

## **LA TRANSFORMACIÓN “AUTOMