

«*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

JESÚS FUENTETAJA PASTOR

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad 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 El régimen jurídico de los funcionarios interinos y la incidencia del derecho europeo en él. 2 El canon europeo de no discriminación por razón de la temporalidad de la relación. 2.1 Los términos subjetivos de comparación: trabajadores temporales e indefinidos. 2.2 Término objeto de comparación: «condiciones de trabajo». 2.3 Justificación objetiva del tratamiento diferenciado en las administraciones públicas. 3 Consecuencias sobre el régimen jurídico de los funcionarios interinos. 3.1 Reconocimiento europeo de derechos a los funcionarios interinos. 3.2 Los derechos retributivos de los funcionarios interinos a la luz del derecho europeo. 3.3 El derecho a la carrera de los funcionarios públicos temporales. 3.3.1 Carrera horizontal y funcionarios interinos. 3.3.2 Consolidación de grado personal por funcionarios interinos. 3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de puestos de trabajo. 3.4 El «derecho a la indemnización por despido» de los funcionarios interinos. 4 La convergencia sustantiva de regímenes jurídicos entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos.

1 El régimen jurídico de los funcionarios interinos y la incidencia del derecho europeo en él

Uno de los arcanos más inescrutables que recoge la normativa de función pública española es el relativo al establecimiento del régimen jurídico de los funcionarios interinos¹, al decir que a estos se aplicará el régimen general de los funcionarios de carrera “*en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*” (art. 10.5 TREBEP). Esta técnica presupone una falta de reflexión previa que permita una abstracción en sede legislativa, defiriendo a la Administración, en sede de aplicación, la determinación general (vía reglamento) o singular (vía actos) de ese régimen y, en sede judicial, la configuración última del régimen jurídico aplicable a los funcionarios interinos.

Con independencia de esta compleja técnica de remisión aplicativa para dotar de contenido al régimen jurídico de los funcionarios interinos y prescindiendo de la necesidad u oportunidad de que el mismo viniera previsto en una ley (por entender en sentido amplio la exigencia de tal reserva en el artículo 103.3 de la Constitución) o, al menos, en una norma reglamentaria, lo cierto es que la locución normativa ha

¹ La locución también define el derecho aplicable al personal eventual (art. 12.5 TREBEP), aunque por su menor trascendencia obviaremos esta clase de personal en este estudio.

permitido extender o no el régimen jurídico de los funcionarios de carrera a los funcionarios en atención a criterios más o menos justificados.

Así, por ejemplo y con cierta cercanía en el tiempo, la reciente crisis económica padecida por nuestro país a partir del año 2010 fue la causa remota para recortes económicos que se articularon a través de decisiones que afectaron exclusivamente a los funcionarios interinos, desde la reducción de su horario y consecuentemente de sus retribuciones a la amortización de las plazas que ocupaban, pasando por los ceses sin tal amortización. Con más raigambre histórica, la argumentación de la diferenciación de regímenes invocaba aspectos como el singular y diverso procedimiento de selección de los funcionarios interinos, con menos exigencias desde los principios de igualdad y de mérito y capacidad. O incluso se alegaba, con un razonamiento un tanto tautológico, que determinado elemento del régimen de los funcionarios de carrera no podía reconocerse a los funcionarios interinos por la naturaleza temporal de estos, criterios todos ellos que era frecuente encontrar en la vida administrativa diaria, pero también en la jurisprudencia, sea constitucional u ordinaria.

Y no es que el principio de igualdad no se tuviera en cuenta en la operación hermenéutica encaminada a dilucidar lo que era “*adecuado a la naturaleza de su condición*” de funcionario interino, pero lo cierto es que los tribunales eran más proclives a encontrar justificada la razón de la diferenciación de trato.

Esta inercia administrativa y judicial se ha visto abruptamente interrumpida por un factor imprevisible: el derecho europeo². Aunque la Unión Europea carece de competencia sobre la función pública de los Estados miembros, su incidencia se ha producido por la extensión que la normativa y la jurisprudencia europeas han hecho del concepto trabajador a efectos tanto de la libre circulación en el mercado interior como de la titularidad de derechos sociales encaminados a su protección. Concretamente, en este último ámbito hay que ubicar la decisiva Directiva 1999/70 de trabajo de duración determinada, cuyos objetivos, en realidad, son dos: el primero, la prohibición de diferencias de trato desfavorables de las que puedan ser objeto los trabajadores con una relación de duración determinada respecto a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas; y, el segundo, evitar el abuso en el recurso a la utilización de relaciones temporales tanto con carácter absoluto (duraciones excesivas que encubran necesidades permanentes) o con carácter relativo (encadenamiento de relaciones temporales).

Prescindiremos de este segundo objetivo, aunque presenta una problemática propia por los endémicos abusos que nuestras administraciones hacen de las duraciones de las relaciones interinas, la cual está propiciando reivindicaciones sociales, pronunciamientos judiciales y opiniones doctrinales de gran interés³. Nos centraremos, pues, en cómo el derecho europeo ha afectado decisivamente la comprensión del régimen jurídico material de los funcionarios interinos al prohibir discriminaciones

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.

respecto a los funcionarios de carrera que pretendieran justificarse exclusivamente en la temporalidad de la relación.

2 El canon europeo de no discriminación por razón de la temporalidad de la relación

Aunque el derecho europeo establece la prohibición de discriminación por diferentes motivos (sexo, edad, etc.), la Directiva 1999/70 tiene por objeto exclusivamente la prohibición por razón de la temporalidad de la relación entre trabajadores cuya relación es de duración determinada y trabajadores cuya relación es de duración indeterminada.

La cláusula 4 de la directiva es harto elocuente del alcance y de los elementos de la prohibición que pretende el derecho europeo: “*Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”. Analicemos, pues, los distintos términos que componen la prohibición que, como vemos, exige un juicio relacional de categorías de trabajadores.

2.1 Los términos subjetivos de comparación: trabajadores temporales e indefinidos

El Tribunal de Justicia ha sido claro a la hora de afirmar que “el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el acuerdo marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable”⁴. Esto implica, por tanto, que 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 el Acuerdo marco de trabajo de duración determinada⁵.

En consecuencia, la igualdad que imponen la Directiva y el Acuerdo marco de trabajo de duración determinada no incluye la discriminación de personal de duración indeterminada (funcionarios de carrera) respecto a personal de duración determinada, de forma que, si estos tienen reconocidas unas condiciones de empleo determinadas (por ejemplo, derecho a indemnización al finalizar la relación de trabajo), aquellos no pueden pretender su reconocimiento.

Y tampoco la discriminación entre personal con duración indeterminada, esto es, entre funcionarios de carrera y personal laboral fijo, lo que en principio evita al

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

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

Tribunal de Justicia tener que inmiscuirse en un asunto más complejo, como el de la coexistencia de relaciones jurídicas de naturaleza diferente en el seno de una misma Administración con las inherentes diferencias entre ellas.

Sin embargo, la combinación de términos de referencia no acaba con los antes expuestos. Y es que cabría suscitar una cuestión que formalmente se plantease entre personal de naturaleza administrativa temporal (funcionarios interinos y eventuales sanitarios) y personal laboral fijo en tanto en cuanto realicen un trabajo comparable. Pero entonces se estarían desbordando los estrictos límites del juicio de comparabilidad que dibuja la Directiva 1999/70, por mucho que se pretenda entablar tal juicio entre términos más abstractos que prescinden de rasgos genuinos de clases de personal («empleado público» o «trabajador») o que se abogue por un “concepto amplio de “trabajador indefinido comparable”⁶, salvo que ese desbordamiento del marco europeo estricto se produzca por el establecimiento de un canon interno europeo diferente que prescinda de la naturaleza jurídica del vínculo como premisa esencial del juicio de comparabilidad.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia parece difuminar últimamente los contornos estrictos de los términos subjetivos del juicio de comparación. Así lo ha hecho en el asunto *Aragón Carrasco*, en sentencia de junio de 2019⁷, que, aunque versaba fácticamente sobre personal eventual, el razonamiento es perfectamente aplicable al personal funcional interino, como así acaba de hacer el abogado general SPUZGAR en el asunto *Baldonado Martín*, en sus Conclusiones de 17 de octubre de 2019. En dicha sentencia, el tribunal no tiene en cuenta el diferente régimen jurídico de las figuras de trabajadores en liza de comparación y admite que se considere el diferente trato entre los trabajadores temporales sometidos a derecho público (personal eventual) y trabajadores fijos sometidos a derecho privado (personal laboral fijo) respecto al derecho de indemnización por cese de la relación de servicio, tal y como veremos al final de este trabajo.

Si se ha traído ahora a colación esta cuestión es porque afecta no solo a la concreta condición de trabajo objeto de juicio de comparación –derecho de indemnización por cese–, sino también a las consecuencias potencialmente impredecibles que tendría admitir ese tipo de juicios de comparación que implican un cruce de regímenes jurídicos. Y es que ello supondría, a la postre, construir el régimen jurídico de los funcionarios temporales no solo desde la perspectiva del régimen jurídico de los funcionarios de carrera, sino también desde la de los trabajadores laborales fijos al servicio de la Administración, escogiendo aquellos elementos de uno u otro régimen en función de la conveniencia del funcionario temporal, caso del derecho de indemnización. De alguna manera, la convergencia de regímenes no se verificaría entre funcionarios temporales y funcionarios interinos, sino que más bien se operaría una síntesis dialéctica de todos los existentes en la Administración –funcionarios de carrera y contratados laborales fijos– conformando un régimen jurídico singular y ajeno a la propia legislación, más

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

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

parecido a la premisa teórica que subyace en el término «empleado público» utilizado por el propio Estatuto básico.

Refuerzo último de la conformación de ese régimen jurídico sincrético, que escogería de cada ordenamiento el elemento oportuno para conformar uno nuevo y diferente, sería una consecuencia colateral del cruce de regímenes jurídicos en los términos subjetivos del juicio de comparabilidad: la paradójica discriminación inversa a la que se verían abocados los funcionarios de carrera. Y es que, si se admitiera que el régimen jurídico de los funcionarios temporales se pudiera nutrir del régimen jurídico de los contratados laborales fijos, aquellos verían reconocidos derechos diferentes a los de los funcionarios de carrera. Pensemos simplemente en la integridad de las pagas extraordinarias, de montante más reducido para los funcionarios respecto a los contratados laborales en la Administración.

Bien es cierto que incluso esta comparabilidad de relaciones de trabajo cruzando figuras con regímenes jurídicos dispares resultaría teóricamente inviable si realmente hubiera, en el seno de cada Administración, una nítida y neta separación entre las funciones que funcionarios y laborales ejercen, lo que impediría siquiera el planteamiento de la cuestión. Recordemos que la directiva define al “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” como aquel “trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinid[a], en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”. La expresión «centro de trabajo», típicamente pensada por y para el ámbito privado, debe entenderse en el ámbito de la función pública como referida a la Administración pública concreta, pues es dicho ámbito el que determina el régimen jurídico homogéneo de derechos y obligaciones para su personal y la organización de sus tareas y funciones.

En efecto, la premisa para comparar las situaciones de los trabajadores –de duración determinada y de duración indefinida– es si ambas categorías desempeñan, en el centro de trabajo correspondiente, unas tareas idénticas o similares, teniendo en cuenta un conjunto de factores variado: naturaleza del trabajo, condiciones de formación, condiciones laborales⁸, que se pueden manifestar en aspectos como las actividades realizadas, la identidad de puestos.

Así, por ejemplo, en el sector público, el ámbito de referencia sería la Administración en cuestión, de manera que la relación de comparabilidad se debe hacer entre los empleados públicos con una relación de servicio por tiempo determinado y los empleados públicos con una relación de servicio por tiempo indefinido “nombrados por la misma autoridad durante el mismo período de tiempo”⁹. Asimismo, es necesario tener en cuenta la situación fáctica y jurídica en la que procede reclamar las correspondientes prestaciones al empleador”¹⁰.

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

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

¹⁰ Conclusiones de la abogada general *KOKOTT* en el asunto *Montero Mateos* (C-677/16).

Ciertamente, la Directiva 1999/70 exige que la comparación sobre las condiciones de trabajo entre trabajadores se haga de forma contextualizada teniendo como referencia “el centro de trabajo”. Una vez más, observamos que la terminología y la finalidad de la previsión responden más a la realidad del mercado de trabajo privado que a la del público, donde el principio de igualdad que rige la función pública impone una uniformidad jurídica basada más en el nivel de la Administración en cuestión que en el del concreto y singular centro de trabajo, sin perjuicio de que en virtud de la potestad de autoorganización del mismo se pudieran derivar consecuencias sobre las condiciones de trabajo (por ejemplo, en relación con la ordenación del tiempo del trabajo).

El razonamiento del abogado general SPUZNAR en el citado asunto *Baldonado Martín*, de octubre de 2019, es sumamente ilustrativo. Relativo al derecho de indemnización por cese de un funcionario interino, jardinero del Ayuntamiento de Madrid, el planteamiento de la cuestión prejudicial se hacía, en realidad, no tanto desde la comparación con el funcionario de carrera (que es evidente que no goza de aquel derecho), sino desde la consideración de la indemnización en el momento del cese como sanción al abuso en la sucesión de relaciones temporales en calidad de funcionario interino. El abogado general reformula este planteamiento y lo aborda no desde la cláusula 5 de la Directiva (medidas para prevenir y sancionar abusos), sino desde la 5 (prohibición de discriminación), pero para ello debe encontrar un trabajador fijo, jardinero, en el Ayuntamiento de Madrid que goce de derecho de indemnización en el momento de su cese. Y después de inquirir al mismo resulta que encuentra un único trabajador fijo contratado como jardinero desde los años noventa del pasado siglo. Y a partir de ahí podrá desarrollar su argumentación. Como puede verse, si el Ayuntamiento contara con una adecuada y correcta organización, no hubiese sido posible, en teoría, que las funciones de jardinería las desempeñen indistintamente funcionarios y laborales, aunque solo fuera uno de esta última categoría.

En última instancia, el juicio de comparabilidad exige homogeneidad de los términos esenciales de referencia (empleador, marco jurídico, contexto temporal y tareas desempeñadas) en el sentido de coincidir en todas sus propiedades relevantes y no divergir en ninguna propiedad que también se considere relevante, pues de lo contrario no estaríamos ante un juicio de igualdad, sino simplemente de semejanza.

2.2 Término objeto de comparación: «condiciones de trabajo»

La jurisprudencia europea ha sido muy flexible¹¹ a la hora de interpretar el concepto de «condiciones de trabajo» sobre las cuales no debe producirse discriminación entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos comparables. En dicho concepto se incluirían todas las normas aplicables a un trabajador

¹¹ Rechazando así aproximaciones restrictivas que, por ejemplo, abogaban por la exclusión de las retribuciones del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70, tal y como hacían las conclusiones del abogado general POIARES MADURO en el asunto *Del Cerro Alonso*, Rec. p. I-7120, n. 25.

o las prestaciones que este reclame por su vinculación con su relación laboral¹². En palabras del Tribunal de Justicia, “la expresión «condiciones de trabajo» designa los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral”¹³.

Así, en dicho concepto –y siempre dentro del ámbito público que es propio de este estudio– el Tribunal de Justicia ha incluido cuestiones relativas a prestaciones económicas, a la carrera y promoción profesional de los empleados, condiciones de despido o derechos de los que disfrutaban aquellos en el seno de la relación laboral.

2.3 Justificación objetiva del tratamiento diferenciado en las administraciones públicas

La constatación de una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos no implica necesariamente que sea contraria al derecho europeo, pues este admite ese trato diferenciado siempre que se encuentre fundamentado en razones objetivas, precisas y concretas, atendiendo a la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y a las circunstancias inherentes a estas¹⁴.

Este posible amparo en esas razones objetivas presenta peculiaridades en el caso de las administraciones públicas que es preciso analizar.

Por una parte, para el Tribunal de Justicia ni el desarrollo de funciones de confianza y asesoramiento especial ni el hecho de que su nombramiento y cese sean libres diferencian al trabajador del resto de empleados públicos en función de la naturaleza de las tareas que pueden desempeñar¹⁵.

En el caso de los funcionarios interinos, España ha argüido infructuosamente ante el Tribunal de Justicia varias diferencias estructurales con los funcionarios de carrera que justificarían un tratamiento distinto de ambas clases de empleados públicos: menores exigencias en la incorporación y la acreditación del mérito y capacidad; falta de movilidad de los funcionarios interinos, al estar vinculados al puesto que son llamados a ocupar temporalmente, lo que hace que su actividad sea distinta y de diferente valor a la del funcionario de carrera; determinadas funciones se reservan a los funcionarios de carrera, lo que implica que existe una diferencia cualitativa en cuanto a experiencia y formación; o, por último, el hecho de que el cese de los funcionarios interinos tiene lugar cuando finaliza la causa que dio lugar a su nombramiento¹⁶. Sin embargo, el Tribunal de Justicia rechaza que esos aspectos amparen de manera abstracta y general una diferencia de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, si bien pueden justificar específicas y concretas previsiones que impliquen tal diferenciación

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

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

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

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

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

(v. gr. requisitos objetivos derivados de las características de la plaza a cubrir en un proceso selectivo o de provisión de puestos, en función de la naturaleza particular de las tareas que se han de realizar o las características inherentes a ellas, pero no un requisito genérico y abstracto según el cual el período de servicio exigido debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera¹⁷).

3 Consecuencias sobre el régimen jurídico de los funcionarios interinos

Tradicionalmente, los tribunales admitían la justificación general de la posibilidad de tratamiento diferenciado entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, pues se trataba de estructuras creadas por el derecho, entre las que, en principio, no puede exigirse *ex artículo 14 CE* un absoluto tratamiento igualitario, resultando así admisible, desde la perspectiva de este precepto constitucional, que el legislador reconozca el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable, y, en cambio, lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera (STC 7/1984).

No obstante, progresivamente se fue consolidando una tendencia a garantizar una mayor igualdad de regímenes, bien por la presencia de elementos objetivos que impedian la diferenciación (por ejemplo, las retribuciones, que hoy día se vinculan directamente al puesto y no a la categoría subjetiva), bien como mecanismo sancionador a los abusos en la duración de la temporalidad de las interinidades y para proteger otros bienes constitucionales, tal y como hizo el Tribunal Constitucional en la STC 240/1999, de 20 de diciembre, relativizando la justificación de la diferencia de trato entre funcionarios interinos y de carrera y cifrando en cinco años el tiempo a partir del cual la desigualdad entre ambas clases de personal podía quedar privada de fundamento¹⁸.

Tal era la situación cuando la jurisprudencia europea tuvo la oportunidad de contrastar en diferentes ocasiones la normativa y la práctica administrativa respecto a la prohibición de discriminación entre empleados públicos de derecho administrativo por

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

¹⁸ "Esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración. Esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración".

razón de la temporalidad de la relación, obligando a los tribunales españoles a extraer las consecuencias que se derivarían de la Directiva 1999/70 a diferentes aspectos del régimen jurídico de los funcionarios interinos y de otras clases temporales cuyo vínculo es de derecho público. Analizaremos dos ámbitos que consideramos claves para entender el alcance y contenido del impacto del derecho europeo sobre el régimen jurídico de los funcionarios interinos (derechos retributivos y carrera), no sin antes recordar los aspectos explícitos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que deben reconocerse a los funcionarios interinos en España.

3.1 Reconocimiento europeo de derechos a los funcionarios interinos

En relación con derechos económicos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido al personal temporal al servicio de las administraciones públicas la obtención y percepción de trienios¹⁹, en tanto en cuanto constituyen un complemento salarial por antigüedad²⁰. Pero también todo complemento salarial que se pueda percibir en el seno de la relación laboral. Así, en el caso de los docentes no universitarios, constituyen condiciones de trabajo a efectos de la directiva tanto los complementos retributivos que se conceden por la formación docente recibida²¹ (los conocidos como «sexenios» de la docencia no universitaria) o por la evaluación de la actividad docente²². Significativo es el asunto *Rodrigo Sanz*, donde por motivos organizativos y presupuestarios se redujo la jornada laboral de los funcionarios interinos, con la consiguiente reducción salarial; pues bien, el Tribunal consideró que ambas reducciones –jornada y retribuciones– suponían una discriminación en la medida en que la diferenciación no estaba objetivamente justificada²³.

A efectos de carrera, los servicios prestados como funcionario interino también deben ser tenidos en cuenta. Como dijera el Tribunal de Justicia en el asunto *Rosado Santana*, sería contrario a la Directiva 1999/70 que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de este, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que solo pueden participar los funcionarios de carrera. Teniendo en cuenta, en todo caso, que el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye una razón objetiva que justifique esa diferencia de trato²⁴. También, en relación con la carrera, el Tribunal

¹⁹ *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, 22 de diciembre de 2010 (C-444/09 y C-456/09); *Regajo Dans*, 9 de julio de 2015 (C-177/14), n. 43.

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

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

²² *Álvarez Santirso v. Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias*, 21 de septiembre de 2016 (C-631/15).

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

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

de Justicia ha declarado que los funcionarios interinos tienen derecho a acceder a la modalidad de carrera horizontal²⁵.

Finalmente, el Tribunal de Justicia ha reconocido a un funcionario interino el derecho a que se le apliquen situaciones administrativas que formalmente restringen su ámbito subjetivo a los funcionarios de carrera, como los servicios especiales²⁶.

3.2 Los derechos retributivos de los funcionarios interinos a la luz del derecho europeo

Fue en el ámbito retributivo donde por vez primera se plantearon las reivindicaciones por la discriminación por razón de la temporalidad que padecían los funcionarios interinos respecto a los funcionarios de carrera y donde el Tribunal de Justicia europeo y los tribunales nacionales han terminado por consolidar una doctrina que hoy pacíficamente admite la igualdad retributiva de ambas clases de personal. La trascendencia de esta jurisprudencia no radica solo en su precisión para aplicarse directamente a numerosos supuestos, sino también y sobre todo por la potencialidad expansiva de la dimensión retributiva de las condiciones de empleo, de tal forma que todo concepto o elemento retributivo se identifica como objeto del juicio de comparabilidad de situaciones, soslayando incluso los fundamentos que lo caracterizaban. Así ha ocurrido paradigmáticamente en relación con el complemento retributivo de la carrera horizontal o, excepcionalmente, con el complemento de destino vinculado al grado personal de la carrera vertical, como veremos más adelante.

Sin embargo, es necesario partir de la propia configuración del régimen retributivo de los empleados públicos²⁷ para no confundir –como decíamos– el juicio de comparabilidad. Así, este juicio es legítimo cuando se trata de retribuciones vinculadas al puesto de trabajo en sí²⁸ o al desempeño efectivamente realizado en él, pero es más complejo cuando se pretende retribuir en función de categorías subjetivas que articulan la relación funcional con carácter permanente²⁹ o la progresión en la organización, pudiendo incluso llegar a ser contradictorio cuando se retribuye la permanencia en la función pública, pues *a priori* se trata de personal cuya vinculación con la Administración es coyuntural.

En cualquier caso, los tribunales han deducido todas las consecuencias de la jurisprudencia europea, identificando los conceptos retributivos que era preciso reconocer a los empleados públicos temporales de derecho administrativo.

En primer lugar, la tradicional negación de la percepción de los trienios al personal temporal fue directamente refutada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión

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

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

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

²⁸ El Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que “la percepción de conceptos retributivos ligados al desempeño de un puesto de trabajo fuere en condición de funcionario de carrera o de interino de larga duración resulta pacífica en el momento presente”: STS de 8 de marzo de 2017 (rec. n. 93/2016).

²⁹ Caso de los letrados de la Administración de justicia.

Europea, que ya en 2007 (*Del Cerro Alonso*³⁰) incluyó las eventuales primas de antigüedad en las condiciones de trabajo respecto a las cuales no se podía tratar de forma diferenciada a empleados públicos temporales y fijos. Ese pronunciamiento versó sobre personal estatutario temporal de los servicios de salud, por lo que no quedaba claro si aquella doctrina era trasladable a los funcionarios interinos³¹, lo cual fue precisado afirmativamente por el propio Tribunal de Justicia en 2010 (*Gavieiro Gavieiro*³²), que lo extendió posteriormente al personal eventual en 2015 (*Regojo Dans*³³).

En realidad, y para entonces, el artículo 25 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, ya había establecido que se reconocerían a los funcionarios interinos los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de su entrada en vigor, si bien los efectos retributivos únicamente lo serían a partir de la entrada en vigor del propio Estatuto básico, esto es, el 13 de mayo de 2007. Limitación temporal esta última que también fue considerada contraria al derecho europeo, porque el Tribunal de Justicia consideró que se debían satisfacer, para cumplir la directiva, desde el momento en el que esta debía haber sido transpuesta al ordenamiento español (de 10 julio de 2001)³⁴, lo que a su vez abría otra puerta de conflictividad para reclamar los trienios no abonados retroactivamente pero que no habían sido reclamados y que, en consecuencia, podían ser considerados firmes y consentidos por los funcionarios interinos³⁵.

En el ámbito de los complementos retributivos, estos habían sido reconocidos sin dificultad a los funcionarios interinos en la medida en que la retribución complementaria estuviese vinculada al puesto de trabajo, caso emblemático del complemento específico y del complemento de destino, si bien en este último la dimensión de carrera que presenta³⁶ pudiera desdibujar un tanto ese carácter objetivo.

Los problemas han radicado, en cambio, en los complementos ligados a la concurrencia de actividades adicionales por parte de los funcionarios públicos, configuradas conforme a premisas que implicaban una continuidad en el servicio que determinaban que, en principio, se descartase a los funcionarios interinos o temporales. Sin embargo, al prolongarse la duración de la relación funcional temporal, la concurrencia de los requisitos que daban lugar a la percepción de esos complementos llevó a que los funcionarios temporales reclamasen su reconocimiento. La inercia interna, como sabemos, solo pudo ser alterada por la intervención directa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en el ámbito de la docencia no universitaria, reconoció a los

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

³¹ *Auto Sáenz Morales*, 20 de enero de 2010 (C-389/09), que fue inadmitido por inadecuada contextualización fáctica y jurídica del caso, concierne a una funcionaria interina de la Junta de Andalucía.

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

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

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

³⁵ A esta conflictividad también el derecho europeo proporciona solución con el objetivo de garantizar su eficacia, soslayando, si es necesario, instituciones jurídicas internas que son manifestación del principio de seguridad jurídica (como la firmeza de los actos). Paradigmáticas resultan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 11 de marzo de 2013 y de 14 de marzo de 2014, que se apoyan en la jurisprudencia europea para exigir la revisión de las resoluciones administrativas denegatorias del abono de trienios a los funcionarios interinos.

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

funcionarios interinos el derecho a percibir los sexenios por formación permanente³⁷ o los incentivos por la evaluación de su actividad docente³⁸. Además, esta intervención del Tribunal de Justicia se ha visto precisamente respaldada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 231/2015, de 5 de noviembre, que incidentalmente recordaba la jurisprudencia europea consolidada sobre la prohibición de discriminación por razón de la temporalidad de la relación y directamente reconducía el respeto a las sentencias del Tribunal de Justicia al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución³⁹.

El razonamiento se ha extendido a los funcionarios interinos de la enseñanza universitaria, al reconocerles el derecho a la evaluación de su actividad investigadora y el complemento retributivo consecuente (el denominado «sexenio de investigación»)⁴⁰.

3.3 El derecho a la carrera de los funcionarios públicos temporales

El mero hecho de poder disertar sobre el derecho a la carrera de los funcionarios públicos temporales manifiesta la transformación que ha experimentado el derecho de la función pública en España en virtud de la incidencia del derecho europeo. Siendo la carrera un elemento consustancial del funcionario estable –no en vano lo lleva en su propia denominación: funcionario «*de carrera*»–, se entendía que la progresión en la función pública exigía una vinculación permanente que, en última instancia, derivaba de un estatus subjetivo (la propia condición de funcionario, pero también categorías subjetivas que organizan y estructuran la función pública), estatus subjetivo que se caracteriza por estar desvinculado del propio puesto de trabajo, a diferencia precisamente de los empleados temporales, cuya situación jurídica está ligada a un puesto.

Además de ese estatus subjetivo, la carrera incluye una dimensión dinámica que presupone una organización en la cual el funcionario evoluciona y progresa. Esa organización puede referirse a puestos de trabajo, pero también a categorías organizativas subjetivas (clases, categorías, grados, etc.) que se incorporan al patrimonio subjetivo del funcionario. Una vez más, y aparentemente, el empleado temporal, que debe su existencia a un determinado puesto o incluso a una tarea, es ajeno a esta dimensión dinámica de la carrera.

Vamos a analizar tres aspectos concretos de la carrera administrativa por su gran trascendencia: primero, la carrera horizontal y su reconocimiento a los funcionarios interinos; segundo, la consolidación del grado personal por estos; y, tercero, la posibilidad de participación de los funcionarios interinos en los concursos internos de provisión de puestos de trabajo, en la medida en que articulan la carrera vertical.

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

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

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

⁴⁰ Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n. 8, de 26 de diciembre de 2017.

3.3.1 Carrera horizontal y funcionarios interinos

La posibilidad de que los funcionarios interinos accedieran a la modalidad de carrera horizontal, ideada por el Estatuto básico pero implantada solo en algunas administraciones, fue planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la base de considerar si era aplicable a aquellos el complemento de carrera que incluyó o si, en cambio, debía entenderse como un concepto retributivo que atiende a la condición subjetiva del perceptor (funcionario de carrera, según la literalidad del propio Estatuto básico), obtenida por medio de un trabajo desarrollado a lo largo de varios años con arreglo a criterios de progresividad en complejidad y responsabilidad, estabilidad, especialización y profesionalidad⁴¹.

El Tribunal de Justicia⁴² consideró que la carrera horizontal forma parte de las «condiciones de trabajo» del personal que trabaja para la Administración, pues la misma incluye elementos como la progresión profesional, la calidad del trabajo, la experiencia profesional o los méritos contraídos por el desempeño profesional. Más aún, según el auto del Tribunal de Justicia que resuelve la cuestión, el hecho de que “el complemento retributivo al que da lugar la participación en el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal tenga por objeto retribuir determinadas cualidades subjetivas desarrolladas por el trabajador en el desempeño de sus funciones a lo largo de los años confirma que este complemento está vinculado al puesto del trabajador. Además, aun suponiendo que, como afirma el juzgado remitente, el sistema de carrera profesional controvertido en el litigio principal y el complemento retributivo al que dicho sistema da lugar estuvieran ineludiblemente vinculados a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo, esta circunstancia no puede enervar la conclusión de que el sistema y el complemento mencionados presentan una vinculación con la relación de servicios entre un trabajador y su empleador. Lo mismo cabe apreciar en cuanto al carácter voluntario de dicho sistema, al grado de dificultad que presenta la obtención del complemento derivado de él y a la naturaleza estatutaria de la relación de servicio entre la Administración y sus agentes” (n. 52-54).

Pero, además de concluir que la carrera horizontal es una condición de trabajo a efectos de la Directiva 1999/70, el Tribunal descarta que la diferencia de trato esté justificada en razones objetivas basadas, por un lado, en las particularidades del procedimiento selectivo de los funcionarios (por el mero hecho de que el personal laboral fijo –que sí puede acceder a la carrera horizontal analizada en el asunto en cuestión– no está sometido al mismo procedimiento selectivo que los funcionarios) y, por otro, en la existencia de una diferencia en la progresión profesional y en el grado de responsabilidad de las tareas desarrolladas entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos (pues el requisito de cinco años de experiencia que se exige a los funcionarios de carrera puede haberse adquirido en una relación de servicio de carácter temporal).

⁴¹ Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Zaragoza, de 12 de mayo de 2017, por el que se plantea al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial.

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

A partir de este auto, los tribunales han ido extrayendo y explicitando las consecuencias y reconocimiento del acceso a la carrera horizontal del personal estatutario interino de larga duración⁴³, de los funcionarios interinos⁴⁴ e, incluso, del personal laboral no fijo⁴⁵.

3.3.2 Consolidación de grado personal por funcionarios interinos

Sin duda alguna, el reconocimiento del grado personal a los funcionarios interinos ha sido de los pronunciamientos judiciales cualitativamente más inesperados, por la consideración tradicional de que la condición de funcionario de carrera constituía un requisito esencial para su adquisición, dadas las características genuinas del grado personal como técnica de articulación de la carrera de los funcionarios.

Hasta la irrupción del derecho europeo, la jurisprudencia negaba con naturalidad la posibilidad de que los funcionarios interinos consolidaran grado personal⁴⁶. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 sienta en casación la importante doctrina de que los funcionarios interinos tienen el mismo derecho que los funcionarios de carrera a la consolidación del grado personal.

Aunque la sentencia descarta parte de la argumentación utilizada en la sentencia recurrida⁴⁷, que discurría sobre la jurisprudencia relativa al reconocimiento, a efectos de consolidación de grado personal, de los desempeños provisionales de puestos (comisiones de servicios y adscripciones provisionales), la sala invoca las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva 1999/70/CE.

El Tribunal Supremo basa su razonamiento en tres argumentos. El primero, que el grado personal y sus efectos jurídicos han de ser incluidos en el ámbito o en el concepto de “condiciones de trabajo” que recoge la citada directiva, pues, como hemos visto, para el Tribunal de Justicia todo aspecto vinculado al “empleo” –como equivalente a la relación laboral entre un trabajador y su empresario– debe quedar integrado en dicho concepto. El segundo, que el funcionario interino es comparable al funcionario fijo, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales.

⁴³ SSTs de 18 de diciembre de 2018, de 21 de febrero de 2019 y de 6 de marzo de 2019.

⁴⁴ STS de 8 de marzo de 2019.

⁴⁵ STS de 6 de marzo de 2019.

⁴⁶ Sentencias de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de junio de 2012, recurso número 612/2011, y de 4 de julio de 2012, recurso número 129/2012: «en el derecho español de función pública el grado, su adquisición y consolidación, se incardina dentro del derecho a la promoción en la carrera profesional del empleado público de carrera o fijo, lo que, correlativamente, cabe extender asimismo al derecho a la percepción de un determinado nivel retributivo en concepto de complemento de destino. Al aparecer íntimamente vinculado a la carrera administrativa, el grado sólo se reconoce a los funcionarios de carrera, no pudiendo extenderse al personal temporal, que no tiene aquel derecho de promoción al no ser en su caso permanente la ligazón con la Administración (artículo 4.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, y hoy artículo 10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público). Y, correlativamente, sólo puede adquirirse o consolidarse grado si un puesto se desempeña siendo funcionario de carrera o personal estatutario fijo, porque sólo en ese caso hay la posibilidad de integración en un nivel y de promoción profesional».

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 11 de noviembre de 2016.

Pero donde se aprecia mayor endeblez argumental es en el tercer argumento, pues se limita a considerar que no se ha justificado que el trato diferente obedezca a razones objetivas, canon de diferenciación que hay que aplicar “por relación a los requisitos objetivos de las plazas servidas, por las características del empleo, o por el nivel de formación requerido para el desempeño de los puestos de trabajo, razones objetivas que la Administración no se ha esforzado en decantar para este caso, lo que nos conduce indeclinablemente a considerar que el único motivo por el que se ha denegado la consolidación de grado personal al recurrente es la naturaleza temporal de su vínculo laboral con la Administración demandada”.

Renuncia, así, la sentencia a conceptualizar la funcionalidad del grado en el seno de la función pública y su virtualidad como elemento de la carrera administrativa. Aunque también es cierto que la virtualidad de ambos (grado y carrera) ha quedado muy desdibujada: la carrera, porque se hace depender no de categorías subjetivas, sino de elementos objetivos (como hace la sentencia en sus referencias a los términos); y el grado, porque en realidad apenas reduce su eficacia a una garantía de nivel de complemento retributivo y de nivel de puesto⁴⁸, constituyendo así no tanto una técnica de articulación de la carrera cuanto una garantía de no retroceso en la misma en su dimensión retributiva (parcialmente) y en su dimensión objetiva de tareas y responsabilidades (limitada)⁴⁹. Garantías ambas de las que teórica y paradójicamente no se podría en última instancia beneficiar un funcionario interino porque su nombramiento lo es para un puesto concreto en el que, en principio y en final, debería “hacer carrera”, pero precisamente el uso y abuso que se hace de los funcionarios interinos, la relativa estabilidad que incluso la jurisprudencia les reconoce y la “función pública paralela” que las administraciones han terminado por configurar a través de su regulación y gestión (por ejemplo, bolsas duraderas en el tiempo) explica que finalmente tener reconocido un grado personal pueda un funcionario interino hacerlo valer ante futuros nombramientos, expresión incluso de una potencial movilidad que contradictoriamente pudiera reconocerse a los funcionarios interinos.

Pero, además, el reconocimiento del grado personal a los funcionarios interinos puede generar situaciones de discriminación inversa respecto a los funcionarios de carrera, quienes, por ejemplo, se encuentran limitados para la adquisición de grados por el intervalo de niveles en el que se sitúa el cuerpo al que pertenece (art. 70.2 RD 364/1995), cuando los funcionarios interinos no se integran en cuerpo alguno, circunstancia esta que también tiene sus consecuencias importantes por la relación entre el grado y el cuerpo, en la medida en que el grado personal lo adquieren los funcionarios de carrera por su pertenencia a un concreto cuerpo, y no a otro, de manera que para consolidar un determinado grado solo se pueden computar los puestos de trabajo servidos en el cuerpo al que pertenece⁵⁰.

⁴⁸ Artículo 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 STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2009. Como expresara significativamente la STSJ de Castilla-La Mancha, de 2 de marzo de 2006, “el acceso a la función pública no tiene lugar sino a través del acceso a uno u otro de sus cuerpos, sin que

Más aún, la temporalidad de ocupación del puesto por el funcionario interino no le impide consolidar grado, mientras que los funcionarios de carrera no pueden consolidar grado cuando ocupan puesto a título temporal (comisión de servicios o adscripción provisional), salvo que con posterioridad obtengan a título definitivo ese puesto u otro de igual o superior nivel, para lo cual se computa, a efectos de consolidación, el tiempo desempeñado a título temporal, posibilidad que, paradójicamente y a su vez, les niegan los tribunales a los funcionarios interinos cuando devienen en funcionarios de carrera, es decir, que el tiempo desempeñado interinamente no puede ser utilizado para consolidar grado, aunque el interino se hubiera convertido después en funcionario de carrera, pues la adquisición de grado se hace por el desempeño de puestos en calidad de funcionario de carrera⁵¹.

3.3.3 Participación de funcionarios interinos en concursos de provisión de puestos de trabajo

Como decíamos más arriba, otra de las cuestiones que se han planteado desde la óptica de la prohibición de discriminación por razón de la temporalidad es la posibilidad de que los funcionarios interinos puedan participar en las convocatorias de concursos internos de provisión de puestos de trabajo, teóricamente reservadas a funcionarios de carrera por cuanto articulan la carrera vertical de los mismos, pero que permitirían indirectamente dotar de contenido a la anterior cuestión del reconocimiento de grado personal a los funcionarios interinos, pues es este uno de los méritos a valorar en los concursos.

Más allá de la literalidad de las normas que sistemáticamente se redactan especificando que en los concursos internos de provisión participan los funcionarios de carrera, los tribunales señalan que lo importante es la naturaleza del funcionario interino, pues “su nombramiento obedece –exclusivamente– a razones de urgencia y necesidad, referidas a un concreto puesto de trabajo. La desaparición de la necesidad de ocupación de puesto da lugar al cese del funcionario nombrado para ocuparlo. El

haya un concepto abstracto de «funcionario de carrera» que pueda recibir las características o aspectos ganados en cada uno de los cuerpos a los que pueda pertenecer, pudiéndose trasvasar los efectos de la permanencia en un cuerpo a otro”.

⁵¹ Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de julio de 2017, donde se pretendía amparar el cómputo del tiempo desempeñado como funcionario interino de la Sentencia del Tribunal de Justicia *Rosado Santana*, de 8 de septiembre de 2011, donde estimó que los años de experiencia acreditada, como requisito para participar en la promoción interna, pueden corresponder tanto a servicios prestados como funcionario de carrera como a servicios en régimen de temporalidad, esto es, como interino, ya funcionario o laboral). Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que la pretensión de que se compute el período de tiempo prestado como funcionario interino a los efectos de consolidación de grado “no es posible porque el mismo va ligado al derecho a la carrera horizontal y es propio de los funcionarios de carrera, únicos que tienen derecho a la inamovilidad, con la consiguiente estabilidad en el vínculo, siendo así que el fundamento de la permanencia en la Administración del funcionario interino es la ocupación de un puesto vacante en el que existe una urgente necesidad para su cobertura, o el desempeño de unas funciones concretas por causa de urgente necesidad, por lo que se distingue por el carácter coyuntural y de urgencia de los servicios que presta, condición difícilmente compatible con aquel derecho a la carrera profesional, pues iría en contra de la propia esencia y justificación del nombramiento como funcionario interino”. Por ello y aun reconociendo implícitamente el Tribunal que hay una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, entiende que existen “razones objetivas que justifican que no pueda computarse aquel tiempo de interinidad a los efectos de consolidación de grado”, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo ampara que se pueda “diferenciar el estatuto de quienes desempeñan las funciones con carácter temporal y de quienes son funcionarios de carrera” (citando las recientes sentencias de aquel de 13 de marzo de 2017 (recurso 896/2014) y de 9 de febrero de 2015).

funcionario interino, al estar nombrado para un puesto específico (no para una plaza, como pretende el Ayuntamiento), no tiene derecho a la movilidad, sin que ello suponga discriminación prohibida, pues precisamente la necesidad de cobertura temporal de un puesto determinado es la única justificación del nombramiento”. Y como el artículo 10.5 del TREBEP señala que a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, la sentencia concluye que “la participación en concursos es una de las facetas contrarias a su condición de empleado contratado temporalmente para satisfacer una necesidad determinada, pues si la necesidad desaparece, el vínculo de interino debe extinguirse, y si permanece, sería contrario a la finalidad de la contratación el trasladar al interino a otro puesto”⁵².

3.4 El «derecho a la indemnización por despido» de los funcionarios interinos

Analicemos, por último, el emblemático supuesto –ya mencionado más arriba desde una perspectiva metodológica– de la reivindicación por los funcionarios interinos del derecho a la indemnización cuando son destituidos, al considerar que se les discrimina no obviamente frente a los funcionarios de carrera, sino respecto a los contratados laborales fijos, cuyo régimen jurídico sí prevé tal indemnización cuando es despedido por causas objetivas⁵³.

Aunque algunos tribunales españoles han reconocido excepcionalmente tal indemnización⁵⁴ –quizás más como sanción al abuso por la temporalidad excesiva de las relaciones funcionariales interinas–, el Tribunal de Justicia ha rechazado que exista discriminación en un caso relativo a personal eventual, pero cuyo razonamiento es extensible a los funcionarios interinos (como así hizo, posteriormente, el abogado general SPUZNAR en el asunto *Baldonado Martín*).

Ya hemos dicho que el Tribunal de Justicia admitió, en principio, el juicio de comparación entre el personal eventual y los trabajadores fijos, pese al cruce de regímenes jurídicos, pues se limitó a considerar las funciones y tareas desarrolladas (titulación requerida, trabajo desarrollado, etc.), si bien defería a los tribunales nacionales en concreto la apreciación de la comparabilidad de situaciones. Realizado el juicio de

⁵² STSJ de Madrid, de 1 de abril de 2019.

⁵³ Recordemos que tales causas objetivas, que amparan el despido, son la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas razonables operadas en su puesto de trabajo; las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando la extinción de los contratos afecte a un número de trabajadores inferior al requerido para calificar la extinción de «despido colectivo», y, sujeto a determinadas condiciones, las faltas de asistencia intermitentes al trabajo, aun justificadas. Finalmente, en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las administraciones públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate (art. 52 ET). A raíz de esta extinción por causas objetivas, se debe poner a disposición del trabajador “una indemnización equivalente a veinte días por año de servicio (art. 53 ET).

⁵⁴ El contenido de la indemnización se calcularía conforme al alcance que a esta ha dado la jurisdicción social para los indefinidos no fijos de naturaleza laboral: 20 días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de octubre de 2017.

comparación, concluyó que efectivamente existe una diferencia de trato entre el personal eventual y el contratado laboral fijo en la Administración. Sin embargo, consideró que esa diferencia de trato estaba justificada objetivamente porque, mientras respecto a los trabajadores laborales la indemnización encuentra su razón de ser en la frustración de la expectativa del mantenimiento de la relación laboral, tal frustración no puede producirse en el caso del personal eventual cuyo régimen jurídico no incluye la expectativa de mantenimiento de la relación como dicho personal eventual, dado que su cese se puede producir en cualquier momento, por decisión del órgano que lo nombró, y al cesar su titular, en todo caso. Por tanto, el personal eventual es estructuralmente temporal, precario, sin que siquiera pueda alegar la existencia de una expectativa de duración no determinada de la relación, pues la incertidumbre del momento del cese no hace indeterminada la relación del personal eventual.

En el caso de autos, el tribunal remitente y el Gobierno español invocan la diferencia que caracteriza el contexto en el que se produce el cese en sus funciones del personal eventual en relación con aquel en el que se prevé el abono de una indemnización en caso de despido por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores. A su juicio, este personal presta servicios en el marco de una relación de servicio caracterizada por el hecho de que, de conformidad con el artículo 12, apartado 3, del EBEP, el nombramiento de los miembros de ese personal es libre, pueden ser destituidos en sus funciones libremente, en cualquier momento, cuando la relación de confianza entre ellos y la autoridad para la que ejercen sus funciones se rompe, y que, en cualquier caso, cesan automáticamente cuando cesa en sus funciones la persona a la que se presta el asesoramiento. Por tanto, no pueden albergar ninguna expectativa legítima en lo que respecta a la estabilidad de su relación de servicio, dado que son plenamente conscientes, desde el momento de su nombramiento, de la existencia de la posibilidad de ser destituidos libremente en sus funciones, así como del hecho de que dicha relación concluirá, a más tardar, al final del mandato de dicha autoridad. En cambio, el abono de la indemnización establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los trabajadores está motivado por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral, frustración originada por haber sido despedido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho estatuto. A este respecto, es necesario señalar que el cese de las interesadas se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista tanto fáctico como jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores. En efecto, como ha subrayado la Comisión Europea, cuando inicia una relación de servicio con una autoridad pública, el personal eventual acepta que, en razón de las especificidades de las funciones de confianza o de asesoramiento especial para las que se les nombra, el mantenimiento de dicha relación se supedita al de la relación de confianza especial con dicha autoridad que tales funciones implican.

Como decimos, este razonamiento es perfectamente extensible a la situación de los funcionarios interinos, tal y como hace el abogado general SPUZNAR en el asunto

Regap



ESTUDIOS

Baldonado Martín, en sus conclusiones de octubre de 2019. Por tanto, la precariedad jurídica inherente a la interinidad funcional impide tutelar resarcitoriamente una pretendida expectativa en el mantenimiento de la relación, incluso a pesar de que las relaciones funcionariales temporales resulten «inusualmente largas»⁵⁵, tal y como en la práctica permiten algunas de las circunstancias que amparan legalmente el nombramiento de funcionarios interinos, por no hablar de las que ilegalmente las enquistan en el seno de las administraciones públicas.

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha vedado la posibilidad de considerar la indemnización por el cese de los funcionarios interinos objeto de abuso como traslación del derecho del personal laboral, reconduciéndola más bien a instituto general de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el daño causado al funcionario interino que ha padecido el uso abusivo en su relación funcional temporal. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 (n. Rec. 1305/2017), se afirma que, aunque el funcionario interino afectado por una utilización abusiva de sus nombramientos tiene derecho a indemnización, tal reconocimiento, primero, depende de las circunstancias singulares del caso; segundo, debe ser solicitado, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y, tercero, requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que solo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del *quantum* de la indemnización debida. “Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues esta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público”.

4 La convergencia sustantiva de regímenes jurídicos entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos

Es evidente que el derecho europeo ha incorporado un canon propio de contraste sobre la situación de los funcionarios temporales y los funcionarios de carrera. Dicho canon tiene un alcance propio que obliga a depurar tanto la regulación del régimen jurídico de aquellos como la propia gestión que las administraciones hacen de estos funcionarios temporales.

⁵⁵ En la Sentencia *Montero Mateos*, de 5 de junio de 2018 (C-677/16), relativa a una contratación por interinidad de naturaleza laboral, el Tribunal de Justicia consideró justificada la ausencia de derecho de indemnización a dicha modalidad contractual respecto a los trabajadores fijos, si bien a efectos de la posible transformación en fija de la relación es menos concluyente. Según el tribunal, la contratada “no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo” (n. 64).

Ya desde el canon interno constitucional de la igualdad, el legislador y los tribunales habían procedido a equiparar las condiciones de unos y otros, en particular en materia de retribuciones. Sin embargo, ese canon interno era muy diferente al europeo, por mucho que el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias al respecto se haya alineado con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 232/2015), cuando en la década anterior había desarrollado una doctrina propia de carácter implícitamente sancionador por cuanto solo se reconocían derechos a los funcionarios interinos cuyo vínculo se extendía más allá de los cinco años, luego la equiparación o no discriminación no se basaba en la falta de relevancia de la temporalidad de la relación sino en la prolongación de esta más allá de lo razonable.

Pero el impulso europeo ha trascendido el alcance interno de la igualdad para desbordarse en ámbitos que tradicionalmente se consideraban vedados a los funcionarios temporales, del que la carrera es caso señero, aunque no único, como lo demuestra la nueva concepción de la «estabilidad relativa» de los funcionarios interinos.

Los jueces y tribunales, en particular, han emprendido esta tarea con decisión, pero en ocasiones desbordan los propios límites del derecho europeo, haciendo decir a este lo que realmente no dice. Muy en particular, la metodología del juicio de comparación que la directiva establece entre trabajadores con una relación de duración determinada y trabajadores con una relación fija se altera, incluyendo términos de comparación inadecuados (funcionarios y personal laboral) o criterios de comparación (*tertium comparationis*) igualmente no pertinentes (naturaleza jurídica de la relación).

La labor es ardua, pues la normativa regula pensando por y para el funcionario de carrera, sin explicitar la extensión del derecho o el privilegio a los funcionarios temporales.

Otra consecuencia directa de la incidencia del derecho europeo en la materia es el cambio metodológico a la hora de integrar el régimen jurídico de los funcionarios temporales. Cuando la normativa establece que a estos les será “*aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera*”, se presumía en realidad que la aplicación del régimen de los funcionarios de carrera a los funcionarios temporales debía ser demostrado y motivado, pues en última instancia implicaba un juicio analógico que suponía una aplicación de la norma a supuestos no previstos en ella.

Sin embargo, el derecho europeo habría alterado la lógica aplicativa de la cláusula en cuestión. En la medida en que no se pueden establecer regulaciones ni realizar aplicaciones que impliquen discriminación por razón de la temporalidad, lo que el derecho europeo está realizando es en realidad una extensión de la eficacia de la norma relativa a los funcionarios de carrera respecto a los funcionarios temporales. Por tanto, se presume que el régimen jurídico de los funcionarios de carrera se aplica igualmente a los funcionarios temporales. Y solo si se entiende que alguna cuestión no les resultaría aplicable por la naturaleza de la relación, entonces corresponde al legislador al regular y a la Administración al aplicar motivar y razonar por qué hay que hacer un tratamiento diferenciado a los funcionarios temporales.

Regap



ESTUDIOS

En última instancia, se trata de una inversión de la carga de la prueba: lo que antes era una inaplicación general y solo excepcionalmente se extendía el régimen funcional de carrera a los funcionarios interinos, ahora viene a significar que hay que proceder a una aplicación general del régimen jurídico de los funcionarios de carrera a los funcionarios temporales, debiendo en cambio justificarse por qué un determinado aspecto no es aplicable y procediendo, en consecuencia, a un tratamiento diferenciado.

En realidad, la lógica del razonamiento estaba ya ínsita en el propio juicio de igualdad que los jueces y tribunales, pero muy particularmente el Tribunal Constitucional, llevaban a cabo. Lo que ha cambiado es el parámetro de control y el alcance de este.

En primer lugar, el criterio mismo de diferenciación, pues tradicionalmente se entendía que la propia temporalidad de la relación determinaba consecuencias en el régimen jurídico de la relación de mayor alcance de lo que en la actualidad se entiende. Muy en particular cuando se invocaba la potestad de autoorganización, por ejemplo, a efectos de reducir la jornada de los funcionarios temporales.

En segundo lugar, el derecho europeo ha reducido el margen de apreciación y de discrecionalidad que se reconocía anteriormente al legislador y a la Administración a los que exige sustancialmente razones objetivas para diferenciar el trato y formalmente razones precisas y claras. Respecto a lo primero, el Tribunal de Justicia ha descartado que el mero sistema selectivo sea razón suficiente para justificar un trato diferenciado, lo cual solía y suele aún ser una argumentación utilizada por jueces y administraciones. Y, respecto a las razones precisas y claras, no basta ya señalar que un determinado aspecto es inadecuado a la temporalidad de la relación para negar su reconocimiento a los funcionarios interinos, exigiéndose una fundamentación completa que huya de cláusulas vagas o expresiones imprecisas.

Los jueces y tribunales han acogido la necesidad de justificar las diferencias de trato y se esfuerzan por fundamentaciones más sólidas que la mera temporalidad del vínculo, cuando no la simple previsión legal. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales en ocasiones no escapan a una deriva circular en sus razonamientos, causada por la trampa lógica que en última instancia implica argumentar que la temporalidad no es un rasgo diferenciador cuando uno de los términos subjetivos de comparación es una clase de personal esencial y estructuralmente temporal.

Así lo observamos en la STS de 14 de julio de 2014,⁵⁶ en la que se estableció con claridad que los funcionarios interinos no podían ser instructores de un procedimiento disciplinario. La sentencia se apoya fundamentalmente en la literalidad del artículo 30.1 del Real decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, que exige que el instructor sea un funcionario público “perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado”. Aunque para rechazar el argumento de la progresiva y creciente equiparación de regímenes entre funcionarios interinos y de carrera, que reconoce también auspiciada por el derecho europeo, señala que “no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, antes y después del Estatuto básico del empleado público, la regla es que sean funcionarios de carrera los que desempeñen

⁵⁶ Recurso de casación n. 2664/2012.

los puestos de trabajo de las administraciones públicas. Y sucede que la preocupación del legislador y de la jurisprudencia por equiparar con los funcionarios de carrera a los interinos se explica principalmente por el propósito de igualar en derechos, no solo retributivos, a quienes llevan a cabo en la práctica las mismas funciones, aunque su nombramiento sea temporal. Sin embargo, la identidad de trato que se predica entre ellos a esos efectos, o sea, para evitar que los interinos se vean discriminados sin que medien razones objetivas y constitucionalmente fundadas que lo justifiquen, no llega hasta el punto de igualarlos plenamente con los funcionarios de carrera. Esencialmente, porque los interinos, por no pertenecer a un cuerpo o escala y ser temporal su relación con la Administración, quedan vinculados al puesto al que transitoriamente están adscritos y no tienen a su alcance, entre otras, las posibilidades de carrera horizontal o vertical que, sin embargo, sí poseen los funcionarios de carrera, ni tampoco pueden formar parte de los tribunales calificadoros de procesos selectivos para el ingreso en los cuerpos y escalas de funcionarios”.

Obviamente, la consecuencia de todo ello es una creciente convergencia de regímenes sustantivos entre los funcionarios de carrera y los funcionarios temporales. Ello obliga a reflexionar y profundizar en las singularidades de régimen de estos últimos, pues la necesidad de nombrar funcionarios temporales es ineludible por las necesidades temporales de personal que toda Administración tiene⁵⁷.

Bibliografía

- ALDOMA BUIXADE, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública*, Diputación 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.

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.

