

«*En canto sexa adecuado á natureza da súa condición*»: A converxencia de réxime xurídico entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos

«*En cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*»: La convergencia de régimen jurídico entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos

«*When appropriate for the nature of its condition*»: The convergence of the legal system between career civil servants and temporary civil servants

58 Regap

Regap



ESTUDIOS

JESÚS FUENTETAJA PASTOR

Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade Nacional de Educación a Distancia
jfuentetaja@der.uned.es

Recibido: 28/10/2019 | Aceptado: 19/12/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/10.36402/regap.v1i58.49>

Resumo: O réxime xurídico dos funcionarios interinos viuse decisivamente afectado polo dereito europeo, en particular pola Directiva 1999/70 de traballo de duración determinada. Ao prohibir a discriminación nas condicións de traballo de traballadores temporais respecto aos traballadores indefinidos, os funcionarios interinos viron recoñecidos dereitos económicos e de carreira profesional que tradicionalmente lles eran negados. O Estatuto básico do empregado público define o réxime xurídico dos funcionarios interinos por remisión ao dos funcionarios de carreira “en canto sexa adecuado á natureza da súa condición”, expresión cuxo alcance cobra un novo sentido, tanto respecto ao seu contido como á súa interpretación.

Palabras clave: Funcionario interino, funcionario de carreira, dereitos, carreira, Directiva 1999/70, estatuto básico, empregado público.

Resumen: El régimen jurídico de los funcionarios interinos se ha visto decisivamente afectado por el derecho europeo, en particular por la Directiva 1999/70 de trabajo de duración determinada. Al prohibir la discriminación en las condiciones de trabajo de trabajadores temporales respecto a los trabajadores indefinidos, los funcionarios interinos han visto reconocidos derechos económicos y de carrera profesional que tradicionalmente les eran negados. El Estatuto básico del empleado público define el régimen jurídico de los funcionarios interinos por remisión al de los funcionarios de carrera “en cuanto sea adecuado a la

naturaleza de su condición”, expresión cuyo alcance cobra un nuevo sentido, tanto respecto a su contenido como a su interpretación.

Palabras clave: Funcionario interino, funcionario de carrera, derechos, carrera, Directiva 1999/70, estatuto básico, empleado público.

Abstract: The legal regime of interim officials has been decisively affected by European law, in particular by the 1999/70 Directive on fixed-term work. By prohibiting discrimination in the working conditions of temporary workers with respect to indefinite workers, interim officials have seen recognized economic and career rights that were traditionally denied. The Basic Statute of the Public Employee defines the legal regime of interim officials by referral to that of career officials “as appropriate to the nature of their condition”, an expression whose scope takes on a new meaning, both in terms of content and its interpretation.

Key words: Interim official, permanent official, rights, career, Directive 1999/70, basic statute, public official.

SUMARIO: 1 O réxime xurídico dos funcionarios interinos e a incidencia do dereito europeo nel. 2 O canon europeo de non discriminación por razón da temporalidade da relación. 2.1 Os termos subxectivos de comparación: traballadores temporais e indefinidos. 2.2 Termo obxecto de comparación: «condicións de traballo». 2.3 Xustificación obxectiva do tratamento diferenciado nas administracións públicas. 3 Consecuencias sobre o réxime xurídico dos funcionarios interinos. 3.1 Recoñecemento europeo de dereitos aos funcionarios interinos. 3.2 Os dereitos retributivos dos funcionarios interinos á luz do dereito europeo. 3.3 O dereito á carreira dos funcionarios públicos temporais. 3.3.1 Carreira horizontal e funcionarios interinos. 3.3.2 Consolidación de grao persoal por funcionarios interinos. 3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de postos de traballo. 3.4 O «dereito á indemnización por despedimento» dos funcionarios interinos. 4 A converxencia substantiva de réximes xurídicos entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos.

1 O réxime xurídico dos funcionarios interinos e a incidencia do dereito europeo nel

Un dos arcanos máis inescrutables que recolle a normativa de función pública española é o relativo ao establecemento do réxime xurídico dos funcionarios interinos¹, ao dicir que a estes se lles aplicará o réxime xeral dos funcionarios de carreira “*en canto sexa adecuado á natureza da súa condición*” (art. 10.5 TREBEP). Esta técnica presupón unha falta de reflexión previa que permita unha abstracción en sede lexislativa, deferindo á Administración, en sede de aplicación, a determinación xeral (vía regulamento) ou singular (vía actos) dese réxime e, en sede xudicial, a configuración última do réxime xurídico aplicable aos funcionarios interinos.

Con independencia desta complexa técnica de remisión aplicativa para dotar de contido o réxime xurídico dos funcionarios interinos e prescindindo da necesidade ou oportunidade de que este viñese previsto nunha lei (por entender en sentido amplo a existencia de tal reserva no artigo 103.3 da Constitución) ou, polo menos, nunha norma regulamentaria, o certo é que a locución normativa permitiu estender ou non

¹ A locución tamén define o dereito aplicable ao persoal eventual (art. 12.5 TREBEP), aínda que pola súa menor transcendencia obviaremos esta clase de persoal neste estudo.

o réxime xurídico dos funcionarios de carreira aos funcionarios en atención a criterios máis ou menos xustificadas.

Así, por exemplo e con certa proximidade no tempo, a recente crise económica padecida polo noso país a partir do ano 2010 foi a causa remota para recortes económicos que se artellaron a través de decisións que afectaron exclusivamente aos funcionarios interinos, desde a redución do seu horario e consecuentemente das súas retribucións á amortización das prazas que ocupaban, pasando polos cesamentos sen tal amortización. Con máis raizame histórica, a argumentación da diferenciación de réximes invocaba aspectos como o singular e diverso procedemento de selección dos funcionarios interinos, con menos exixencias desde os principios de igualdade e de mérito e capacidade. Ou mesmo se alegaba, cun razoamento un tanto tautolóxico, que determinado elemento do réxime dos funcionarios de carreira non se lles podía recoñecer aos funcionarios interinos pola natureza temporal destes, criterios todos eles que era frecuente atopar na vida administrativa diaria, pero tamén na xurisprudencia, sexa constitucional ou ordinaria.

E non é que o principio de igualdade non se tivese en conta na operación hermenéutica encamiñada a dilucidar o que era “*adecuado á natureza da súa condición*” de funcionario interino, pero o certo é que os tribunais eran máis proclives a atopar xustificada a razón da diferenciación de trato.

Esta inercia administrativa e xudicial viuse abruptamente interrompida por un factor imprevisible: o dereito europeo². Aínda que a Unión Europea carece de competencia sobre a función pública dos Estados membros, a súa incidencia produciuse pola extensión que a normativa e a xurisprudencia europeas fixeron do concepto traballador para os efectos tanto da libre circulación no mercado interior como da titularidade de dereitos sociais encamiñados á súa protección. Concretamente, neste último ámbito hai que situar a decisiva Directiva 1999/70 de traballo de duración determinada, cuxos obxectivos, en realidade, son dous: o primeiro, a prohibición de diferenzas de trato desfavorables das que poidan ser obxecto os traballadores cunha relación de duración determinada respecto aos traballadores fixos comparables polo mero feito de ter un traballo de duración determinada, a menos que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas; e, o segundo, evitar o abuso no recurso á utilización de relacións temporais tanto con carácter absoluto (duracións excesivas que encubran necesidades permanentes) ou con carácter relativo (encadeamento de relacións temporais).

Prescindiremos deste segundo obxectivo, aínda que presenta unha problemática propia polos endémicos abusos que as nosas administracións fan das duracións das relacións interinas, a cal está a propiciar reivindicacións sociais, pronunciamentos xudiciais e opinións doutrinais de grande interese³. Centrarémonos, pois, en como o dereito europeo afectou decisivamente a comprensión do réxime xurídico material dos funcionarios interinos ao prohibir discriminacións respecto aos funcionarios de carreira que pretendesen xustificarse exclusivamente na temporalidade da relación.

² Vid. FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2019.

³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, n. 208, pp. 223-238.

2 O canon europeo de non discriminación por razón da temporalidade da relación

Aínda que o dereito europeo establece a prohibición de discriminación por diferentes motivos (sexo, idade, etc.), a Directiva 1999/70 ten por obxecto exclusivamente a prohibición por razón da temporalidade da relación entre traballadores cuxa relación é de duración determinada e traballadores cuxa relación é de duración indeterminada.

A cláusula 4 da directiva é máis que elocuente do alcance e dos elementos da prohibición que pretende o dereito europeo: “*Polo que respecta ás condicións de traballo, non se poderán tratar os traballadores cun contrato de duración determinada dun xeito menos favorable que aos traballadores fixos comparables polo mero feito de teren un contrato de duración determinada, a menos que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas*”. Analicemos, pois, os distintos termos que compoñen a prohibición que, como vemos, exige un xuízo relacional de categorías de traballadores.

2.1 Os termos subxectivos de comparación: traballadores temporais e indefinidos

O Tribunal de Xustiza foi claro á hora de afirmar que “o principio de non discriminación se aplicou e concretou mediante o acordo marco unicamente no que respecta ás diferenzas de trato entre traballadores con contrato de duración determinada e traballadores con contratos por tempo indefinido que se atopen nunha situación comparable”⁴. Isto implica, polo tanto, que unha posible diferenza de trato entre determinadas categorías de persoal con contratos de duración determinada que non se basea na duración determinada ou indefinida da relación de servizo, senón no seu carácter funcional ou laboral, non está incluída no ámbito de aplicación do principio de non discriminación consagrado polo Acordo marco de traballo de duración determinada⁵.

En consecuencia, a igualdade que impoñen a Directiva e o Acordo marco de traballo de duración determinada non inclúe a discriminación de persoal de duración indeterminada (funcionarios de carreira) respecto a persoal de duración determinada, de forma que, se estes teñen recoñecidas unhas condicións de emprego determinadas (por exemplo, dereito a indemnización ao finalizar a relación de traballo), aqueles non poden pretender o seu recoñecemento.

E tampouco a discriminación entre persoal con duración indeterminada, isto é, entre funcionarios de carreira e persoal laboral fixo, o que en principio lle evita ao Tribunal de Xustiza ter que inmiscirse nun asunto máis complexo, como o da coexistencia de relacións xurídicas de natureza diferente no seo dunha mesma Administración coas inherentes diferenzas entre elas.

⁴ *Vino*, 11 de novembro de 2010 (C-20/10), n. 56; *Vino*, 22 de xuño de 2011 (C-161/11), n. 28; *Rivas Montes*, 7 de marzo de 2013 (C-178/12), n. 43.

⁵ *Vino*, 11 de novembro de 2010 (C-20/10), n. 57; *Rivas Montes*, 7 de marzo de 2013 (C-178/12), n. 44-45.

Non obstante, a combinación de termos de referencia non acaba cos antes expostos. E é que cabería suscitar unha cuestión que formalmente se formulase entre persoal de natureza administrativa temporal (funcionarios interinos e eventuais sanitarios) e persoal laboral fixo na medida en que realicen un traballo comparable. Pero entón estaríanse a desbordar os estritos límites do xuízo de comparabilidade que debuxa a Directiva 1999/70 por moito que se pretenda establecer tal xuízo entre termos máis abstractos que prescinden de trazos xenuínos de clases de persoal («empregado público» ou «traballador») ou que se avogue por un “concepto amplo de “traballador indefinido comparable”⁶, salvo que ese desbordamento do marco europeo estrito se produza polo establecemento dun canon interno europeo diferente que prescinda da natureza xurídica do vínculo como premisa esencial do xuízo de comparabilidade.

Non obstante, o Tribunal de Xustiza parece esvaecer ultimamente os contornos estritos dos termos subxectivos do xuízo de comparación. Así o fixo no asunto *Aragón Carrasco*, en sentenza de xuño de 2019⁷, que, aínda que versaba facticamente sobre persoal eventual, o razoamento é perfectamente aplicable ao persoal funcional interino, como así acaba de facer o avogado xeral SPUZNAR no asunto *Baldonado Martín*, nas súas Conclusións do 17 de outubro de 2019. Na dita sentenza, o tribunal non ten en conta o diferente réxime xurídico das figuras de traballadores en liza de comparación e admite que se considere o diferente trato entre os traballadores temporais sometidos a dereito público (persoal eventual) e traballadores fixos sometidos a dereito privado (persoal laboral fixo) respecto ao dereito de indemnización por cesamento da relación de servizo, tal como veremos ao final deste traballo.

Se se trouxo agora a colación esta cuestión é porque afecta non só á condición concreta de traballo obxecto de xuízo de comparación –dereito de indemnización por cesamento–, senón tamén ás consecuencias potencialmente impredecibles que tería admitir ese tipo de xuízos de comparación que implican un cruzamento de réximes xurídicos. E é que iso suporía, en definitiva, construír o réxime xurídico dos funcionarios temporais non só desde a perspectiva do réxime xurídico dos funcionarios de carreira, senón tamén desde a dos traballadores laborais fixos ao servizo da Administración, escollendo aqueles elementos dun ou outro réxime en función da conveniencia do funcionario temporal, caso do dereito de indemnización. Dalgún xeito, a converxencia de réximes non se verificaría entre funcionarios temporais e funcionarios interinos, senón que máis ben se operaría unha síntese dialéctica de todos os existentes na Administración –funcionarios de carreira e contratados laborais fixos– conformando un réxime xurídico singular e alleo á propia lexislación, máis parecido á premisa teórica que subxace no termo «empregado público» utilizado polo propio Estatuto básico.

Reforzo último da conformación dese réxime xurídico sincrético, que escollería de cada ordenamento o elemento oportuno para conformar un novo e diferente, sería unha consecuencia colateral do cruzamento de réximes xurídicos nos termos

⁶ ALDOMA BUIXADE, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 54.

⁷ *Aragón Carrasco*, 12 de xuño de 2019 (C-367/18).

subxectivos do xuízo de comparabilidade: a paradoxal discriminación inversa á que se verían abocados os funcionarios de carreira. E é que, se se admitise que o réxime xurídico dos funcionarios temporais se puidese nutrir do réxime xurídico dos contratados laborais fixos, aqueles verían recoñecidos dereitos diferentes aos dos funcionarios de carreira. Pensemos simplemente na integridade das pagas extraordinarias, de importe máis reducido para os funcionarios respecto aos contratados laborais na Administración.

Ben é certo que mesmo esta comparabilidade de relacións de traballo cruzando figuras con réximes xurídicos dispares resultaría teoricamente inviable se realmente houbera, no seo de cada Administración, unha nidia e neta separación entre as funcións que funcionarios e laborais exercen, o que impediría sequera a formulación da cuestión. Lembremos que a directiva define o “traballador con contrato de duración indefinida comparable” como aquel “traballador cun contrato ou relación laboral de duración indefinid[a], no mesmo centro de traballo, que realice un traballo ou ocupación idéntico ou similar, tendo en conta a súa cualificación e as tarefas que desempeña”. A expresión «centro de traballo», tipicamente pensada por e para o ámbito privado, debe entenderse no ámbito da función pública como referida á Administración pública concreta, pois é o dito ámbito o que determina o réxime xurídico homoxéneo de dereitos e obrigas para o seu persoal e a organización das súas tarefas e funcións.

En efecto, a premisa para comparar as situacións dos traballadores –de duración determinada e de duración indefinida– é se ambas as dúas categorías desempeñan, no centro de traballo correspondente, unhas tarefas idénticas ou similares, tendo en conta un conxunto de factores variado: natureza do traballo, condicións de formación, condicións laborais⁸, que se poden manifestar en aspectos como as actividades realizadas, a identidade de postos.

Así, por exemplo, no sector público, o ámbito de referencia sería a Administración en cuestión, de maneira que a relación de comparabilidade se debe facer entre os empregados públicos cunha relación de servizo por tempo determinado e os empregados públicos cunha relación de servizo por tempo indefinido “nomeados pola mesma autoridade durante o mesmo período de tempo”⁹. Así mesmo, cómpre ter en conta a situación fáctica e xurídica en que procede reclamarlle as correspondentes prestacións ao empregador”¹⁰.

Certamente, a Directiva 1999/70 exige que a comparación sobre as condicións de traballo entre traballadores se faga de forma contextualizada tendo como referencia “o centro de traballo”. Unha vez máis, observamos que a terminoloxía e a finalidade da previsión responden máis á realidade do mercado de traballo privado que á do público, onde o principio de igualdade que rexe a función pública impón unha uniformidade xurídica baseada máis no nivel da Administración en cuestión que no do concreto e singular centro de traballo, sen prexuízo de que en virtude da potestade

⁸ *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10), n. 66; 9 de febreiro de 2017, *Rodrigo Sanz*, 9 de febreiro de 2017 (C-443/16), n. 38.

⁹ *Vega González*, 20 de decembro de 2017 (C-158/16), n. 46.

¹⁰ Conclusións da avogada xeral KOKOTT no asunto *Montero Mateos* (C-677/16).

de autoorganización deste puidesen derivar consecuencias sobre as condicións de traballo (por exemplo, en relación coa ordenación do tempo do traballo).

O razoamento do avogado xeral SPUZNAR no citado asunto *Baldonado Martín*, de outubro de 2019, é sumamente ilustrativo. Relativo ao dereito de indemnización por cesamento dun funcionario interino, xardineiro do Concello de Madrid, a formulación da cuestión prexudicial facíase, en realidade, non tanto desde a comparación co funcionario de carreira (que é evidente que non goza daquel dereito), senón desde a consideración da indemnización no momento do cesamento como sanción ao abuso na sucesión de relacións temporais en calidade de funcionario interino. O avogado xeral reformula este enfoque e abórdao non desde a cláusula 5 da directiva (medidas para previr e sancionar abusos), senón desde a 5 (prohibición de discriminación), pero para iso debe atopar un traballador fixo, xardineiro, no Concello de Madrid que goce de dereito de indemnización no momento do seu cesamento. E, despois de inquirir a este, resulta que atopa un único traballador fixo contratado como xardineiro desde os anos noventa do pasado século. E a partir de aí poderá desenvolver a súa argumentación. Como pode verse, se o Concello contase cunha axeitada e correcta organización, non tería sido posible, en teoría, que as funcións de xardinaría as desempeñen indistintamente funcionarios e laborais, aínda que só fose un desta última categoría.

En última instancia, o xuízo de comparabilidade exige homoxeneidade dos termos esenciais de referencia (empregador, marco xurídico, contexto temporal e tarefas desempeñadas) no sentido de coincidir en todas as súas propiedades relevantes e non diverxer en ningunha propiedade que tamén se considere relevante, pois pola contra non estaríamos ante un xuízo de igualdade, senón simplemente de semellanza.

Regap



ESTUDIOS

2.2 Termo obxecto de comparación: «condicións de traballo»

A xurisprudencia europea foi moi flexible¹¹ á hora de interpretar o concepto de «condicións de traballo» sobre as cales non debe producirse discriminación entre traballadores cun contrato de duración determinada e traballadores fixos comparables. No dito concepto incluíríanse todas as normas aplicables a un traballador ou as prestacións que este reclame pola súa vinculación coa súa relación laboral¹². En palabras do Tribunal de Xustiza, “a expresión condicións de traballo designa os dereitos e obrigas que definen unha relación laboral concreta, incluíndo tanto as condicións en que unha persoa exerce un emprego como as relativas á finalización desta relación laboral”¹³.

Así, nese concepto –e sempre dentro do ámbito público que é propio deste estudo– o Tribunal de Xustiza incluíu cuestións relativas a prestacións económicas, á carreira e promoción profesional dos empregados, condicións de despedimento ou dereitos de que gozan aqueles no seo da relación laboral.

¹¹ Rexeitando así aproximacións restritivas que, por exemplo, avogaban pola exclusión das retribucións do ámbito de aplicación da Directiva 1999/70, tal como facían as conclusións do avogado xeral POIARES MADURO no asunto *Del Cerro Alonso*, Rec. p. I-7120, n. 25.

¹² *Carratú*, 12 de decembro de 2013 (C-361/12).

¹³ *Vega González*, 20 de decembro de 2017 (C-158/16).

2.3 Xustificación obxectiva do tratamento diferenciado nas administracións públicas

A constatación dunha diferenza de trato entre traballadores con contrato de duración determinada e traballadores fixos non implica necesariamente que sexa contraria ao dereito europeo, pois este admite ese trato diferenciado sempre que se atope fundamentado en razóns obxectivas, precisas e concretas, atendendo á especial natureza das tarefas para a realización das cales se asinan os contratos de duración determinada e ás circunstancias inherentes a estas¹⁴.

Este posible amparo nesas razóns obxectivas presenta peculiaridades no caso das administracións públicas que cómpre analizar.

Por unha banda, para o Tribunal de Xustiza nin o desenvolvemento de funcións de confianza e asesoramento especial nin o feito de que o seu nomeamento e cesamento sexan libres diferencian o traballador do resto de empregados públicos en función da natureza das tarefas que poden desempeñar¹⁵.

No caso dos funcionarios interinos, España argüíu infrutuosamente ante o Tribunal de Xustiza varias diferenzas estruturais cos funcionarios de carreira que xustificarían un tratamento distinto de ambas as dúas clases de empregados públicos: menores exixencias na incorporación e a acreditación do mérito e capacidade; falta de mobilidade dos funcionarios interinos, ao estaren vinculados ao posto que son chamados a ocupar temporalmente, o que fai que a súa actividade sexa distinta e de diferente valor á do funcionario de carreira; determinadas funcións resérvanse para os funcionarios de carreira, o que implica que existe unha diferenza cualitativa en canto a experiencia e formación; ou, por último, o feito de que o cesamento dos funcionarios interinos ten lugar cando finaliza a causa que deu lugar ao seu nomeamento¹⁶. Non obstante, o Tribunal de Xustiza rexeita que eses aspectos amparen de xeito abstracto e xeral unha diferenza de trato entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos, aínda que poden xustificar previsións específicas e concretas que impliquen tal diferenciación (*v. gr.*, requisitos obxectivos derivados das características da praza a cubrir nun proceso selectivo ou de provisión de postos, en función da natureza particular das tarefas que se han de realizar ou as características inherentes a elas, pero non un requisito xenérico e abstracto segundo o cal o período de servizo exixido se debe ter cumprido integramente en calidade de funcionario de carreira¹⁷).

¹⁴ *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10).

¹⁵ *Regojo Dans*, 9 de xullo de 2015 (C-177/14), n. 34.

¹⁶ *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10), n. 75.

¹⁷ *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10), n. 79-80.

3 Consecuencias sobre o réxime xurídico dos funcionarios interinos

Tradicionalmente, os tribunais admitían a xustificación xeral da posibilidade de tratamento diferenciado entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos, pois tratábase de estruturas creadas polo dereito, entre as que, en principio, non pode exixirse *ex* artigo 14 CE un absoluto tratamento igualitario, resultando así admisible, desde a perspectiva deste precepto constitucional, que o lexislador lle recoñeza o desfrute de determinados dereitos ao persoal vinculado á Administración de forma estable, e, en cambio, llelo negue ás persoas que por motivos de urxencia e necesidade o desempeñen de forma provisional mentres non se provexan as prazas así cubertas por funcionarios de carreira (STC 7/1984).

Non obstante, progresivamente foise consolidando unha tendencia a garantir unha maior igualdade de réximes, ben pola presenza de elementos obxectivos que impedían a diferenciación (por exemplo, as retribucións, que hoxe en día se vinculan directamente ao posto e non á categoría subxectiva), ben como mecanismo sancionador aos abusos na duración da temporalidade das interinidades e para protexer outros bens constitucionais, tal como fixo o Tribunal Constitucional na STC 240/1999, do 20 de decembro, relativizando a xustificación da diferenza de trato entre funcionarios interinos e de carreira e cifrando en cinco anos o tempo a partir do cal a desigualdade entre as dúas clases de persoal podía quedar privada de fundamento¹⁸.

Tal era a situación cando a xurisprudencia europea tivo a oportunidade de contrastar en diferentes ocasións a normativa e a práctica administrativa respecto á prohibición de discriminación entre empregados públicos de dereito administrativo por razón da temporalidade da relación, obrigando aos tribunais españois a extraer as consecuencias que derivarían da Directiva 1999/70 a diferentes aspectos do réxime xurídico dos funcionarios interinos e doutras clases temporais cuxo vínculo é de dereito público. Analizaremos dous ámbitos que consideramos claves para entender o alcance e contido do impacto do dereito europeo sobre o réxime xurídico dos funcionarios interinos (dereitos retributivos e carreira), non sen antes recordar os aspectos explícitos que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea recoñeceu que se lles deben recoñecer aos funcionarios interinos en España.

¹⁸ “Esta posible xustificación do trato diferenciado perde fundamento, desde a perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cando se aplica a unha persoa como a recorrente cuxa vinculación de servizo coa Administración supera os cinco anos. Neste suposto, a denegación da solicitude da excedencia voluntaria sobre a única base do carácter temporal e provisional da relación funcional e da necesidade e urxencia da prestación do servizo, propia da configuración legal da vinculación dos funcionarios interinos, resulta en extremo formalista e a restrición do dereito á excedencia resulta claramente desproporcionada. Neste caso non concorre a causa que podía xustificar a negación da titularidade dun dereito relacionado cun ben dotado de relevo constitucional, nin a diferenza de trato entre os dous tipos de persoal ao servizo da Administración. Esta posible xustificación do trato diferenciado perde fundamento, desde a perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cando se aplica a unha persoa como a recorrente cuxa vinculación de servizo coa Administración supera os cinco anos. Neste suposto, a denegación da solicitude da excedencia voluntaria sobre a única base do carácter temporal e provisional da relación funcional e da necesidade e urxencia da prestación do servizo, propia da configuración legal da vinculación dos funcionarios interinos, resulta en extremo formalista e a restrición do dereito á excedencia resulta claramente desproporcionada. Neste caso non concorre a causa que podía xustificar a negación da titularidade dun dereito relacionado cun ben dotado de relevo constitucional, nin a diferenza de trato entre os dous tipos de persoal ao servizo da Administración”.

3.1 Recoñecemento europeo de dereitos aos funcionarios interinos

En relación con dereitos económicos, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea recoñeceulle ao persoal temporal ao servizo das administracións públicas a obtención e percepción de trienios¹⁹, na medida en que constitúen un complemento salarial por antigüidade²⁰. Pero tamén todo complemento salarial que se poida percibir no seo da relación laboral. Así, no caso dos docentes non universitarios, constitúen condicións de traballo para os efectos da directiva tanto os complementos retributivos que se conceden pola formación docente recibida²¹ (os coñecidos como «sexenios» da docencia non universitaria) ou pola avaliación da actividade docente²². Significativo é o asunto *Rodrigo Sanz*, onde por motivos organizativos e orzamentarios se reduciu a xornada laboral dos funcionarios interinos, coa conseguinte redución salarial; pois ben, o Tribunal considerou que ambas as dúas reducións –xornada e retribucións– supuña unha discriminación na medida en que a diferenciación non estaba obxectivamente xustificada²³.

Para os efectos de carreira, os servizos prestados como funcionario interino tamén deben ser tidos en conta. Como dixera o Tribunal de Xustiza no asunto *Rosado Santana*, sería contrario á Directiva 1999/70 que os períodos de servizo cumpridos por un funcionario interino dunha Administración pública non sexan tidos en conta para o acceso deste, que entre tanto tomou posesión como funcionario de carreira, a unha promoción interna na que só poden participar os funcionarios de carreira. Tendo en conta, en todo caso, que o mero feito de que o funcionario interino cumprira os ditos períodos de servizo sobre a base dun contrato ou dunha relación de servizo de duración determinada non constitúe unha razón obxectiva que xustifique esa diferenza de trato²⁴. Tamén, en relación coa carreira, o Tribunal de Xustiza declarou que os funcionarios interinos teñen dereito a acceder á modalidade de carreira horizontal²⁵.

Finalmente, o Tribunal de Xustiza recoñeceulle a un funcionario interino o dereito a que se lle apliquen situacións administrativas que formalmente restrinxen o seu ámbito subxectivo aos funcionarios de carreira, como os servizos especiais²⁶.

¹⁹ *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de decembro de 2010 (C-444/09 e C-456/09); *Regojo Dans*, 9 de xullo de 2015 (C-177/14), n. 43.

²⁰ *Del Cerro Alonso*, 13 de setembro de 2007 (C-307/05), Rec. p. I-7109.

²¹ *Lorenzo Martínez*, 9 de febreiro de 2012 (C-556/11).

²² *Álvarez Santirso v. Consellería de Educación, Cultura e Deporte do Principado de Asturias*, 21 de setembro de 2016 (C-631/15).

²³ *Rodrigo Sanz*, 9 de febreiro de 2017 (C-443/16), n. 33.

²⁴ *Rosado Santana*, 8 de setembro de 2011 (C-177/10).

²⁵ *Centeno*, 22 de marzo de 2018 (C-315/17).

²⁶ *Vega González*, 20 de decembro de 2017 (C-158/16).

3.2 Os dereitos retributivos dos funcionarios interinos á luz do dereito europeo

Foi no ámbito retributivo onde por vez primeira se formularon as reivindicacións pola discriminación por razón da temporalidade que padecían os funcionarios interinos respecto aos funcionarios de carreira e onde o Tribunal de Xustiza europeo e os tribunais nacionais acabaron por consolidar unha doutrina que hoxe pacificamente admite a igualdade retributiva das dúas clases de persoal. A transcendencia desta xurisprudencia non radica só na súa precisión para aplicarse directamente a numerosos supostos, senón tamén e sobre todo pola potencialidade expansiva da dimensión retributiva das condicións de emprego, de tal forma que todo concepto ou elemento retributivo se identifica como obxecto do xuízo de comparabilidade de situacións, sorteando mesmo os fundamentos que o caracterizaban. Así aconteceu paradigmaticamente en relación co complemento retributivo da carreira horizontal ou, excepcionalmente, co complemento de destino vinculado ao grao persoal da carreira vertical, como veremos máis adiante.

Non obstante, cómpre partir da propia configuración do réxime retributivo dos empregados públicos²⁷ para non confundir –como dicíamos– o xuízo de comparabilidade. Así, este xuízo é lexítimo cando se trata de retribucións vinculadas ao posto de traballo en si²⁸ ou ao desempeño efectivamente realizado nel, pero é máis complexo cando se pretende retribuír en función de categorías subxectivas que articulan a relación funcional con carácter permanente²⁹ ou a progresión na organización, podendo mesmo chegar a ser contraditorio cando se retribúe a permanencia na función pública, pois *a priori* trátase de persoal cuxa vinculación coa Administración é conxuntural.

En calquera caso, os tribunais deduciron todas as consecuencias da xurisprudencia europea, identificando os conceptos retributivos que era preciso recoñecerlles aos empregados públicos temporais de dereito administrativo.

En primeiro lugar, a tradicional negación da percepción dos trienios ao persoal temporal foi directamente refutada polo propio Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que xa en 2007 (*Del Cerro Alonso*³⁰.) incluíu as eventuais primas de antigüidade nas condicións de traballo respecto ás cales non se podía tratar de forma diferenciada os empregados públicos temporais e fixos. Ese pronunciamento versou sobre persoal estatutario temporal dos servizos de saúde, polo que non quedaba claro se aquela doutrina era trasladable aos funcionarios interinos³¹, o cal foi precisado afirmativa-

²⁷ Vid. PARADA, R., e FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2019, pp. 438 e ss.

²⁸ O Tribunal Supremo chegou a afirmar que “a percepción de conceptos retributivos ligados ao desempeño dun posto de traballo for en condición de funcionario de carreira ou de interino de longa duración resulta pacífica no momento presente”: STS do 8 de marzo de 2017 (rec. n. 93/2016).

²⁹ Caso dos letrados da Administración de xustiza.

³⁰ *Del Cerro Alonso*, 13 de setembro de 2007 (C-307/05).

³¹ Auto *Sáenz Morales*, 20 de xaneiro de 2010 (C-389/09), que foi rexeitado por inadecuada contextualización fáctica e xurídica do caso, concernente a unha funcionaria interina da Junta de Andalucía

mente polo propio Tribunal de Xustiza en 2010 (*Gavieiro Gavieiro*³²), que o estendeu posteriormente ao persoal eventual en 2015 (*Regojo Dans*³³).

En realidade, e para entón, o artigo 25 da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público, xa establecera que se lles recoñecerían aos funcionarios interinos os trienios correspondentes aos servizos prestados antes da súa entrada en vigor, ben que os efectos retributivos unicamente o serían a partir da entrada en vigor do propio Estatuto básico, isto é, o 13 de maio de 2007. Limitación temporal esta última que tamén foi considerada contraria ao dereito europeo, porque o Tribunal de Xustiza considerou que se debían satisfacer, para cumprir a Directiva, desde o momento en que esta debía ter sido trasposta ao ordenamento español (10 de xullo de 2001)³⁴, o que pola súa vez abría outra porta de conflitividade para reclamar os trienios non aboados retroactivamente pero que non foran reclamados e que, en consecuencia, podían ser considerados firmes e consentidos polos funcionarios interinos³⁵.

No ámbito dos complementos retributivos, estes fóranlles recoñecidos sen dificultade aos funcionarios interinos na medida en que a retribución complementaria estivese vinculada ao posto de traballo, caso emblemático do complemento específico e do complemento de destino, aínda que neste último a dimensión de carreira que presenta³⁶ puidese esvaeacer un tanto ese carácter obxectivo.

Os problemas radicaron, en cambio, nos complementos ligados á concorrencia de actividades adicionais por parte dos funcionarios públicos, configuradas segundo premisas que implicaban unha continuidade no servizo que determinaban que, en principio, se descartase os funcionarios interinos ou temporais. Non obstante, ao prolongarse a duración da relación funcional temporal, a concorrencia dos requisitos que daban lugar á percepción deses complementos levou a que os funcionarios temporais reclamasen o seu recoñecemento. A inercia interna, como sabemos, só puido ser alterada pola intervención directa do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que, no ámbito da docencia non universitaria, lles recoñeceu aos funcionarios interinos o dereito a percibir os sexenios por formación permanente³⁷ ou os incentivos pola avaliación da súa actividade docente³⁸. Ademais, esta intervención do Tribunal de Xustiza viuse precisamente avalada polo Tribunal Constitucional na súa Sentenza 231/2015, do 5 de novembro, que incidentalmente recordaba a xurisprudencia europea consolidada sobre a prohibición de discriminación por razón da temporalidade da relación

³² *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de decembro de 2010 (C-444/09 e C-456/09).

³³ *Regojo Dans*, 9 de xullo de 2015 (C-177/14).

³⁴ *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de decembro de 2010 (C-444/09 e C-456/09), n. 98.

³⁵ A esta conflitividade tamén o dereito europeo proporciona solución co obxectivo de garantir a súa eficacia, sorteando, se é necesario, institucións xurídicas internas que son manifestación do principio de seguridade xurídica (como a firmeza dos actos). Paradigmáticas resultan as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana, do 11 de marzo de 2013 e do 14 de marzo de 2014, que se apoian na xurisprudencia europea para exixir a revisión das resolucións administrativas denegatorias do aboamento de trienios aos funcionarios interinos.

³⁶ CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 184.

³⁷ *Lorenzo Martínez*, 9 de febreiro de 2012 (C-556/11).

³⁸ *Álvarez Santirso*, 21 de setembro de 2016 (C-631/15).

e directamente reconducía o respecto ás sentenzas do Tribunal de Xustiza ao dereito á tutela xudicial efectiva do artigo 24.1 da Constitución³⁹.

O razoamento estendeuse aos funcionarios interinos do ensino universitario, ao recoñecerlles o dereito á avaliación da súa actividade investigadora e o complemento retributivo consecuente (o denominado «sexenio de investigación»)⁴⁰.

3.3 O dereito á carreira dos funcionarios públicos temporais

O mero feito de poder disertar sobre o dereito á carreira dos funcionarios públicos temporais manifesta a transformación que experimentou o dereito da función pública en España en virtude da incidencia do dereito europeo. Sendo a carreira un elemento consubstancial do funcionario estable –non en van lévao na súa propia denominación: funcionario «*de carreira*»–, entendíase que a progresión na función pública exixía unha vinculación permanente que, en última instancia, derivaba dun status subxectivo (a propia condición de funcionario, pero tamén categorías subxectivas que organizan e estruturan a función pública), status subxectivo que se caracteriza por estar desvinculado do propio posto de traballo, a diferenza precisamente dos empregados temporais, cuxa situación xurídica está ligada a un posto.

Ademais dese status subxectivo, a carreira inclúe unha dimensión dinámica que presupón unha organización na cal o funcionario evoluciona e progresa. Esa organización pode referirse a postos de traballo, pero tamén a categorías organizativas subxectivas (clases, categorías, graos, etc.) que se incorporan ao patrimonio subxectivo do funcionario. Unha vez máis, e aparentemente, o empregado temporal, que debe a súa existencia a un determinado posto ou mesmo a unha tarefa, é alleo a esta dimensión dinámica da carreira.

Imos analizar tres aspectos concretos da carreira administrativa pola súa gran transcendencia: primeiro, a carreira horizontal e o seu recoñecemento aos funcionarios interinos; segundo, a consolidación do grao persoal por estes; e, terceiro, a posibilidade de participación dos funcionarios interinos nos concursos internos de provisión de postos de traballo, na medida en que articulan a carreira vertical.

3.3.1 Carreira horizontal e funcionarios interinos

A posibilidade de que os funcionarios interinos accedesen á modalidade de carreira horizontal, ideada polo Estatuto básico pero implantada só nalgúñas administracións, foi formulada ao Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre a base de considerar se era aplicable a aqueles o complemento de carreira que incluíu ou se, en cambio, debía entenderse como un concepto retributivo que atende á condición subxectiva do receptor (funcionario de carreira, segundo a literalidade do propio Estatuto básico), obtida por medio dun traballo desenvolvido ao longo de varios anos conforme criterios

³⁹ Vid., ao respecto, ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁴⁰ Sentenza do Xulgado Central do Contencioso-Administrativo n. 8, do 26 de decembro de 2017.

de progresividade en complexidade e responsabilidade, estabilidade, especialización e profesionalidade⁴¹.

O Tribunal de Xustiza⁴² considerou que a carreira horizontal forma parte das «condicións de traballo» do persoal que traballa para a Administración, pois esta inclúe elementos como a progresión profesional, a calidade do traballo, a experiencia profesional ou os méritos contraídos polo desempeño profesional. Máis aínda, segundo o auto do Tribunal de Xustiza que resolve a cuestión, o feito de que “o complemento retributivo ao que dá lugar a participación no sistema de carreira profesional controvertido no litixio principal teña por obxecto retribuír determinadas calidades subxectivas desenvolvidas polo traballador no desempeño das súas funcións ao longo dos anos confirma que este complemento está vinculado ao posto do traballador. Ademais, aínda supondo que, como afirma o xulgado remitente, o sistema de carreira profesional controvertido no litixio principal e o complemento retributivo a que o dito sistema dá lugar estivesen ineludiblemente vinculados á condición de funcionario de carreira ou de persoal laboral fixo, esta circunstancia non pode enervar a conclusión de que o sistema e o complemento mencionados presentan unha vinculación coa relación de servizos entre un traballador e o seu empregador. O mesmo cabe apreciar en canto ao carácter voluntario dese sistema, ao grao de dificultade que presenta a obtención do complemento derivado del e á natureza estatutaria da relación de servizo entre a Administración e os seus axentes” (n. 52-54).

Pero, ademais de concluír que a carreira horizontal é unha condición de traballo para os efectos da Directiva 1999/70, o Tribunal descarta que a diferenza de trato estea xustificada en razóns obxectivas baseadas, por un lado, nas particularidades do procedemento selectivo dos funcionarios (polo mero feito de que o persoal laboral fixo –que si pode acceder á carreira horizontal analizada no asunto en cuestión– non está sometido ao mesmo procedemento selectivo que os funcionarios) e, por outro, na existencia dunha diferenza na progresión profesional e no grao de responsabilidade das tarefas desenvolvidas entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos (pois o requisito de cinco anos de experiencia que se lles exige aos funcionarios de carreira pódese ter adquirido nunha relación de servizo de carácter temporal).

A partir deste auto, os tribunais foron extraendo e explicitando as consecuencias e o recoñecemento do acceso á carreira horizontal do persoal estatutario interino de longa duración⁴³, dos funcionarios interinos⁴⁴ e, mesmo, do persoal laboral non fixo⁴⁵.

⁴¹ Auto do Xulgado do Contencioso-Administrativo n. 2 de Zaragoza, do 12 de maio de 2017, polo que se lle formula ao Tribunal de Xustiza cuestión prexudicial.

⁴² *Centeno*, 22 de marzo de 2018 (C-315/17).

⁴³ SSTs do 18 de decembro de 2018, do 21 de febreiro de 2019 e do 6 de marzo de 2019.

⁴⁴ STS do 8 de marzo de 2019.

⁴⁵ STS do 6 de marzo de 2019.

3.3.2 Consolidación de grao persoal por funcionarios interinos

Sen dúbida ningunha, o recoñecemento do grao persoal aos funcionarios interinos foi dos pronunciamentos xudiciais cualitativamente máis inesperados, pola consideración tradicional de que a condición de funcionario de carreira constituía un requisito esencial para a súa adquisición, dadas as características xenuínas do grao persoal como técnica de articulación da carreira dos funcionarios.

Ata a irrupción do dereito europeo, a xurisprudencia negaba con naturalidade a posibilidade de que os funcionarios interinos consolidasen grao persoal⁴⁶. Non obstante, a Sentenza do Tribunal Supremo do 7 de novembro de 2018 senta en casación a importante doutrina de que os funcionarios interinos teñen o mesmo dereito que os funcionarios de carreira á consolidación do grao persoal.

Aínda que a sentenza descarta parte da argumentación utilizada na sentenza impugnada⁴⁷, que discorría sobre a xurisprudencia relativa ao recoñecemento, para os efectos de consolidación de grao persoal, dos desempeños provisionais de postos (comisións de servizos e adscricións provisionais), a sala invoca as numerosas sentenzas ditadas polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre a Directiva 1999/70/CE.

O Tribunal Supremo basea o seu razoamento en tres argumentos. O primeiro, que o grao persoal e os seus efectos xurídicos han de ser incluídos no ámbito ou no concepto de “condicións de traballo” que recolle a citada directiva, pois, como vimos, para o Tribunal de Xustiza todo aspecto vinculado ao “emprego” –como equivalente á relación laboral entre un traballador e o seu empresario– debe quedar integrado no dito concepto. O segundo, que o funcionario interino é comparable ao funcionario fixo, tendo en conta un conxunto de factores, como a natureza do traballo, os requisitos de formación e as condicións laborais.

