriormente incluso, de 27 enero 1992 (RJ\1992\75) o de 17 de enero 1994 (RJ\1994\191), en las que se ya expresamente se proclamaba que, que aunque los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad resultan de imprescindible cumplimiento a la hora de cubrir los puestos de trabajo en régimen laboral en la Administración pública, tal situación “no excluye que la inobservancia de la legislación laboral por dichas Administraciones genere los derechos correspondientes en favor de quienes se encuentren incluidos en su ámbito”. Al respecto, véase GOERLICH PESET, J. M., y VEGA LÓPEZ, J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”. <http://www.fsp-ugt.es/docs/AdmPub.pdf>.

7 CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 13 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

8 Repárese en que las únicas situaciones excluidas de la aplicación de las citadas consecuencias son: “los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente

de un contrato para obra y servicio determinado durante más de tres años (15.1.a ET)⁹, por apreciación de fraude de ley en la causa temporal que aparentemente inspiraba la celebración del contrato (tal y como contempla para estas situaciones el art. 15.3 ET), por la prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso trabajo autónomo, declarado como tal por la jurisdicción laboral, o incluso, entre otras situaciones, como la consecuencia legalmente prevista para las situaciones en las que un ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores, como receptor de mano de obra¹⁰. Y es que en estos casos, la ilicitud de la contratación no puede determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público –tanto funcional, como laboral– en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, exigida tanto en la CE (arts. 14 y 23.2) como en la Ley 30/1984 y, actualmente en la LBEP¹¹.

Se genera entonces una situación en la que se accede al empleo público, con carácter indefinido, a pesar de no haber superado unas pruebas selectivas basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad, simplemente por aplicación directa de las consecuencias laboralmente previstas ante la concertación de una contratación laboral irregular respecto a la que el ordenamiento jurídico laboral contemple el reconocimiento automático de su carácter indefinido en los términos expuestos.

Las propias peculiaridades que justifican la creación jurisprudencial de esta figura son las que a su vez determinan el reconocimiento de causas propias de extinción del contrato. Así pues, tanto la cobertura definitiva a través de un procedimiento basado en los principios de publicidad, mérito y capacidad, como la amortización del puesto de trabajo que hasta ese momento venía ocupando el trabajador indefinido no fijo¹², “hacen surgir una causa de extinción del contrato que tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 ET (esto es, aquellas causas consignadas



registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado” (art. 15.5 *in fine* ET). Pese a todo, se ha de señalar un dato: la redacción original del art. 15.5 ET especificaba que la consecuencia prevista para los supuestos de encadenamiento de sucesivos contratos temporales, “surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”. Ahora bien, la eliminación de la referencia a las Administraciones públicas que se incluía en la redacción original del precepto no puede confundirse con la exclusión de sus efectos a las contrataciones laborales realizadas en este ámbito, entendiéndose que persigue únicamente una simplificación de su redacción.

9 Plazo ampliable durante 12 meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

10 Según indica la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de diciembre de 2009 (nº de recurso 691/2009).

11 Cfr. STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265).

12 A estos efectos, se recordaba que el art. 1117 C.C., al regular los contratos sometidos a condición resolutoria, claramente determina que también se producirá la extinción del contrato cuando “(...) fuera ya indudable que el acontecimiento (del que depende su extinción) no tendrá lugar”.

válidamente en el contrato de trabajo)”¹³, entendiéndose que se trataban estas de causas resolutorias implícitas en la propia naturaleza del vínculo.

Como se puede aplicar, se trata de las mismas consecuencias que nuestros jueces y tribunales reconocían en ese momento respecto a la figura del contrato de interinidad por vacante, respecto al cual se admitía sin reservas que la resolución del contrato derivada de la lícita cobertura de la plaza, resultaba esencial a su régimen jurídico¹⁴.

Adviértase que el efecto más importante de entender cumplida la condición resolutoria del contrato “indefinido no fijo” es que tal circunstancia generaba la extinción del contrato de trabajo *sin derecho a indemnización alguna* (49.1.b ET)¹⁵. En cualquier caso, debe destacarse que en los últimos cinco años (con más intensidad además a raíz de la promulgación de la sentencia Diego Porrás)¹⁶, esta respuesta interpretativa ha ido cambiando. Haciendo gala de un criterio claramente *pro operario* se han ido reconociendo progresivamente más derechos tanto al trabajador indefinido no fijo como al interino por vacante en los casos de extinción de su contrato de trabajo. Tendencia protectora que, abarca no solo a los supuestos de amortización del puesto de trabajo por causas económicas, organizativas o

13 Como indica, entre otras muchas, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265), citando a su vez lo dispuesto en las STS de 20 de julio de 2007 y 19 de febrero de 2009, en las que se especifica que “aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando esta se amortiza el contrato se extingue”.

14 En este sentido ya señaló la STS (Sala de lo Social) de 27 de mayo de 2002, y tal como reproduce después la STS de 8 de junio de 2011 (citando a las del mismo Tribunal de 2 de abril y 9 de junio de 1997, 27 de marzo de 2000 y 4 de marzo de 2002) que son indudables las analogías que existen entre el contrato “indefinido no fijo” y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones públicas, afirmando que “no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad”. En similares términos, en la STS 27 de febrero de 2012 (nº. de recurso 736/12) se dice que en las Administraciones públicas “el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino (...), pues los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo y la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad”. Sobre este tema, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 12, 2010, págs. 33–42.

15 En este sentido, se pronunció en su momento, la STS (Pleno de la Sala), de 27 de mayo de 2002, reiterada por otras muchas posteriores. Se sostiene en ellas que existe una causa de extinción inherente a la propia naturaleza jurídica de esta particular modalidad contractual: la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales. Basta, pues, con la denuncia fundada en esta causa para que el contrato indefinido no fijo se extinga. Así pues, se venía considerando que cubriendo reglamentariamente el puesto de trabajo que hasta ese momento ocupaba el trabajador indefinido no fijo, se daba lugar a una de las causas de extinción “consignadas válidamente en el contrato” (49.1.b ET), aunque en este caso, como recordaba la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265), la condición resolutoria que se incluye en el contrato (49.b ET) no lo hacía por mutuo acuerdo de las partes, sino que resulta, *ope legis*, consustancial al reconocimiento de su condición de “indefinido no fijo”.

16 Pese a todo, desde 2015, ya se empezaba a consolidar una línea interpretativa en virtud de la cual se reconocía, en casos de cobertura definitiva de la plaza, la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET ante la finalización de los contratos temporales (entre otras, la STS, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2015 (nº. Rec. 2592/2014) interpretando la doctrina recogida en el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C–86/14, al contestar la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CEE relativa al trabajo de duración determinada y su posible aplicación sobre el cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del Ayuntamiento de Huétor Vega. De esta forma, el criterio Diego Porrás no ha hecho más que mejorar la protección que hasta ese momento recibían los trabajadores indefinidos no fijos en caso de cese.

técnicas sino también a las situaciones en las que el contrato se extingue por cobertura definitiva de la plaza por otro candidato, llegándoles incluso a reconocer, en sentencias muy recientes, indemnización equivalente a la finalización de un contrato por causas objetivas.

IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Con el fin de dar respuesta a la situación de crisis económica generalizada que atravesó nuestro país, el RD-Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (consolidado después por la Ley 3/2012) introduce una nueva Disposición adicional vigésima en el Estatuto de los Trabajadores (DA 20ª ET)¹⁷, gracias a la cual por fin se reconoce la concurrencia de causas económicas motivadoras de la extinción de contratos de trabajo en la Administración pública, cuando esta sufra insuficiencia presupuestaria (previsión hoy reubicada, prácticamente en sus mismos términos, en la DA 16ª del nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores)¹⁸.

En concreto, en los últimos años esta forma de extinción contractual ha resultado ser particularmente útil en el seno de las entidades locales, cuya disponibilidad económica, en muchos casos se ha visto seriamente afectada por la disminución de la recaudación por medio de tributos locales. Y es precisamente esta constatación legal de las causas económicas en las Administraciones públicas, la que ha derivado otros cambios sustanciales en el tratamiento jurídico que nuestra jurisprudencia venía ofreciendo a los trabajadores “indefinidos no fijos” y a los interinos por vacante¹⁹.

17 En concreto, la nueva Disposición adicional décimo sexta del nuevo Texto Refundido del ET (en adelante DA 16ª ET), al igual que antes hiciera la DA 20ª ET, bajo la rúbrica “*Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público*” indica que: “*El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas*”.

18 Sobre el alcance práctico de la citada disposición, véase MARIN ALONSO, I., “La causa económica en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público”, en AAVV, “*Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*” (coord. por Ángel Arias Domínguez, José Manuel Rodríguez Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 255–285; también, TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas”, *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, págs. 165–182. También al respecto, cfr. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Particularidades del procedimiento de despido colectivo en las administraciones públicas”, en AAVV, “*Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*” (coord. por Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 287–314.

19 El Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 2014 (n.º rec. 217/2013) aclara que cuando el contrato de trabajo del interino por vacante se extingue antes de que llegue su vencimiento, este tipo de extinción contractual por amortización de la plaza debe tramitarse ya, desde la entrada en vigor de la DA 20ª ET, por la vía del despido

En síntesis, aunque tradicionalmente se viniera admitiendo que la amortización de la plaza actuaba como una causa propia de resolución contractual de este particular vínculo jurídico –y que por lo tanto, no generaba a favor del trabajador despedido derecho a indemnización de ninguna clase a cargo de la empresa (art. 49.1.b ET)–, nuestro alto Tribunal pasa ahora a sostener una interpretación muy diferente²⁰. De esta forma, entiende que este tipo de extinción contractual por amortización de la plaza, para poder considerarse procedente, deberá tramitarse, desde la entrada en vigor de la DA 20ª ET, también en el ámbito del empleo público y respecto a las modalidades contractuales del contrato indefinido no fijo y del contrato de interinidad por vacante, por la vía del despido por causas económicas, organizativas o de producción, con las consecuencias indemnizatorias previstas para tales situaciones (arts. 51, 52 y 53 ET)²¹. Y es que solo de esa manera se garantiza que la decisión de amortización de una plaza obedece realmente a causas organizativas, económicas o técnicas reales de la entidad pública.

Ahora bien, ¿qué ocurre con cuando la extinción del contrato del indefinido no fijo o del contrato de interinidad por vacante concertado en la Administración pública se produce por cobertura reglamentaria de la plaza? Contestando a esta pregunta debe decirse que, también en los últimos tiempos, a raíz de los criterios interpretativos marcados por la ya emblemática sentencia Diego Porras, esta causa propia de finalización de la relación laboral ha pasado de considerarse una causa *ad nutum* de extinción de la relación laboral, y por tanto, sin derecho a indemnización alguna, a incluirse dentro de la amplia equiparación de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la finalización del contrato entre indefinidos y temporales que ha marcado el TJUE²². Y es que, no se puede negar que la



por causas económicas, organizativas o de producción, con las consecuencias indemnizatorias previstas para tales situaciones, argumentando que “nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del ET (...)”. En la misma sentencia, el alto tribunal reconoce la indudable analogía que existe entre el contrato de “interinidad por vacante” y el “indefinido no fijo”, con lo que está dando a entender que las consecuencias que expresa en su fundamentación jurídica son extensibles a ambas modalidades contractuales. En concreto, se ocupa expresamente de destacar que, dado que el último párrafo de la DA 20ª ET (hoy 16ª ET) da prioridad de permanencia al personal fijo, esto evidencia de forma indudable “que la misma se aplica también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante”.

20 Esta solución la avala la literalidad del artículo 35.2 del RD 1483/2012, de 29 de octubre que a efectos de determinar el número de extinciones contractuales cuya superación conlleva la existencia de un despido colectivo y de seguir los trámites del artículo 51 del ET y del procedimiento regulado en los artículos 37 y siguientes del reglamento citado dispone que “se incluirá a la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente”. Igualmente respalda esta conclusión el art. 1 de la Directiva 98/59 de la CE, sobre despidos colectivos que impone su aplicación a los contratos temporales que se extingan antes de llegar a su término (Cfr. SSTs de 24 de junio de 2014).

21 Al respecto, resultan muy indicativas las sentencias del TS (Sala de lo Social), de 14 y 15 de febrero de 2018 (sentencias nº. 147/2018 y 151/2018 respectivamente), en las que se valora la consecuencia de nulidad o de improcedencia dependiendo de si este tipo de extinciones se realizaron antes o después de la reforma laboral de 2012.

22 Al respecto, no puede dejar de destacarse la importante STSJ de Asturias (Sala de lo Social) de 8 de noviembre de 2016, en la que, tomando como modelo la indemnización que hubiese percibido un trabajador indefinido comparable a la que hiciera referencia el TJUE, y dando un paso más en esta constante tendencia extensiva en

extinción del contrato por cobertura definitiva de la plaza, coloca tanto al interino por vacante como al indefinido no fijo, en una situación muy similar, por lo que si el interino, dando aplicación a la obligación de equiparación de las condiciones de trabajo entre fijos y temporales que impone el TJUE, va a percibir indemnización cualificada derivada de la finalización del contrato, no existe ninguna justificación razonable para excluir al indefinido no fijo de estas consecuencias indemnizatorias²³, por lo que también a este colectivo debe entenderse amparado por Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 1999/70 CE)²⁴.

En síntesis, puede afirmarse que en los últimos tiempos estamos asistiendo a un cambio de criterio (de momento incipiente, pero lo suficientemente sólido como para atribuirle vocación de generalidad), dictado esta vez a la luz de los últimos argumentos utilizados por el TJUE en el caso Diego Porras y que consigue el efecto de mejorar sustancialmente la protección por cese que percibían los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

Como se ha adelantado, entre las distintas fórmulas en virtud de las cuales las Administraciones públicas pueden recibir una prestación de servicios en virtud de un vínculo jurídico no permanente, debe hacerse especial referencia a la figura del funcionario interino.

Y es que mientras la contratación laboral temporal y la indefinida no fija vienen recibiendo por parte de la jurisdicción social una clara respuesta *pro operario*, declarando aplicable en múltiples ocasiones, como se ha expuesto, el criterio “Diego Porras”, la jurisdicción Contencioso–Administrativa que es la encargada de conocer las controversias



el reconocimiento de derechos a los trabajadores indefinidos no fijos, considera aplicables –habida cuenta de las profundas similitudes que existen entre el trabajador indefinido no fijo y el interino por vacante–, las consecuencias indemnizatorias previstas en el art. 53 ET (y no las del 49.1.c ET), en los casos en los que la extinción del contrato se produce por cobertura reglamentaria de la plaza. Se consolida así una importante tendencia protectora del trabajador como parte más débil de la relación jurídica, obviando incluso la posición privilegiada en la que le ha colocado una situación en la que ha podido acceder al empleo público (aunque sea con carácter temporal) sin haber superado ningún tipo de proceso selectivo al efecto, aunque esta sea una exigencia constitucional básica e imprescindible (23 CE) para garantizar la eficiencia y calidad de nuestra Administración pública.

23 Sobre este tema, véase *in extenso*, SELMA PENALVA, A., “Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso Diego Porras”, *Revista Información laboral* n.º 7, 2017, págs. 53 y ss.

24 Sobre esta tema, véanse las argumentaciones que realiza el TS (Sala de lo Social), en sus sentencias de 14 y 15 de febrero de 2018 (sentencias n.º. 147/2018 y 151/2018 respectivamente).

que surjan en torno a la figura del funcionario interino, no presenta por el momento una postura tan uniforme, pues existen pronunciamientos de signo totalmente contrario. No se puede negar que se trata de una cuestión compleja, sobre la que no existe coincidencia absoluta ni por parte de jueces y tribunales, ni tampoco por nuestra doctrina, a la hora de determinar si tanto la Directiva comunitaria 1999/70/CE, como los criterios interpretativos marcados por la archiconocida STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596-14) en torno al personal laboral temporal, resultan extrapolables al funcionario interino, lo que ha motivado que se aprecie que el tema reviste interés casacional²⁵.

De esta forma, las sentencias que, respecto al funcionario interino, se apartan de la doctrina Diego Porras, se apoyan en la diferente naturaleza jurídica que presentan la relación funcional (aunque se trate de un funcionario interino) y la laboral, lo que explica y justifica la aplicación de ordenamientos jurídicos y principios interpretativos diferentes, sin que la práctica seguida por un orden jurisprudencial (en este caso, el orden social) tenga el efecto de vincular necesariamente la línea interpretativa seguida por otro (a estos efectos, el orden contencioso-administrativo)²⁶. Y es que las consecuencias indemnizatorias reconocidas en el orden social no vinculan a la jurisdicción contencioso administrativa que, en torno a la figura del funcionario interino puede seguir legitimando la cobertura definitiva de la plaza como forma de extinción *ad nutum* de la relación que hasta ese momento se desarrollaba²⁷.

.....

25 Auto del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 5 marzo 2018 (JUR\2018\70883) en virtud del cual el alto tribunal deberá valorar si procede el reconocimiento de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio tras el cese de un funcionario interino, invocando la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, de conformidad con la interpretación efectuada sobre la misma por STJUE de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-596/14 conocida como “de Diego Porras”.

26 Al respecto, destaca el TSJ de Asturias, que en los últimos meses ha dictado varias sentencias del mismo signo. Así, entre otras, cabe destacar las SSTSJ de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 10 julio (sentencia nº. 622/2017), de 23 octubre (sentencia nº. 838/2017), de 13 noviembre (sentencia nº. 909/2017), de 20 noviembre (sentencia nº. 931/2017) y de 27 noviembre (sentencias nº. 958/2017 y 966/2017).

27 En concreto, las sentencias de lo Contencioso-Administrativo que optan por seguir la línea desestimatoria de las pretensiones de equiparación, se apoyan en que el Acuerdo Marco no recoge otras posibles causas de discriminación, como las que puedan tener su origen en la condición funcional o laboral del trabajador. Así lo declara la STJUE de 14 de septiembre de 2016, según la cual “una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco. Es decir, no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, sino en el ámbito de aplicación del Derecho nacional, cuya interpretación corresponde exclusivamente al juzgado nacional”. En sentido, se recuerda entonces que el TC ha declarado que el personal funcionario y laboral son dos colectivos distintos, que se rigen por normativas diferentes, de naturaleza administrativa una y laboral otra, por lo que la distinta regulación de sus condiciones de trabajo no es discriminatoria, dado que estamos ante situaciones jurídicas que no son comparables. De esta forma, se entiende que, aunque a la luz del derecho comunitario, la necesidad de mantener condiciones de trabajo equivalentes se ha de respetar, por una parte, entre trabajadores temporales e indefinidos (con proyección también respecto a las relaciones laborales entabladas con una Administración pública), y por otra, entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos (10.5 LBEP), no existe ninguna norma, nacional ni comunitaria que obligue a prestar un trato equivalente entre los trabajadores vinculados a la entidad a través de un contrato de trabajo temporal y los funcionarios interinos, por lo que, su diferente naturaleza jurídica y la diversidad de regímenes jurídicos que resultan aplicables a una y a otra justifican que los derechos derivados del cese en la relación jurídica, no coincidan. A estos efectos recuérdese que nuestro ordenamiento jurídico tampoco contempla ninguna indemnización cuando

Por el contrario, aquellas sentencias en las que se aprecia la procedencia de cantidad indemnizatoria también en el cese de un funcionario interino, sustentan su argumentación en la clara similitud que en la práctica existe, por una parte, entre el funcionario interino y el contrato laboral de interinidad (en especial, cuando se recurre al interino por vacante) y por otra, entre la figura del trabajador indefinido no fijo y el funcionario interino. Y es que la figura del funcionario interino comparte la provisionalidad de su nombramiento con el interino por vacante y también la existencia de una causa propia de extinción de la relación jurídica, que sería (al igual que ocurre con el indefinido no fijo) la cobertura definitiva del puesto tras la celebración del correspondiente proceso selectivo, siempre que este se haya ajustado estrictamente a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad exigidos constitucionalmente.

Pero no solo eso: existen además otros criterios que coadyuvarían una interpretación extensiva de los principios inspiradores de la sentencia Diego Porras también en este ámbito: por una parte, el abuso que en la práctica se realiza de la figura del funcionario interino, extralimitándose en la apreciación de los supuestos contemplados en la ley; y por otra, y sin necesidad de llegar a estos extremos, la libertad de elección de la que disponen nuestros entes públicos a la hora de seleccionar la utilización del contrato laboral de interinidad por vacante o de la figura administrativa del funcionario interino para ocupar provisionalmente determinado puesto a la espera de que se pueda proceder a su cobertura definitiva. Ambas cuestiones, por su importancia, merecen un análisis individualizado.

5.1 El abuso en la utilización de la figura del funcionario interino

Uno de los argumentos utilizados para extender el criterio “Diego Porras” a las situaciones de cese de un funcionario interino es, como se ha adelantado, el del abuso en su utilización. Ahora bien, antes de realizar una valoración acerca del uso correcto de la figura del funcionario interino por parte de nuestras Administraciones públicas, resulta imprescindible recordar los términos con los que nuestro ordenamiento jurídico conforma la figura tanto del funcionario de carrera como del funcionario interino.

Así, es el art. 9 del RD–Leg. 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante LBEP) el que especifica que: “1. *Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”. 2. “*En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio*

.....

procede extinguir una relación funcional (63 LBEP). Así lo entiende, por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso–Administrativo de Vitoria–Gasteiz en su sentencia nº. 273/2017, de 18 octubre (recurso 419/2017).

de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca”.

Por su parte, el art. 10. 1 del mismo texto detalla que “*Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando (además) se de alguna de las siguientes circunstancias: a) la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; b) La sustitución transitoria de sus titulares; c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto; d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses dentro de un periodo de doce meses”.* Ambos preceptos referenciados deben interpretarse de forma conjunta para poder apreciar correctamente las condiciones y presupuestos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, realmente permiten recurrir, de forma legal, a un funcionario interino con el fin de satisfacer necesidades meramente temporales de nuestras Administraciones públicas. Y es que es en realidad, la lectura conjunta de los arts. 9 y 10 LBEP, la que permite conocer qué tipo de necesidades temporales pueden atenderse recurriendo a la contratación laboral temporal (y por tanto, a través de un contrato eventual, para obra o deservicio determinado o contrato eventual) y respecto a cuales, debe atenderse necesariamente a la figura del funcionario interino.

Así pues, de estos preceptos se puede apreciar que, si bien cualquier necesidad permanente de las entidades públicas puede cubrirse por personal funcionario, solo las que impliquen *la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas* quedarían reservadas en exclusiva a la función pública pero, en cambio, deja una cuestión pendiente de respuesta: ¿ocurre lo mismo respecto a la figura del funcionario interino?

Pese a que adolece de ciertas dosis de indeterminación, una primera lectura del art. 10 LBEP permite comprobar que este queda redactado en términos bastante restrictivos ya que, en realidad, condiciona la posibilidad de recurrir a la figura del funcionario interino a la concurrencia de dos factores: 1º. Que existan *razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia* (a estos efectos, adviértase que el legislador utiliza la conjunción acumulativa “y”); 2º. Que tal nombramiento se reserve *para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera* (esto es, tal y como expresamente indica el citado art. 9.2 LBEP, *para el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas”*).

Ahora bien, la indeseable indeterminación de esta redacción, obliga a realizar una valoración detallada de las dos exigencias apuntadas, pues ¿qué ha de entenderse por “razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”?; y ¿cuáles son exactamente las funciones que implican en la práctica la “participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas”?²⁸

Al respecto, ante la indeterminación del concepto de *potestades públicas e intereses generales del Estado*, que ni siquiera precisa con detalle la propia Constitución española (art. 103), se ha criticado el hecho de que, en la práctica, se venga configurando el carácter funcional como la regla general de prestación de servicios en las Administraciones públicas, y la laboral, como la excepción, cuando en realidad, no debe confundirse la eficacia del servicio público con el ejercicio real de autoridad pública²⁹, aunque esta no es en modo alguno una opinión pacífica.

Si bien es cierto que tradicionalmente toda necesidad permanente de la Administración pública quedaba reservada a personal funcionario y únicamente se recurría a la contratación laboral para satisfacer necesidades temporales, la actual configuración organizativa de nuestras Administraciones públicas destruye totalmente dicha apreciación, pues nada impide hoy en día que las Administraciones públicas recurran a personal laboral indefinido al mismo tiempo que se amplían al máximo los contornos de la figura del funcionario interino con el fin de permitirle atender también a través de esta vía, necesidades meramente circunstanciales y puntuales de la concreta entidad. Pero no solo eso, también el masivo reconocimiento de indefinidos no fijos al servicios de nuestras administraciones públicas para atender necesidades organizativas muchas veces ni tan siquiera contempladas en la RPT, ha motivado el cambio del organigrama tradicional. De esta situación, se

.....

28 Indeterminación del precepto que da lugar a un marco normativo no necesariamente seguro, tal y como pone de manifiesto BOLTAIÑA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, pág. 137. Sobre este tema, CANTERO MARTÍNEZ, J., “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)” (*recurso digital*), detalla que “deberían ser incluidas las funciones sancionadoras, las autorizatorias, las inspectoras o de control o fiscalización, la instrucción y la elaboración de propuestas de resolución de los procedimientos administrativos, la emanación de ordenes de policía, las funciones relativas a la elaboración de normas, etc. Dentro del concepto genérico de la salvaguarda de intereses generales del Estado o de la Administración podrían incluirse las funciones relativas a la dación de fe pública y gestión de los registros administrativos, las de recaudación, asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria o las funciones de contabilidad”, aunque sin duda, el hecho de que la propia normativa haga referencia a la gestión *directa o indirecta* de intereses generales del Estado (9.2 TRLBEP) hace todavía más complejo si cabe este proceso de interpretación, pues parece ampliar prácticamente al máximo el elenco de tareas potencialmente atribuibles a funcionarios (y por tanto, también a funcionarios interinos), elevando al máximo las potestades organizativas de las entidades públicas, págs. 11, 14, 15, 16 y 23 del soporte informático (<http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>).

29 En torno a esta idea, GORRITI BONTIGUI, M., precisa que “El servicio para el cual no hace falta ejercer potestad pública no tiene justificación teórica para ser funcionario. Los puestos de laborales no deberían ser una excepción organizativa ni normativa. Hay puestos propios de las AAPP cuyo desempeño exige eficacia del servicio público sin necesidad de ejercer potestad pública”. cfr. “Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº.11, 2016, pág.110.

infiera que, cuando el legislador hace referencia a las funciones reservadas a funcionarios, no será ya la duración de la necesidad el factor principal del que dependa dicha delimitación de tareas.

De lo expuesto se deduce que el legislador es más restrictivo a la hora de posibilitar la sustitución de funcionario interino que respecto a la creación de una plaza funcional, pues mientras la segunda obedece en realidad a una decisión libre de la entidad (siempre que respete la atención de una necesidad permanente y su cobertura por un procedimiento lícito), la primera ha de ajustarse a los requisitos exigidos por la ley (funciones reservadas a funcionarios y urgente necesidad), lo que la limita de forma notable. Así pues, se infiere que el resto de supuestos en los que exista una plaza de reservada a personal funcionario, pero no se cumplan los estrictos presupuestos marcados por el art 10.2 LBEP, deberá recurrirse a la convocatoria de una plaza de funcionario de carrera, quedando la plaza vacante mientras tanto.

Ahora bien, se ha de ser consciente de que, pese a la existencia de estos requisitos legales, en la práctica, son muchos los supuestos y las entidades en las que el acceso a la condición de funcionario interino no se condiciona ni a los motivos de urgente necesidad, ni se realiza por el tiempo imprescindible, ni se reserva para funciones que impliquen ejercicio de funciones esenciales del Estado o de las Comunidades Autónomas. Tanto es así que en los últimos tiempos se viene acuñando la expresión de “funcionario interino de larga duración”³⁰; haciendo con ello referencia tácita las irregularidades cometidas en su nombramiento. Y es que debido precisamente a la discrecionalidad con que se articula esta figura en el TRLBEP, en la práctica se está llevando a cabo una utilización excesiva. ¿Por qué? Normalmente para poder dotar al sustituto de los complementos económicos vinculados a la condición funcional y que no percibiría un trabajador por cuenta ajena, pero ¿podría esta diferencia, llegado el momento del cese del citado funcionario interino, convertirse en una causa de minoración de sus derechos indemnizatorios en comparación con un trabajador por cuenta ajena? En síntesis, en contra de lo que pudiera pensarse, el ámbito del empleo público no escapa de la excesiva temporalidad de la que adolece en general el mercado de trabajo español, aunque en este caso, dicha falta de estabilidad pueda afectar no solo a personal laboral sino también al funcional o estatutario³¹.

.....

30 Entre otras, véase la STJU de 14 de septiembre de 2016 dictada en el caso Martínez Andrés y López Castrejana en la que expresamente se reconoce tal situación de la que adolece el modelo español de gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas.

31 CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 4 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>). Al respecto, se ha dicho que en el ámbito de empleo público español se detectan muchas prácticas de precarización, muy similares a las que hoy en día resultan típicas del derecho laboral pero frente a las que este no podía actuar por quedar incluidas, por voluntad expresa del legislador en el Derecho de la Función pública, situación que las STJUE de 14 de septiembre de 2016 han intentado corregir. TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del funcionario interino y su extensión a los funcionarios interinos”, *RTSS. CEF*, nº. 409, abril 2017, pág. 83.

Pero no solo eso. Las posibles irregularidades vinculadas a la utilización excesiva o abusiva de la figura del funcionario interino son múltiples y variadas. Así por ejemplo, pueden plantearse las siguientes situaciones: ¿los límites a la creación o cobertura de nuevas plazas derivadas de las distintas medidas aplicadas con la intención de reducir el gasto público pueden considerarse motivos de “urgente necesidad” que justificarían la dotación de una plaza vacante a través de la figura del funcionario interino por el tiempo que reste hasta que se levanten las restricciones y pueda convocarse el concurso público con carácter definitivo? A estos efectos, ha de reconocerse que se admite que la dotación de personal en unidades deficitarias por restricción de gasto público, y habida cuenta de los importantes obstáculos que han existido durante los años de crisis económica respecto a la creación de nuevas plazas funcionariales, pueda realizarse por medio de funcionarios interinos, previa emisión de un informe motivado en el que expresamente se justifique tal necesidad. Pero, ¿cómo se comprueba realmente que no se trata de una maquinación voluntaria con el fin de eludir las leyes de contención del gasto público, recurriendo a personal que, aunque sea de forma provisional, realice las mismas funciones propias de la plaza cuya cobertura se ha paralizado, cobrando idéntico sueldo, pero habiendo superado un proceso selectivo mucho menos riguroso, mientras además se le posibilita acumular de esta forma méritos propios del tiempo de prestación del servicio de indudable puntuación en el futuro proceso selectivo que pueda convocarse a efectos de proceder finalmente a cubrir definitivamente dicha plaza? ¿Se trata de procedimientos siempre detectables por el Tribunal de Cuentas? ¿Qué ocurre cuando el nombramiento no se realiza *por el tiempo imprescindible*, sino que voluntaria e intencionadamente se pospone la convocatoria del correspondiente proceso selectivo con el fin de favorecer a un candidato que, en ese momento, goza del beneplácito de la dirección de la entidad? Pero no solo eso, ¿qué ocurre cuando se superan los tres años a los que el art. 70.1 LBEP condiciona, sin excepción alguna, el periodo máximo de ejecución de la oferta pública de empleo?³²

No se puede olvidar que en el ámbito laboral, ya existe una respuesta jurisprudencial clara y contundente destinada a proteger al trabajador que ha sido objeto de un fenómeno



32 Precisamente sobre esta cuestión, resultan muy ilustrativas las STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 mayo y de 4 y 6 junio 2013 (Recs. nº 559/2013, 871/2013 y 768/13 respectivamente). Aunque dedicadas a analizar la figura del contrato laboral de interinidad por vacante, sus argumentos resultan perfectamente extrapolables a la figura del funcionario interino, habida cuenta que las obligaciones que marca la LBEP respecto a la oferta de empleo público, comprenden tanto a personal laboral como a funcionarial de la concreta entidad. A mismo tiempo, no se puede olvidar que el funcionario interino percibe la misma retribución que el funcionario de carrera, y por lo tanto, la dotación presupuestaria de la plaza, no cambiaría al convocarse definitivamente la plaza. En concreto, respecto a esta cuestión, se ha indicado que: “Por ello es obligación inexcusable de la Administración convocar las vacantes para su cobertura previa inclusión en la oferta de empleo público y la Ley 7/2007 fija un plazo temporal improrrogable para que la oferta de empleo público se ejecute, que es de tres años. Podría plantearse que esto solo ocurrirá si la plaza está dotada presupuestariamente, según el tenor literal de la norma, pero si se ha producido una contratación por interinidad la consignación presupuestaria habrá de darse por supuesta desde el momento en que se dispone de fondos públicos para el abono de los gastos salariales y de Seguridad Social de ese contratado interino”.

de contratación laboral irregular en el ámbito de las Administraciones públicas: el reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo”, pero por el momento no existe una respuesta equivalente respecto al abuso de la temporalidad que caracteriza al funcionario interino. Y es que la jurisdicción contencioso-administrativa todavía no ha elaborado una doctrina uniforme, similar a la laboral, para proteger a este colectivo y sancionar los abusos de la Administración en sus nombramientos, aunque sí se registran pronunciamientos individuales en este sentido³³.

Pero no solo eso. Como a simple vista se puede apreciar, la redacción actual del TRLBEP tipifica diversas situaciones en las que las Administraciones públicas pueden recurrir a la figura del funcionario interino, situaciones que no solo se asemejan al contrato de interinidad por sustitución y al de interinidad por vacante, sino también el contrato eventual y al contrato para obra o servicio determinado propios de una relación laboral. Tan numerosas son ya las situaciones que, atendiendo a la amplitud del art. 10.1 TRLBEP, justifican recurrir a esta figura, que se ha llegado a hablar de una “laboralización de la figura del funcionario interino”³⁴, que ya no queda reservada únicamente a sustituciones temporales de plazas ya creadas y expresamente reservadas a funcionarios (y como tales previstas en la RPT), sino para atender necesidades temporales y circunstanciales (sin necesidad de que estas hayan dado lugar a la previsión de la correspondiente plaza en la RPT) cuando lo que se contemple en la ejecución de programas de carácter temporal que no podrán tener una duración superior a tres años³⁵ (10.1.c LBEP) o el exceso o acumulación de tareas por un plazo máximo de seis meses³⁶ (10.1.d LBEP) siempre que estas sean necesarias para salvaguardar el indeterminadísimo concepto de “*interés general*”. Adviértase que, en realidad, con esta lista tan amplia de situaciones en las que las Administraciones públicas pueden recurrir al funcionario interino en realidad se otorga libertad para recurrir si lo desean bien a la figura del contrato laboral para obra o servicio determinado o al contrato eventual, bien al funcionario interino –siempre que se justifique la urgencia y necesidad– (art. 10.1. letras c y d LBEP) según decidan, configurando con ello una amplísima variedad de posibilidades de auto-organización para nuestras Administraciones públicas que, simplemente valiéndose, cuando proceda, de una escueta justificación de una relativa necesidad y urgencia, podrán optar libremente por recurrir a la contratación laboral o al funcionario interino (siempre amparados por el amplio concepto de *interés general*), para cubrir la mayor parte de sus necesidades temporales. De hecho, tan amplia

.....

33 CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, pág. 20.

34 BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, pág. 137.

35 Ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

36 Dentro de un periodo de doce meses.

y permisiva es la posibilidad de recurrir a un funcionario interino por acumulación de tareas o ejecución de proyectos de carácter temporal que, con esta previsión legal, se han desdibujado los contornos que diferenciaban al trabajador temporal del funcionario interino, descausalizando esta figura³⁷, y elevando prácticamente al máximo las posibilidades organizativas de la entidad³⁸.

Es entonces cuando se plantean también las siguientes cuestiones: ¿qué tipo de proceso selectivo ha de superar un candidato a funcionario interino para acceder a tal condición? Es cierto que, como expresamente indica el art. 10.2 LBEP, este procedimiento selectivo, ha de resultar particularmente ágil, sin dejar de lado en ningún momento los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad³⁹, pero ¿qué ocurre en el caso de que bien no se haya convocado proceso selectivo alguno, bien no se hayan respetado al hacerlos los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad? ¿Se produce un fraude en la contratación Administrativa? ¿Se genera, en virtud de la citada irregularidad, la nulidad de la relación jurídica así iniciada? O por el contrario, ¿se podría acceder a la condición de “indefinido no fijo” al servicio de la Administración pública por esta vía?⁴⁰

Y es que siendo el concepto de “indefinido no fijo” de plena creación jurisprudencial, también han de ser nuestros jueces y tribunales los que, a la hora de aplicar el derecho y resolver las posibles discrepancias que se puedan suscitar entre las partes de la relación jurídica, detallan qué tipo de situaciones y bajo qué presupuestos pueden generar el reconocimiento de la condición indefinida no fija. Y es entonces cuando necesariamente se ha de plantear la siguiente cuestión: si se ha fingido dar lugar a una relación estatutaria propia del funcionario interino cuando en realidad no concurren las causas, el plazo o las formalidades necesarias para dar lugar a un procedimiento ajustado a derecho, ¿puede decirse que la citada relación estatutaria que han querido generar los sujetos implicados

37 CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 5 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

38 Así pues, si las funciones reservadas a funcionarios se venían entendiendo propias, además del ejercicio de autoridad pública y de la salvaguarda de intereses generales del Estado, como necesidades permanentes y estables de la administración, la introducción de las letras c) y d) en el citado apartado altera la configuración tradicional de la figura del funcionario interino, como pone de manifiesto CANTERO MARTÍNEZ, J., “*Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)*”, *recurso digital*, pág. 23 del soporte informático (<http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>).

39 Como indica CAVAS MARTÍNEZ, F., “Está muy extendida la constitución de bolsas de empleo temporal a las que se accede previa superación de un proceso selectivo –examen, valoración de méritos– que debe ser convenientemente publicitado y transparente”, en “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 10 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

40 Cuestión que plantea TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del funcionario interino y su extensión a los funcionarios interinos”, *RTSS.CEF*, nº. 409, abril 2017, págs. 63–88. También, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión en indefinidos no fijos (comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de diciembre de 2016. recs. nums.625/2013 y 735/2013, *RTSS.CEF*, nº. 407/2017, págs. 27 y ss.

en realidad nunca surgió? O por el contrario ¿podría decirse que se ha conseguido con este tipo de entramado jurídico obtener una prestación de servicios que en realidad es voluntario, dependiente y por cuenta ajena, aunque errónea o fraudulentamente los propios contratantes le hayan querido atribuir una naturaleza jurídica que no corresponde? Y si esto es así ¿el funcionario interino que ha sido nombrado realizando una interpretación extremadamente extensiva del art. 10.2 LBEP es, en realidad, un “trabajador indefinido no fijo” al servicio de la Administración pública?⁴¹ Y es que, de admitirse esta consecuencia, tras su cese, ya no existirá obstáculo legal para beneficiar a esta relación jurídica del trato privilegiado que, tras la sentencia “Diego Porras”, está concediendo nuestro orden social. Es por tanto por lo que ciertas reclamaciones de cantidades derivadas del cese de un funcionario interino se apoyan en la utilización abusiva de esta figura, esta vez ya ante el orden social de la jurisdicción, con el fin de obtener el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo, como paso previo a solicitar una indemnización derivada de la finalización del contrato en los mismos términos ya admitidos respecto a los interinos por sustitución y a los interinos por vacante.

Precisamente al respecto, no se puede olvidar que el mismo día 14 de septiembre de 2016, el TJUE dictó no una, sino tres sentencias, todas ellas relacionadas, de forma directa o indirecta, con la temporalidad en el empleo público. Y es precisamente en este caso donde resulta imprescindible traer a colación, no ya la dictada en caso Diego Porras, sino las restantes, en las que se analiza, por una parte, el alcance real de las situaciones de “urgencia y necesidad” exigidas por el legislador español para poder recurrir a la figura del funcionario interino (asuntos Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197-15 respectivamente), y por otra, el alcance real de la Directiva 1999/70/CE (asunto Pérez López, C-16/15). Y es entonces cuando el TJUE recuerda que la definición de trabajador con contrato de duración determinada (cláusula tercera del Acuerdo marco) “engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (como contrato laboral o administrativo)”⁴², motivo por el cual, el



41 Se trata este de una vía incipiente, no descartada expresamente por nuestra doctrina, pero apenas reclamada judicialmente por los trabajadores afectados (sin duda, por problemas prácticos de la extrema brevedad del plazo de caducidad de la acción de despido en el orden social en comparación con el plazo general de reclamación en el orden contencioso administrativo). Sobre esta interesante cuestión, véase el auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 8 febrero 2018 (JUR\2018\67406). Adviértase que en el citado auto se inadmite a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina al apreciar inexistencia de contradicción entre las resoluciones alegadas. Y es que, hasta el momento, cuando se ha apreciado la condición de trabajador indefinido no fijo de un funcionario interino se ha hecho en virtud de relaciones laborales falsamente temporales desempeñadas con anterioridad a la concertación del vínculo administrativo con la entidad pública (a estos efectos, véase, por su interés, la STSJ de Navarra, de 5 de febrero de 2015, rec. nº. 557/2004), aunque durante todo el tiempo de prestación de servicios se hubiesen desempeñado las mismas funciones sin solución de continuidad.

42 STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, asunto Pérez López, apdo. 24, tal y como recuerda BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión en indefinidos no fijos (comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de

alto tribunal determina que el Estado español debería establecer medidas para sancionar el uso abusivo del interinaje en las Administraciones públicas y proteger a los funcionarios interinos, recordando al mismo tiempo que, a estos efectos, al tratarse del acceso a la Administración, cualquier decisión por la que se opte requerirá al mismo tiempo el cumplimiento escrupuloso de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad⁴³.

Ahora bien, este fallo a su vez suscita nuevas dudas interpretativas pues, aunque el TJUE insta a la protección del funcionario interino, no concreta los medios a través de los cuáles deberá llevarse a cabo. En otras palabras, el TJUE elogia la figura del indefinido no fijo como resultado de la necesidad de protección respecto al empleo laboral irregular en las Administraciones públicas e indica que los jueces y tribunales españoles deben dar una respuesta clara y específica ante el abuso en la utilización del funcionario interino, pero ni propone expresamente la extensión del concepto de indefinido no fijo ni plantea, ni tan siquiera a título ejemplificativo, otros mecanismos protectores, sino que simplemente, reconoce la situación de abuso e insta a la detección y corrección del problema.

Y es precisamente en virtud de este criterio del TJUE por lo que cierto sector jurisprudencial y doctrinal interpreta que, en ausencia, al menos por el momento, de previsión normativa alguna, debería aplicarse la misma respuesta que actualmente jueces y tribunales vienen ofreciendo respecto al trabajador indefinido no fijo: esto es, adquisición de estabilidad y permanencia en su puesto de trabajo para la Administración pública ante ceses irregulares, y además, el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año trabajado en caso de que dicha readmisión no sea posible por amortización del puesto de trabajo o cobertura definitiva de la plaza. Eso es, este sector de opinión aprecia que los criterios marcados en dos de las STJU de 14 de septiembre de 2016 (por una parte, la dictada en el caso Diego Porras y por otra, la correspondiente al asunto Martínez Andrés y López Castrejana), deben interpretarse conjuntamente, consiguiendo así el resultado de, sin alterar la naturaleza jurídica del funcionario interino⁴⁴, poder ofrecerle una protección equivalente a la que hoy en día recibe el trabajador temporal y el indefinido no fijo al servicio de nuestras Administraciones públicas⁴⁵. Tanto es así que, del análisis

.....

12 de diciembre de 2016. recs.num.625/2013 y 735/2013, RTSS.CEF, nº. 407/2017, pág. 221.

43 CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, pág. 20.

44 Sobre este tema, la STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 noviembre (sentencia nº. 2891/2017), se ocupa expresamente de desestimar la solicitud de laboralización ante el abuso de la figura del funcionario interino.

45 Como pone de manifiesto CAVAS MARTÍNEZ, F., respecto al cese improcedente del funcionario interino conviene destacar que no cabe aplicar la opción entre la readmisión y la indemnización que, como regla general se atribuye a la empleadora ante el despido improcedente de personal laboral, por lo que, ante un cese de funcionario interino que no se produzca ajustándose a causas legales, solo cabrá la readmisión (cfr. “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 39 soporte electrónico), salvo aquellos supuestos excepcionales en los que, atendiendo a las reglas de la lógica, dicha readmisión no sea posible, en los cuales, la única protección posible quedaría referida al abono de la indemnización que (esta vez a la luz de la STJUE Diego Porras y no ya solo de la STJU Martínez Andrés y López Castrejana) actualmente están percibiendo los trabajadores

de ciertos fallos recientes de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, parece inferirse lo que podría llegar a ser incluso una extensión de la figura del “trabajador indefinido no fijo” al servicio de las Administraciones públicas, pasando a comprender vínculos surgidos tanto del abuso en la contratación laboral de duración limitada en el tiempo, como del abuso en la contratación administrativa temporal⁴⁶. Pese a todo, una lectura detallada de los recientes pronunciamientos de los que parece inferirse una verdadera extensión de la figura del indefinido no fijo al servicio de las Administraciones públicas, permite concluir que en realidad a lo que están dando lugar es a la creación de un nuevo concepto interpretativo (que se empieza a llamar “*funcionario interino indefinido*”⁴⁷), que comparte con el indefinido no fijo todos los rasgos sustanciales que nuestra jurisprudencia le ha ido atribuyendo en los últimos años (estabilidad + indemnización por cese) pero conservando la naturaleza administrativa de la relación inicial de cuya irregularidad parte, y por tanto, manteniendo la competencia el orden jurisdiccional contencioso administrativo no solo para reconocer su existencia sino también para resolver cualquier tipo de conflicto que pueda plantearse entre las partes.

En síntesis, con esta postura, simplemente se está apreciando que la mera diferencia de régimen jurídico (laboral o administrativo) no justifica el trato desfavorable que los funcionarios interinos sufren respecto a los trabajadores temporales⁴⁸. Adviértase que mientras el art. 15.3 ET presupone indefinidos los contratos temporales celebrados en fraude de ley, y el art. 15.5 ET prevé la automática transformación en indefinidos de los contratos laborales temporales que sufran una excesiva concatenación y prolongación, no se con-

.....

indefinidos no fijos a la finalización de su contrato bien por amortización de la plaza, bien por cobertura definitiva.

46 Como a primera vista parece desprenderse de la redacción literal de las STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 2016 (recs. nº. 625/2013 y 735/2013).

47 Así lo reconocen, entre otras, la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 30 septiembre 2016 (rec. nº. 250/2015) y las STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 12 de diciembre de 2016 (recs. 625/2013 y 735/2013). Adviértase que aunque en las sentencias correspondientes al TSJ del País Vasco, expresamente se declara el carácter “indefinido no fijo” de la citada relación jurídica (personal estatutario eventual vinculado a la entidad pública por un vínculo administrativo), expresamente se reconoce el mantenimiento de la relación jurídica con su misma naturaleza: esto es, en realidad se está declarando el carácter de *funcionario interino indefinido* que, compartiendo el mismo origen y finalidad que la figura laboral del indefinido no fijo al servicio de la Administración pública, no da lugar a la novación de la naturaleza jurídica del vínculo (pues este no pierde su naturaleza administrativa para pasar a laboralizarse), aunque sí heredará de esta figura sus rasgos protectores. Y es que en los citados pronunciamientos expresamente se advierte que “el apelante continuará vinculado a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su al cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales”. Sobre esta cuestión, véase también CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, pág. 24.

48 Y es que, como se ha expuesto, tras la STJUE dictada en el caso Diego Porras, también la finalización de un contrato temporal empieza a generar una indemnización cualificada y no meramente la contemplada en el art. 49.1.c) ET. PRECIADO DOMENECH, C. H., “La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés”, Bomarzo, Albacete, 2016. También en el abuso en la utilización de la figura del funcionario interino se apoyan las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 5 de Bilbao de 24 de octubre y 8 noviembre (recursos nº. 78/2017 y 107/2017 respectivamente), a la hora de dictar un fallo favorable a la indemnización.

temple consecuencia equivalente respecto a la utilización abusiva o excesiva del funcionario interino, pese a que su utilización ajustada a derecho también queda, en virtud del art. 10.1 LBEP, sometida a causas tasadas y a plazos máximos⁴⁹.

5.2 La libertad de elección de las Administraciones públicas

Pero incluso, sin necesidad de apreciar abuso o fraude en la utilización de la figura del funcionario interino, existe un segundo argumento que permite justificar la extensión de la indemnización por cese prevista en el ámbito laboral, a funcionarios interinos: la atribución y reserva de determinados puestos de trabajo a funcionarios, no deja de ser, en la práctica, una potestad de la propia Administración, sin que a estos efectos ni la LBEP ni las correspondientes Leyes de Función Pública de cada Comunidad Autónoma introduzcan límites demasiado concretos al efecto. Y es que, como se ha expuesto anteriormente, la única referencia al respecto es la genérica reserva funcional que la LBEP realiza respecto a funciones vinculadas “al interés general” que, por sus amplísimos contornos, resulta muy difícil traducir y plasmar en situaciones concretas.

De esta forma, las mismas tareas en diferentes Administraciones públicas, en cada RPT, pueden quedar o no reservadas a funcionarios. A consecuencia de ello, el número de funcionarios y las funciones concretas que se les encomiendan a cada uno de ellos no deja de ser una decisión particular de cada entidad, que puede optar por seguir un criterio más favorable a la funcionarización de cualquier puesto de trabajo que implique satisfacer una necesidad permanente, bien reservar las plazas que han de ocupar funcionarios solo para cometidos imprescindibles, encomendando a personal laboral las restantes.

Parece que las reglas de la lógica obligarían a elegir la figura del funcionario interino con el fin de cubrir temporalmente un puesto de trabajo reservado en la correspondiente RPT a personal funcionario y a la contratación laboral temporal en los restantes casos (bien al contrato de interinidad si de lo que se trata es de ocupar un puesto de trabajo temporalmente vacante, bien a los contratos laborales para obra o servicio determinado si la idea es atender necesidades puntuales y excepcionales de la concreta entidad pública). Pero esto no siempre es así, dando lugar a un entramado complejo de relaciones jurídicas. Y es que no se puede en ningún momento olvidar que, también en lo que a la cobertura

.....

49 Y son muchas Administraciones públicas, las que conectoras de esta diferencia de régimen jurídico entre la contratación laboral temporal y la contratación de funcionarios interinos, las que voluntariamente se decantan por utilizar masivamente esta última figura, intentando evitar el incremento de su personal indefinido (por fraude en la temporalidad o por excesiva prolongación de su vínculo, que se podría producir de recurrir a categorías contractuales laborales) y también la procedencia de una eventual indemnización derivada de la finalización del contrato de trabajo temporal, prevista en el art. 49.1.c ET respecto al personal laboral, independientemente de la naturaleza privada o pública del empleador, pero no en la LBEP respecto a los funcionarios interinos. Situación que pone de manifiesto BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, pág. 141.

provisional de puestos de trabajo vacantes se refiere, las propias Administraciones públicas gozan de amplias facultades de auto-organización.

Es precisamente esta amplia configuración de las posibilidades de actuación de las Administraciones públicas la que provoca que, en muchos casos, la cobertura provisional se realice de forma indistinta recurriendo a la figura del contrato laboral de interinidad o al vínculo administrativo del funcionario interino, según intereses o conveniencias particulares de la correspondiente entidad. Así pues, en la práctica, son muchas las opciones posibles a las que pueden recurrir lícitamente nuestras Administraciones, produciéndose así, ante necesidades aparentemente similares, diversidad de situaciones de sustitución.

Al respecto, se ha de tener presente, por ejemplo, que para recurrir a la figura del funcionario interino, la normativa no siempre exige ni la atención de una necesidad permanente de la Administración, ni la previa existencia previa de una plaza expresamente reservada a personal funcionario [recuérdense los supuestos contemplados en los apartados c) y d) del art. 10.1 LBEP]. Se admite entonces que necesidades circunstanciales de la entidad, atendiendo a la libre decisión de la empleadora, puedan atenderse por medio de contratos laborales (15.1 ET) o por funcionarios interinos (10.1.c y d LBEP).

Por otra parte, es habitual encontrar RPT en las que los puestos de trabajo no quedan atribuidos de forma tajante a personal funcionario o personal laboral, sino que, en abstracto, se permite ambas modalidades para dotarlos (utilizando la conjunción “o” o el símbolo “/”). Otras veces, se realiza una utilización excesivamente amplia, por error o por conveniencia, del contrato laboral de interinidad, por sustitución o por vacante, destinándolo a cubrir puestos reservados a funcionarios y no a trabajadores (recordemos que el art. 15.1c) ET permite el contrato de interinidad para “sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto”, por lo que no resultaría adecuada esta figura para cubrir provisionalmente puestos destinados a otro tipo de relaciones jurídicas en el seno de las Administraciones públicas). Tanto es así que actualmente, nuestros jueces y tribunales no ven ningún inconveniente en asignar a un trabajador indefinido no fijo a un puesto de trabajo vacante reservado a funcionarios, sin que ello implique alterar la condición jurídica de la relación del sustituto⁵⁰, considerando que se trata de un tipo de decisión que encuentra plena acogida dentro de la facultad organizativa de cada Administración pública de crear plazas y adscribir a su personal a las mismas mientras estén vacantes⁵¹ (eso sí, siempre que no se aprecie que con este cambio de funciones, se persiga vulnerar el derecho de indemnidad del trabajador)⁵².

50 Cfr. STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 870/2013 de 11 diciembre.

51 En este sentido, véase, la STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 4317/2015 de 15 julio.

52 Así se aprecia, entre otras, en la STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2018 (sentencia nº. 64/2018). En el caso objeto de debate, y una vez reconocida la condición de indefinido no fijo previa reclamación del trabajador en cuestión que ha sufrido abuso o fraude en la contratación laboral temporal, se le destina a cubrir una plaza de

En síntesis, no se puede negar que recurrir a la figura del funcionario interino se ha convertido, en la práctica, en una decisión plenamente discrecional para la propia entidad pública pues, incluso, producida la vacante, el exceso de tareas o la necesidad de sustitución, puede elegir también entre dejar vacante el puesto, cubrirlo por medio de reasignación de funciones entre su personal, justificar la necesidad de recurrir a un funcionario interino o, por el contrario, hacer uso de una de las modalidades de contratación laboral a las que, según el ordenamiento jurídico, también puede recurrir en los supuestos previstos en la legislación laboral.

Adviértase que, aunque esta aparente libertad de elección ha existido siempre, es en los últimos dos años cuando se aprecian diferencias sustanciales entre las consecuencias que derivan de una u otra opción. Y es que mientras el contrato laboral de interinidad (al igual que el cese del funcionario interino) daba lugar a la extinción de la relación jurídica sin derecho a indemnización, por cumplimiento de una causa propia y específica de resolución del contrato implícita en la naturaleza del vínculo, desde septiembre de 2016, la postura laboral pasa a ser claramente protectora de los trabajadores interinos, por lo que la elección de una u otra figura contractual para conseguir la cobertura provisional de un puesto de trabajo deja de ser intrascendente.

Precisamente es esta pluralidad de combinaciones y alternativas a las que pueden recurrir nuestras Administraciones públicas para satisfacer sus necesidades de personal, la que hace a ciertos Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo decantarse una postura favorable a la equiparación de indemnizaciones derivadas de la finalización de la relación jurídica que se sigue en el orden jurisdiccional social, considerando extensible también la doctrina Diego Porras a aquellos supuestos en los que se aprecie que el sujeto en cuestión, aunque técnicamente no sea un trabajador por cuenta ajena sobre el que aplicar una interpretación *pro operario*, sigue siendo la parte más débil de la relación jurídica, con el fin de que, llegado el momento de su cese, no soporte las diferentes consecuencias económicas que, hoy en día, podrían derivar de la naturaleza jurídica que la propia entidad eligió para dar cobertura a la relación que mantenía⁵³.

.....

funcionario respecto a la cual, era previsible su futura amortización o cobertura definitiva por celebración del proceso selectivo correspondiente. Entiende el alto tribunal que el cambio de funciones encubría una decisión intencionada tendente a conseguir la extinción de la relación laboral como represalia al trabajador que previamente había demandado a la entidad para obtener su estabilidad, y por tanto, considera el cese producido un despido nulo al vulnerar el principio de indemnidad.

53 Sobre esta cuestión, resulta particularmente importante la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 2 de La Coruña, (sentencia nº. 120/2017) de 30 de junio de 2017. El juzgador estima en este caso que, habida cuenta de la similar razón de ser que persiguen las funciones realizadas por un trabajador interino y por un funcionario interino respectivamente, si se utilizase el criterio de que una y otra provienen de relaciones jurídicas de naturaleza diferente con el fin de negar el acceso a la indemnización derivada de la extinción del contrato a este último, se produciría una discriminación manifiesta entre el empleado temporal laboral en la Administración pública al que se le reconoce un derecho a la indemnización por cese o finalización de la relación laboral en aplicación de la Directiva y doctrina del TJUE en el caso Diego Porras, y el funcionario interino al que se le niega idéntica indemnización en razón exclusivamente de su condición de funcionario interino, a pesar de que muchos

En síntesis, se trata de un criterio a través del cual se intentan corregir lo que se considera diferencias de trato injustificadas entre sujetos que desarrollan sustancialmente las mismas funciones, bajo los mismos presupuestos de “transitoriedad”, pero que, en cambio, dependiendo de la naturaleza laboral o administrativa que se atribuya a la relación jurídica que mantenían, podrían llegar a obtener diferente protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁴. Así, en opinión del juzgador, si el ordenamiento comunitario veta la discriminación entre trabajadores con contrato indefinido y trabajadores con contrato temporal, tampoco existiría razón alguna para discriminar al funcionario interino respecto al personal laboral temporal de la Administración, puesto que la diferente naturaleza jurídica no es en este tipo de supuestos, justificación suficiente para tratar de manera distinta situaciones que comparten una indudable identidad de razón. Así, se señala que, en este tipo de ocasiones, cuando se deniega la indemnización por cese solicitada por un funcionario interino, “la Administración ya no es que no acredite, es que ni siquiera razona cuales pudieran ser esos criterios objetivos y concretos en los que pudiera ampararse la discriminación entre el empleo público temporal laboral y el empleo público temporal en régimen funcionarial, funcionario interino”⁵⁵.

A nuestro juicio, erran las argumentaciones tendentes a negar la equiparación indemnizatoria entre personal laboral temporal y personal indefinido no fijo, por dos motivos:

– Por una parte, porque las causas de cese no son en modo alguno comparables con las previstas para los funcionarios de carrera, sino que coinciden de forma sustancial con las correspondientes a la desaparición de la necesidad temporal que justifica la extinción



puestos de trabajo se vienen desarrollando con habitualidad y normalidad en el seno de nuestras Administraciones públicas, unas veces por personal funcionario y otras, por personal laboral, con carácter permanente o meramente temporal, sin que exista motivo acreditado que permita justificar que determinadas funciones se deban realizar necesariamente en virtud de una relación funcionarial y no laboral. Así pues, en el caso citado, el fallo se sustenta en que los servicios administrativos que desarrollaba la demandante, podrían perfectamente haberse satisfecho a través de un contrato laboral de interinidad, y por lo tanto, privar al sujeto afectado de la indemnización reconocida por el TJUE implica, sin lugar a dudas, dar lugar a una diferencia injustificable de las condiciones de trabajo, claramente prohibida por el espíritu del art. 4 de la citada Directiva 1999/70/CE sobre contratación laboral temporal antes referenciada. Al respecto, véase el comentario que sobre esta interesante sentencia realiza DE CARLOS CASTILLO, A., “Los funcionarios interinos, ¿tienen derecho a indemnización por despido?: SJCA A Coruña, de 30 junio 2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8, 2017, págs. 181–182.

54 Entiende en este caso el juzgador que la indemnización derivada de la finalización de la relación jurídica es una más de las “condiciones de trabajo” que inciden sobre una relación laboral. Al mismo tiempo, valora que, al ser las mismas las funciones que desempeña en la práctica un funcionario interino y un contratado laboral en régimen de interinidad, y bajo la misma condición resolutoria, ofrecer un trato distinto a una y otra figura daría lugar a un supuesto de discriminación inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, véanse, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº. 2 de La Coruña, de 30 junio (Recurso 78/2017). En similares términos, valorando la proyección del derecho a la igualdad de trato en todas las modalidades de empleo público, véase la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº. 5 de Bilbao de 8 noviembre (Sentencia nº. 177/2017 y recurso nº. 78/2017).

55 Cfr. la anteriormente citada sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº. 2 de La Coruña, (sentencia nº. 120/2017) de 30 de junio de 2017. En similares términos se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso–administrativo nº. 1 de Pontevedra de 20 de noviembre de 2017 (nº. rec. 22/2017).

del contrato de trabajo de interinidad e incluso, de la extinción de un contrato eventual o para obra o servicio determinado en los términos previstos en la legislación laboral. Obviar esta circunstancia implica alejarse de las más básicas reglas de razonabilidad en la aplicación del derecho. No se puede olvidar que el art. 63 LBEP enumera simplemente la renuncia, pérdida de la nacionalidad española, jubilación total, sanción disciplinaria de separación del servicio o la pena de inhabilitación para cargo público como motivos de pérdida de la condición de funcionario de carrera, todas ellas muy alejadas a la causa habitual de cese de un funcionario interino como es la desaparición de la necesidad temporal que justificó su nombramiento o la amortización o cobertura definitiva de la plaza que hasta ese momento se ocupaba. Y es que, aunque posean diversa naturaleza jurídica y estén dotados de diferente régimen jurídico, por lo que respecta a las concretas tareas encomendadas y también a las causas de cese en su prestación de servicios, personal laboral temporal y funcionarios interinos, sí resultan comparables. Pero no solo eso. Recuérdese que el propio legislador precisa que, tanto el personal funcionario como el personal laboral, debe seleccionarse a través de oposición o concurso oposición (61.7 TRLBEP), pero en cambio, nada se precisa respecto al personal laboral temporal y al funcionario interino, respecto a los cuales, debido tanto a la temporalidad del puesto a ocupar como de las razones de urgencia y necesidad que en ambas situaciones justifican su contratación (art. 19.dos LPGE 2018⁵⁶), se admitiría la válida celebración de otro tipo de procesos selectivos más rápidos (como podría ser la entrevista personal, el concurso de méritos, la realización de un examen, etc.), siempre y cuando estén correctamente publicitados, por lo que no se puede negar que, también en este extremo, existen fuertes puntos de identidad entre ambas figuras.

– Por otra parte, la equiparación a la condición de indefinido no fijo que, entre líneas, propone el TJUE a modo de respuesta ante los abusos que pueda cometer la Administración pública en la utilización de la figura del funcionario o personal estatutario interino deben necesariamente entenderse realizadas a dos consecuencias inherentes a la propia condición de indefinido no fijo, estrecha e indisolublemente vinculadas entre sí: por una parte la pseudo-estabilidad de su relación jurídica (en la que solo habría que añadir, a las causas que justifican la extinción de una relación laboral indefinida, la relativa a la cobertura reglamentaria de la plaza), y por otra (esta consecuencia proclamada más recientemente por nuestra jurisprudencia al aplicar el criterio Diego Porrás también sobre la figura del trabajador indefinido no fijo), el reconocimiento de una indemnización por causas ETOP cuando se produce la extinción de su relación laboral derivada bien de la

.....

56 Recuérdese que el citado artículo dispone que “no se podrá proceder a la contratación de personal temporal, así como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables”.

citada cobertura reglamentaria de la plaza por otro candidato, bien de la amortización del puesto por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin haber llegado nunca a cubrirlo definitivamente. Olvidar esta dualidad implica desconocer la respuesta que actualmente se ofrece al trabajador indefinido no fijo, y por ello, malinterpretar la remisión indirecta que el TJUE realiza a su régimen jurídico a la hora de instar a una mejora la protección que el funcionario interino recibe en el caso de que se haya abusado de su condición. Y es que ambos rasgos de su régimen jurídico resultan esenciales a esta modalidad contractual sin que a estos efectos se pueda desconocer, posponer o relegar uno de ellos⁵⁷.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ÚNICA EXCEPCIÓN

A la vista de lo expuesto, no se puede negar que en los últimos años asistimos a una reestructuración y revaloración de la figura del funcionario interino (y con él, también del personal estatutario eventual y del personal estatutario interino⁵⁸) que se ha realizado por vía jurisprudencial y que incide sobre diversos aspectos de su régimen jurídico, como es la igualdad retributiva respecto a funcionarios de carrera que realicen funciones comparables, la adquisición de estabilidad en la prestación de servicios cuando se aprecie abuso de la Administración pública en el nombramiento aparentemente temporal, e incluso, más recientemente (como se ha analizado a lo largo de este trabajo), se constata una tendencia jurisprudencial cada vez más definida a reconocer también al funcionario

57 Y es que de lo contrario “la ausencia de reparación no parece superar el doble test de equivalencia y efectividad propuesto por el tribunal europeo”, tal y como indica TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del funcionario interino y su extensión a los funcionarios interinos”, *RTSS. CEF*, nº. 409, abril 2017, pág. 86. De la misma forma, la extensión de las dos consecuencias propias de la figura del indefinido no fijo al orden contencioso administrativo se aprecia también en las STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 12 de diciembre de 2016 (recs. nº. 625/2013 y 735/2013) en las que, después de declarar “prolongada la misma (relación jurídica) en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza”, expresamente se reconoce también que, “en el supuesto de resultar necesario su cese y justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales”.

58 La STJUE, también de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto Pérez López (C-16/15) resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 4 de Madrid respecto a la concatenación prolongada de diferentes contratos de personal estatutario temporal en los servicios de salud autonómicos, para lo cual, el alto tribunal se ve obligado a analizar el alcance real del art. 9 de la Ley 55/2003, poniendo de manifiesto que la legislación española no contempla medidas que puedan controlar el abuso en la utilización del personal estatutario temporal, cubriendo a través de esta vía necesidades permanentes y estables de la administración sanitaria y en consecuencia de puestos estructurales. De esta forma, respecto al caso concreto que se le plantea, se aprecia que se ha producido una extralimitación en las facultades organizativas de la Administración, lo que ha dado lugar a la creación de un puesto estructural, del que solo se puede remover a la persona que lo ocupaba cuando esta plaza sea objeto de convocatoria pública.

interino una indemnización derivada del cese en su puesto equivalente a la que percibiría un trabajador que sufre un despido por causas objetivas⁵⁹. Tan fuerte es esta tendencia que posiblemente desencadene en el futuro una modificación normativa tendente a limitar el empleo público temporal (tanto laboral temporal como funcionario o estatutario interino) de utilización hoy claramente excesiva (a pesar de los estrictos términos en los que queda redactado el art. 19. Dos LPGE 2018).

A estos efectos, se ha propuesto exigir un informe jurídico preceptivo en el cuál se haga constar por escrito la concurrencia de la necesidad temporal que se pretende cubrir (y no una mera declaración formal de la existencia de tal necesidad realizada por un órgano político, como hasta ahora), sin el cual, la contratación temporal se consideraría realizada en abuso de derecho y daría lugar a la responsabilidad personal (disciplinaria, patrimonial o incluso penal) del sujeto que ocupase el órgano de dirección del que dependa la decisión final de contratación⁶⁰. Y es que la muy reciente exigencia de responsabilidad personal por fraude en la contratación laboral en el ámbito del empleo público, por el momento no alcanza a la concertación de vínculos administrativos con abuso de derecho (DA 34ª LPGE 2017 y DA 26ª LPGE 2018).

No se puede negar, por tanto, que la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras) ha provocado un hito en nuestra historia jurídica reciente, produciendo una reestructuración abrumadora de los derechos y obligaciones vinculados a la finalización de una prestación de servicios, y difuminando prácticamente al máximo las fronteras entre un vínculo laboral o permanente, tanto al servicio de empresas privadas como de entidades públicas e independientemente de la naturaleza laboral o administrativa de la relación iniciada. De esta tendencia claramente expansiva, por el momento solo escapa el personal de confianza (denominado “personal eventual”) al servicio de las Administraciones públicas, que desempeña funciones de asesoramiento especial para determinados órganos de gobierno de las Administraciones públicas⁶¹, respecto al que nuestros jueces y tribunales no aprecian la

.....

59 Esta tendencia, por el momento, solo se ha registrado en tribunales menores, por lo que habrá que esperar a que exista jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo para entender que existe jurisprudencia, lo que obliga a aplicar la debida cautela sobre este cambio en la interpretación de la normativa comunitaria respecto a los funcionarios interinos, aunque en cualquier caso, no se puede negar que esta nueva corriente interpretativa abre una nueva puerta hacia la equiparación de derechos entre personal laboral y funcional “temporal”. Al respecto, véase *EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS*, “Indemnización por finalización del servicio a favor de funcionarios interinos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº 1, Sección Consultas, enero 2018, Ref. 15/2018, pág. 15, Editorial Wolters Kluwer.

60 Ya en su momento, en el Informe de la *Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleo Público* (abril de 2005) se plasmó la necesidad de contar al menos, con un informe jurídico preceptivo en el que constase la imposibilidad legal de prorrogar una plaza temporal, de tal forma que, si se actúa contraviniendo tal indicación, el órgano responsable de nombramiento respondería de la prolongación irregular de la relación jurídica.

61 Con ánimo clarificador, el art. 12 LBEP detalla que “es personal eventual el que, en virtud de nombramiento (por tanto, en virtud de un vínculo administrativo y no laboral) y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los

misma necesidad de protección que sí detectan, de forma más o menos generalizada, en las restantes situaciones a las que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo. Ahora bien, a la hora de justificar esta postura resulta imprescindible recordar que, pese a la aparente similitud en su denominación, no se trata en modo alguno de una figura, ni tan siquiera parecida, al contrato eventual previsto en la legislación laboral⁶², ni tampoco al personal estatutario eventual previsto en el ámbito sanitario⁶³, entre otras cosas, porque no requiere superar ningún tipo de proceso selectivo (pues su selección y nombramiento depende exclusivamente de la relación que mantiene con el sujeto que ocupa el cargo político al que asesora). Precisamente esta estrecha relación de confianza es la que determina no solo el nacimiento de este vínculo jurídico sino también su cese (lo que no concurre ni en el contrato laboral de interinidad, ni en la relación indefinida no fija, ni tan siquiera en la figura del funcionario interino), que será *libre* y además, se producirá en todo caso *cuando se produzca el (cese) de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento* (art. 12.3 LBEP)⁶⁴, sin derecho a indemnización alguna ni opciones de considerar estabilizado su puesto en virtud de la continuidad del servicio prestado.

.....

créditos presupuestarios consignados para este fin”, prestando apoyo a determinados órganos de gobierno de las Administraciones públicas. Pero, si se trata también de un tipo de empleado público que desempeña funciones de carácter temporal ¿por qué no se le reconoce, tras su cese, la misma indemnización prevista en la sentencia Diego Porras? Al no ser el “personal eventual al servicio de las Administraciones públicas” una modalidad contractual de naturaleza laboral, no está sometida a las reglas de estabilidad laboral previstas en el Estatuto de los Trabajadores, y habida cuenta de que la razón de ser de su relación jurídica se basa exclusivamente en la confianza, tampoco queda sujeto a los criterios de publicidad, mérito y capacidad que con carácter general rigen el acceso a la función pública. Recordemos que todo contrato de trabajo, incluso el de duración temporal, como el acceso a la condición de funcionario de carrera e incluso, a la figura del funcionario interino, han de superar su correspondiente proceso selectivo, proceso que será más o menos ágil atendiendo a la naturaleza laboral o funcionarial, temporal o permanente, del puesto a cubrir, por lo que la clara y contundente vinculación política que presenta la figura del personal eventual al servicio de las Administraciones públicas, no concurre con modo alguno en las restantes modalidades de empleo temporal (salvo por supuesto que, maliciosamente, y dando con ello lugar a un delito de prevaricación, se altere o manipule el proceso selectivo).

62 Conviene recordar que el art. 8.2 LBEP clasifica a los empleados públicos en: a) Funcionarios de carrera, b) Funcionarios interinos, c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) Personal eventual. Y es posiblemente esta primera clasificación la que permita responder a la cuestión planteada. Como se puede advertir, el precepto citado diferencia claramente entre *personal laboral* y *personal eventual*, enumerando ambas categorías como independientes y diferenciadas. Se deduce entonces que en un caso se está haciendo referencia a un vínculo laboral, en el otro, a un vínculo administrativo y, por lo tanto, sometido a otras normas de funcionamiento. Como a simple vista se puede apreciar, aunque se utiliza una denominación coincidente, el “personal eventual” al servicio de las Administraciones públicas no comparte (salvo la duración temporal de su vínculo jurídico) ningún rasgo con la “contratación eventual” prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

63 Art. 9.3 de la Ley 55/2003 por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.

64 Por otra parte, y precisamente para evitar aprovechamientos excesivos de este tipo de vinculación, expresamente se advierte que “la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función pública o para la promoción interna” (art. 12.4 LBEP). Se configura entonces un particular régimen jurídico en el que, por propia naturaleza, queda excluida la posibilidad de reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo”. Y es que ¿cómo se podría dotar de estabilidad a una categoría contractual cuyas funciones son consustancialmente temporales?

VII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión en indefinidos no fijos (comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de diciembre de 2016. Recs. núms. 625/2013 y 735/2013, RTSS.CEF, nº. 407/2017, págs. 221–227).

BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, págs. 129–169.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, págs. 8–26.

–“Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial)”, recurso digital, soporte informático (<http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>).

CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, págs. 1–41 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

CRUZ VILLALÓN, J., columna *El País*, Economía, 19 de septiembre de 2016, <http://go.microsoft.com/fwlink/p/?LinkId=255141>.

DE CARLOS CASTILLO, A., “Los funcionarios interinos, ¿tienen derecho a indemnización por despido?: SJCA A Coruña, de 30 junio 2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8, 2017, págs. 181–182.

EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS, “Indemnización por finalización del servicio a favor de funcionarios interinos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº 1, Sección Consultas, enero 2018, Ref. 15/2018, Editorial Wolters Kluwer, págs. 15–17.

GOERLICH PESET, J. M., y VEGA LÓPEZ, J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”. <http://www.fsp-ugt.es/docs/AdmPub.pdf>.

GORRITI BONTIGUI, M., “Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº.11, 2016, págs. 94–111.

MARIN ALONSO, I., “La causa económica en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público”, en AAVV, “*Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*” (coord. por Ángel Arias Domínguez, José Manuel Rodríguez

Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 255–285.

PRECIADO DOMENECH, C. H., “La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés”, Bomarzo, Albacete, 2016.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 12, 2010, págs. 33–42.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Particularidades del procedimiento de despido colectivo en las administraciones públicas”, en AAVV, “*Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*” (coord. por Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 287–314.

SELMA PENALVA, A., “Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso Diego Porras”, *Revista Información laboral* nº. 7, 2017, págs. 53 y ss.

TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas”, *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, págs. 165–182.

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

aselma@um.es