Pero onde se aprecia maior debilidade argumental é no terceiro argumento, pois limitábase a considerar que non se xustificou que o trato diferente obedezca a razóns obxectivas, canon de diferenciación que hai que aplicar “por relación aos requisitos obxectivos das prazas servidas, polas características do emprego, ou polo nivel de formación requirido para o desempeño dos postos de traballo, razóns obxectivas que a Administración non se esforzou en decantar para este caso, o que nos conduce indeclinablemente a considerar que o único motivo polo que se lle denegou a consolidación de grao persoal ao recorrente é a natureza temporal do seu vínculo laboral coa Administración demandada”.

⁴⁶ Sentenzas da Sección 1.ª da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 13 de xuño de 2012, recurso número 612/2011, e do 4 de xullo de 2012, recurso número 129/2012: «no dereito español de función pública o grao, a súa adquisición e consolidación, incardínase dentro do dereito á promoción na carreira profesional do empregado público de carreira ou fixo, o que, correlativamente, cabe estender así mesmo ao dereito á percepción dun determinado nivel retributivo en concepto de complemento de destino. Ao aparecer intimamente vinculado á carreira administrativa, o grao só se lles recoñece aos funcionarios de carreira, non podendo estenderse ao persoal temporal, que non ten aquel dereito de promoción ao non ser no seu caso permanente a ligazón coa Administración (artigo 4.2 da Lei de funcionarios civís do Estado do 7 de febreiro de 1964, e hoxe artigo 10 da Lei 7/2007, do 12 de abril, do Estatuto básico do empregado público). E, correlativamente, só pode adquirirse ou consolidarse grao se un posto se desempeña sendo funcionario de carreira ou persoal estatutario fixo, porque só nese caso hai a posibilidade de integración nun nivel e de promoción profesional».

⁴⁷ Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 11 de novembro de 2016.

Renuncia, así, a sentenza a conceptualizar a funcionalidade do grao no seo da función pública e a súa virtualidade como elemento da carreira administrativa. Aínda que tamén é certo que a virtualidade de ambos os dous (grao e carreira) quedou moi esvaecida: a carreira, porque se fai depender non de categorías subxectivas, senón de elementos obxectivos (como fai a sentenza nas súas referencias aos termos); e o grao, porque en realidade apenas reduce a súa eficacia a unha garantía de nivel de complemento retributivo e de nivel de posto⁴⁸, constituíndo así non tanto unha técnica de articulación da carreira como unha garantía de non retroceso nela na súa dimensión retributiva (parcialmente) e na súa dimensión obxectiva de tarefas e responsabilidades (limitada)⁴⁹. Garantías ambas as dúas das que teórica e paradoxalmente non en última instancia se podería beneficiar un funcionario interino porque o seu nomeamento o é para un posto concreto no cal, en principio e en final, “debería facer carreira”, pero precisamente o uso e abuso que se fai dos funcionarios interinos, a relativa estabilidade que mesmo a xurisprudencia lles recoñece e a “función pública paralela” que as administracións acabaron por configurar a través da súa regulación e xestión (por exemplo, bolsas duradeiras no tempo) explica que finalmente ter recoñecido un grao persoal poida un funcionario interino facelo valer ante futuros nomeamentos, expresión mesmo dunha potencial mobilidade que contraditoriamente puidese recoñecerse aos funcionarios interinos.

Pero, ademais, o recoñecemento do grao persoal aos funcionarios interinos pode xerar situacións de discriminación inversa respecto aos funcionarios de carreira, os cales, por exemplo, se atopan limitados para a adquisición de graos polo intervalo de niveis en que se sitúa o corpo ao que pertence (art. 70.2 RD 364/1995), cando os funcionarios interinos non se integran en corpo ningún, circunstancia esta que tamén ten as súas consecuencias importantes pola relación entre o grao e o corpo, na medida en que o grao persoal o adquiren os funcionarios de carreira pola súa pertenza a un corpo concreto, e non a outro, de maneira que para consolidar un determinado grao só se poden computar os postos de traballo servidos no corpo ao que pertence⁵⁰.

Máis aínda, a temporalidade de ocupación do posto polo funcionario interino non lle impide consolidar grao, mentres que os funcionarios de carreira non poden consolidar grao cando ocupan posto a título temporal (comisión de servizos ou adscrición provisional), salvo que con posterioridade obteñan a título definitivo ese posto ou outro de igual ou superior nivel, para o cal se computa, para os efectos de consolidación, o tempo desempeñado a título temporal, posibilidade que, paradoxalmente e pola súa vez, lles negan os tribunais aos funcionarios interinos cando deveñen en funcionarios de carreira, é dicir, que o tempo desempeñado interinamente non pode ser utilizado para consolidar grao, aínda que o interino se tivese convertido despois en funcionario

⁴⁸ Artigo 72 RD 364/1995.

⁴⁹ Vid. FUENTETAJA, J., “La carrera administrativa en la Función Pública: teoría (general) y modelos (comparados)”, Pérez Gálvez, J. F. (dir.), *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 265-270.

⁵⁰ STSX de Madrid do 5 de novembro de 2009. Como expresara significativamente a STSX de Castela-A Mancha, do 2 de marzo de 2006, “o acceso á función pública non ten lugar senón a través do acceso a un ou outro dos seus corpos, sen que haxa un concepto abstracto de funcionario de carreira que poida recibir as características ou aspectos gañados en cada un dos corpos aos que poida pertencer, podéndose transvasar os efectos da permanencia nun corpo a outro”.

de carreira, pois a adquisición de grao faise polo desempeño de postos en calidade de funcionario de carreira⁵¹.

3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de postos de traballo

Como dicíamos máis arriba, outra das cuestións que se formularon desde a óptica da prohibición de discriminación por razón da temporalidade é a posibilidade de que os funcionarios interinos poidan participar nas convocatorias de concursos internos de provisión de postos de traballo, teoricamente reservadas a funcionarios de carreira porque articulan a súa carreira vertical, pero que permitirían indirectamente dotar de contido a anterior cuestión do recoñecemento de grao persoal aos funcionarios interinos, pois é este un dos méritos a valorar nos concursos.

Máis alá da literalidade das normas que sistematicamente se redactan especificando que nos concursos internos de provisión participan os funcionarios de carreira, os tribunais sinalan que o importante é a natureza do funcionario interino, pois “o seu nomeamento obedece –exclusivamente– a razóns de urxencia e necesidade, referidas a un posto de traballo concreto. A desaparición da necesidade de ocupación de posto dá lugar ao cesamento do funcionario nomeado para ocupalo. O funcionario interino, ao estar nomeado para un posto específico (non para unha praza, como pretende o Concello), non ten dereito á mobilidade, sen que iso supoña discriminación prohibida, pois precisamente a necesidade de cobertura temporal dun posto determinado é a única xustificación do nomeamento”. E como o artigo 10.5 do TREBEP sinala que aos funcionarios interinos lles será aplicable, en canto sexa adecuado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira, a sentenza conclúe que “a participación en concursos é unha das facetas contrarias á súa condición de empregado contratado temporalmente para satisfacer unha necesidade determinada, pois, se a necesidade desaparece, o vínculo de interino debe extinguirse, e, se permanece, sería contrario á finalidade da contratación trasladar o interino a outro posto”⁵².

⁵¹ Así o entendeu a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, do 5 de xullo de 2017, onde se pretendía amparar o cómputo do tempo desempeñado como funcionario interino da Sentenza do Tribunal de Xustiza *Rosado Santana*, do 8 de setembro de 2011, onde estimou que os anos de experiencia acreditada, como requisito para participar na promoción interna, poden corresponder tanto a servizos prestados como funcionario de carreira como a servizos en réxime de temporalidade, isto é, como interino, xa funcionario ou laboral). Non obstante, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia considerou que a pretensión de que se compute o período de tempo prestado como funcionario interino para os efectos de consolidación de grao “non é posible porque este vai ligado ao dereito á carreira horizontal e é propio dos funcionarios de carreira, únicos que teñen dereito á inamovibilidade, coa consecvente estabilidade no vínculo, malia que o fundamento da permanencia na Administración do funcionario interino é a ocupación dun posto vacante no que existe unha urxente necesidade para a súa cobertura, ou o desempeño dunhas funcións concretas por causa de urxente necesidade, polo que se distingue polo carácter conxuntural e de urxencia dos servizos que presta, condición dificilmente compatible con aquel dereito á carreira profesional, pois iría en contra da propia esencia e xustificación do nomeamento como funcionario interino”. Por iso, e aínda recoñecendo implicitamente o tribunal que hai unha diferenza de trato entre os funcionarios de carreira e os funcionarios interinos, entende que existen “razóns obxectivas que xustifican que non poida computarse aquel tempo de interinidade para os efectos de consolidación de grao”, pois a xurisprudencia do Tribunal Supremo ampara que se poida “diferenciar o estatuto dos que desempeñan as funcións con carácter temporal e dos que son funcionarios de carreira” (citando as recentes sentenzas daquel do 13 de marzo de 2017 (recurso 896/2014) e do 9 de febreiro de 2015).

⁵² STSX de Madrid, do 1 de abril de 2019.

3.4 O «dereito á indemnización por despedimento» dos funcionarios interinos

Analicemos, por último, o emblemático suposto –xa mencionado máis arriba desde unha perspectiva metodolóxica– da reivindicación polos funcionarios interinos do dereito á indemnización cando son destituídos, ao considerar que se lles discrimina non obviamente fronte aos funcionarios de carreira, senón respecto aos contratados laborais fixos, cuxo réxime xurídico si prevé tal indemnización cando é despedido por causas obxectivas⁵³.

Malia que algúns tribunais españois recoñeceron excepcionalmente tal indemnización⁵⁴ –quizais máis como sanción ao abuso pola temporalidade excesiva das relacións funcionarias interinas–, o Tribunal de Xustiza rexeitou que exista discriminación nun caso relativo a persoal eventual, pero cuxo razoamento é extensible aos funcionarios interinos (como así fixo, posteriormente, o avogado xeral SPUZGAR no asunto *Baldonado Martín*).

Xa dixemos que o Tribunal de Xustiza admitiu, en principio, o xuízo de comparación entre o persoal eventual e os traballadores fixos, malia o cruzamento de réximes xurídicos, pois limitouse a considerar as funcións e tarefas desenvolvidas (titulación requirida, traballo desenvolvido, etc.), aínda que defería aos tribunais nacionais en concreto a apreciación da comparabilidade de situacións. Realizado o xuízo de comparación, concluíu que efectivamente existe unha diferenza de trato entre o persoal eventual e o contratado laboral fixo na Administración. Non obstante, considerou que esa diferenza de trato estaba xustificada obxectivamente porque, mentres respecto aos traballadores laborais a indemnización atopa a súa razón de ser na frustración da expectativa do mantemento da relación laboral, tal frustración non pode producirse no caso do persoal eventual cuxo réxime xurídico non inclúe a expectativa de mantemento da relación como o dito persoal eventual, dado que o seu cesamento se pode producir en calquera momento, por decisión do órgano que o nomeou, e ao destituír o seu titular, en todo caso. Polo tanto, o persoal eventual é estruturalmente temporal, precario, sen que sequera poida alegar a existencia dunha expectativa de duración non determinada da relación, pois a incerteza do momento do cesamento non fai indeterminada a relación do persoal eventual.

⁵³ Recordemos que tales causas obxectivas, que amparan o despedimento, son a ineptitude do traballador coñecida ou sobrevida con posterioridade á súa colocación efectiva na empresa; a falta de adaptación do traballador ás modificacións técnicas razoables operadas no seu posto de traballo; as causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, cando a extinción dos contratos afecte a un número de traballadores inferior ao requirido para cualificar a extinción de «despedimento colectivo», e, suxeito a determinadas condicións, as faltas de asistencia intermitentes ao traballo, mesmo xustificadas. Finalmente, no caso de contratos por tempo indefinido concertados directamente por entidades sen ánimo de lucro para a execución de plans e programas públicos determinados, sen dotación económica estable e financiados polas administracións públicas mediante consignacións orzamentarias ou extraorzamentarias anuais consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, pola insuficiencia da correspondente consignación para o mantemento do contrato de traballo de que se trate (art. 52 ET). Debido a esta extinción por causas obxectivas, debe pór á disposición do traballador “unha indemnización equivalente a vinte días por ano de servizo (art. 53 ET).

⁵⁴ O contido da indemnización calcularíase conforme o alcance que a esta lle deu a xurisdición social para os indefinidos non fixos de natureza laboral: 20 días por ano de servizo, co límite de doce mensualidades: Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, do 18 de outubro de 2017.

No caso de autos, o tribunal remitente e o Goberno español invocan a diferenza que caracteriza o contexto en que se produce o cesamento nas súas funcións do persoal eventual en relación con aquel en que se prevé o aboamento dunha indemnización en caso de despedimento por unha das causas previstas no artigo 52 do Estatuto dos traballadores. Ao seu xuízo, este persoal presta servizos no marco dunha relación de servizo caracterizada polo feito de que, de conformidade co artigo 12, apartado 3, do EBEP, o nomeamento dos membros dese persoal é libre, poden ser destituídos nas súas funcións libremente, en calquera momento, cando a relación de confianza entre eles e a autoridade para a que exercen as súas funcións rompe, e que, en calquera caso, cesan automaticamente cando cesa nas súas funcións a persoa á que se presta o asesoramento. Polo tanto, non poden albergar ningunha expectativa lexítima no que respecta á estabilidade da súa relación de servizo, dado que son plenamente conscientes, desde o momento do seu nomeamento, da existencia da posibilidade de ser destituído libremente nas súas funcións, así como do feito de que esa relación concluirá, como moito, ao final do mandato da dita autoridade. En cambio, o aboamento da indemnización establecida no artigo 53, apartado 1, letra b), do Estatuto dos traballadores está motivado pola vontade de compensar a frustración das expectativas lexítimas do traballador no que respecta á continuidade da relación laboral, frustración orixinada por ter sido despedido debido á concorrencia dunha das causas previstas no artigo 52 dese estatuto. A este respecto, cómpre sinalar que o cesamento das interresadas se produciu nun contexto sensiblemente diferente, desde os puntos de vista tanto fáctico como xurídico, daquel en que o contrato de traballo de traballador fixo se extingue debido á concorrencia dunha das causas previstas no artigo 52 do Estatuto dos traballadores. En efecto, como subliñou a Comisión Europea, cando inicia unha relación de servizo cunha autoridade pública, o persoal eventual acepta que, en razón das especificidades das funcións de confianza ou de asesoramento especial para as que son nomeados, o mantemento desa relación se supedita ao da relación de confianza especial coa citada autoridade que tales funcións implican.

Como dicimos, este razoamento é perfectamente extensible á situación dos funcionarios interinos, tal como fai o avogado xeral SPUZNAR no asunto *Baldonado Martín*, nas súas conclusións de outubro de 2019. Polo tanto, a precariedade xurídica inherente á interinidade funcional impedirá tutelar resarcitoriamente unha pretendida expectativa no mantemento da relación, mesmo a pesar de que as relacións funcionariais temporais resulten «inusualmente longas»⁵⁵, tal como na práctica permiten algunhas das circunstancias que amparan legalmente o nomeamento de funcionarios interinos, por non falar das que ilegalmente as enquistan no seo das administracións públicas.

⁵⁵ Na Sentenza *Montero Mateos*, do 5 de xuño de 2018 (C-677/16), relativa a unha contratación por interinidade de natureza laboral, o Tribunal de Xustiza considerou xustificada a ausencia de dereito de indemnización á dita modalidade contractual respecto aos traballadores fixos, aínda que para os efectos da posible transformación en fixa da relación é menos concluínte. Segundo o tribunal, a contratada “non podía coñecer, no momento en que se asinou o seu contrato de interinidade, a data exacta en que se provería con carácter definitivo o posto que ocupaba en virtude do dito contrato, nin saber que ese contrato tería unha duración inusualmente longa. Non é menos certo que o citado contrato finalizou debido á desaparición da causa que xustificara a súa celebración. Dito isto, incúmbelle ao xulgado remitente examinar se, tendo en conta a imprevisibilidade da finalización do contrato e da súa duración, inusualmente longa, procede recualificalo como contrato fixo” (n. 64).

Polo demais, o Tribunal Supremo vedou a posibilidade de considerar a indemnización polo cesamento dos funcionarios interinos obxecto de abuso como translación do dereito do persoal laboral, reconducíndoa máis ben a instituto xeral da responsabilidade patrimonial da Administración polo dano causado ao funcionario interino que padeceu o uso abusivo na súa relación funcional temporal. Na Sentenza do Tribunal Supremo do 26 de setembro de 2018 (n. Rec. 1305/2017), afirmase que, aínda que o funcionario interino afectado por unha utilización abusiva dos seus nomeamentos ten dereito a indemnización, tal recoñecemento, primeiro, depende das circunstancias singulares do caso; segundo, debe ser solicitado, se procede, no mesmo proceso en que se declara a existencia da situación de abuso; e, terceiro, require que a parte demandante deduza tal pretensión; invoque no momento procesual oportuno que danos e perdas, e por que concepto ou conceptos en concreto, lle foron causados; e acredite por calquera dos medios de proba admitidos en dereito a realidade de tales danos e/ou perdas, de sorte que só poderá quedar para execución de sentenza a fixación ou determinación do *quantum* da indemnización debida. “Ademais, o concepto ou conceptos danosos e/ou prexudiciais que se invoquen deben estar ligados ao menoscabo ou dano, de calquera orde, producido pola situación de abuso, pois esta é a súa causa, e non a hipotéticas “equivalencias”, ao momento do cesamento e inexistentes naquel tipo de relación de emprego, con outras relacións laborais ou de emprego público”.

4 A converxencia substantiva de réximes xurídicos entre funcionarios de carreira e funcionarios interinos

É evidente que o dereito europeo incorporou un canon propio de contraste sobre a situación dos funcionarios temporais e os funcionarios de carreira. O dito canon ten un alcance propio que obriga a depurar tanto a regulación do réxime xurídico daqueles como a propia xestión que as administracións fan destes funcionarios temporais.

Xa desde o canon interno constitucional da igualdade, o lexislador e os tribunais procederan a equiparar as condicións duns e outros, en particular en materia de retribucións. Non obstante, ese canon interno era moi diferente ao europeo, por moito que o Tribunal Constitucional nas súas últimas sentenzas ao respecto se aliñase co Tribunal de Xustiza da Unión Europea (STC 232/2015), cando na década anterior desenvolvera unha doutrina propia de carácter implicitamente sancionador xa que só se lles recoñecían dereitos a funcionarios interinos cuxo vínculo se estendía máis alá de cinco anos, logo a equiparación ou non discriminación non se baseaba tanto na falta de relevancia da temporalidade da relación senón na prolongación desta máis alá do razoable.

Pero o impulso europeo transcendeu o alcance interno da igualdade para desbordarse en ámbitos que tradicionalmente se consideraban vedados aos funcionarios temporais, do que a carreira é caso senlleiro, aínda que non único, como o demostra a nova concepción da «estabilidade relativa» dos funcionarios interinos.

Os xuíces e tribunais, en particular, emprenderon esta tarefa con decisión, pero en ocasións desbordan os propios límites do dereito europeo, facéndolle dicir a este o

que realmente non di. Moi particular, a metodoloxía do xuízo de comparación que a directiva establece entre traballadores cunha relación de duración determinada e traballadores cunha relación fixa al térzase, incluíndo termos de comparación inadecuados (funcionarios e persoal laboral) ou criterios de comparación (*tertium comparationis*) igualmente non pertinentes (natureza xurídica da relación).

O labor é arduo, pois a normativa regula pensando por e para o funcionario de carreira, sen explicitar a extensión do dereito ou o privilexio aos funcionarios temporais.

Outra consecuencia directa da incidencia do dereito europeo na materia é o cambio metodolóxico á hora de integrar o réxime xurídico dos funcionarios temporais. Cando a normativa establece que a estes lles será “*aplicable, en canto sexa adecuado á natureza da súa condición, o réxime xeral dos funcionarios de carreira*”, presumíase en realidade que a aplicación do réxime dos funcionarios de carreira aos funcionarios temporais debía ser demostrado e motivado, pois en última instancia implicaba un xuízo analóxico que supuña unha aplicación da norma a supostos non previstos nela.

Non obstante, o dereito europeo tería alterado a lóxica aplicativa da cláusula en cuestión. Na medida en que non se poden establecer regulacións nin realizar aplicacións que impliquen discriminación por razón da temporalidade, o que o dereito europeo está a realizar é en realidade unha extensión da eficacia da norma relativa aos funcionarios de carreira respecto aos funcionarios temporais. Polo tanto, presúmese que o réxime xurídico dos funcionarios de carreira se aplica igualmente aos funcionarios temporais. E só se se entende que algunha cuestión non lles resultaría aplicable pola natureza da relación entón corresponde ao lexislador ao regular e á Administración ao aplicar motivar e razoar por que hai que facer un tratamento diferenciado aos funcionarios temporais.

En última instancia, trátase dunha inversión da carga da proba: o que antes era unha non-aplicación xeral e só excepcionalmente se estendía o réxime funcional de carreira aos funcionarios interinos, agora vén significar que hai que proceder a unha aplicación xeral do réxime xurídico dos funcionarios de carreira aos funcionarios temporais, debendo en cambio xustificarse por que un determinado aspecto non é aplicable e procedendo, en consecuencia, a un tratamento diferenciado.

En realidade, a lóxica do razoamento xa era inherente ao propio xuízo de igualdade que os xuíces e tribunais, pero moi particularmente o Tribunal Constitucional, levaban a cabo. O que cambiou é o parámetro de control e o alcance deste.

En primeiro lugar, o criterio mesmo de diferenciación, pois tradicionalmente entendíase que a propia temporalidade da relación determinaba consecuencias no réxime xurídico da relación de maior alcance do que na actualidade se entende. Moi en particular cando se invocaba a potestade de autoorganización, por exemplo, para os efectos de reducir a xornada dos funcionarios temporais.

En segundo lugar, o dereito europeo reduciu a marxe de apreciación e de discrecionalidade que se lle recoñecía anteriormente ao lexislador e á Administración aos que lles exige substancialmente razóns obxectivas para diferenciar o trato e formalmente razóns precisas e claras. Respecto ao primeiro, o Tribunal de Xustiza descartou que o mero sistema selectivo sexa razón suficiente para xustificar un trato diferenciado, a cal adoitaba e adoita ser aínda unha argumentación utilizada por xuíces e administracións.



E, respecto ás razóns precisas e claras, non basta xa sinalar que un determinado aspecto é inadecuado á temporalidade da relación para negar o seu recoñecemento aos funcionarios interinos, exixíndose unha fundamentación completa que fuxa de cláusulas vagas ou expresións imprecisas.

Os xuíces e tribunais acolleron a necesidade de xustificar as diferenzas de trato e esfórzanse por fundamentacións máis sólidas que a mera temporalidade do vínculo, cando non a simple previsión legal. Non obstante, os pronunciamentos xudiciais en ocasións non escapan a unha deriva circular nos seus razoamentos, causada pola trampa lóxica que en última instancia implica argumentar que a temporalidade non é un trazo diferenciador cando un dos termos subxectivos de comparación é unha clase de persoal esencial e estruturalmente temporal.

Así o observamos na STS do 14 de xullo de 2014⁵⁶, na cal se estableceu con claridade que os funcionarios interinos non podían ser instrutores dun procedemento disciplinario. A sentenza apóiase fundamentalmente na literalidade do artigo 30.1 do Real decreto 33/1986, do 10 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de réxime disciplinario dos funcionarios da Administración do Estado, que exige que o instrutor sexa un funcionario público “pertencente a un corpo ou escala de igual ou superior grupo ao do inculpado”. Aínda que para rexeitar o argumento da progresiva e crecente equiparación de réximes entre funcionarios interinos e de carreira, que recoñece tamén auspiciada polo dereito europeo, sinala que “non obstante, no noso ordenamento xurídico, antes e despois do Estatuto básico do empregado público, a regra é que sexan funcionarios de carreira os que desempeñen os postos de traballo das administracións públicas. E sucede que a preocupación do lexislador e da xurisprudencia por equiparar cos funcionarios de carreira os interinos se explica principalmente polo propósito de igualar en dereitos, non só retributivos, aos que levan a cabo na práctica as mesmas funcións, aínda que o seu nomeamento sexa temporal. Non obstante, a identidade de trato que se predica entre eles para eses efectos, ou sexa, para evitar que os interinos se vexan discriminados sen que medien razóns obxectivas e constitucionalmente fundadas que o xustifiquen, non chega ata o punto de igualalos plenamente cos funcionarios de carreira. Esencialmente, porque os interinos, por non pertenceren a un corpo ou escala e ser temporal a súa relación coa Administración, quedan vinculados ao posto a que transitoriamente están adscritos e non teñen ao seu alcance, entre outras, as posibilidades de carreira horizontal ou vertical que, non obstante, si posúen os funcionarios de carreira, nin tampouco poden formar parte dos tribunais cualificadores de procesos selectivos para o ingreso nos corpos e escalas de funcionarios”.

Obviamente, a consecuencia de todo iso é unha crecente converxencia de réximes substantivos entre os funcionarios de carreira e os funcionarios temporais. Iso obriga a reflexionar e afondar nas singularidades de réxime destes últimos, pois a necesidade de nomear funcionarios temporais é ineludible polas necesidades temporais de persoal que toda Administración ten⁵⁷.

⁵⁶ Recurso de casación n. 2664/2012.

⁵⁷ CANTERO, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017, pp. 8-29.

Bibliografía

- ALDOMA BUIXADE, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Deputación de Barcelona, Barcelona, 2015.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- CANTERO, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017.
- CASTILLO BLANCO, F., *El sistema retributivo en la Función Pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- FUENTETAJA, J., *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2018.
- FUENTETAJA, J., “La carrera administrativa en la Función Pública: teoría (general) y modelos (comparados)”, Pérez Gálvez, J. F. (dir.), *Retos y propuestas para el Sistema de Salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PARADA, R., y FUENTETAJA, J., *Derecho de la Función Pública*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2019.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, n. 208, 2019.

regap



ESTUDIOS

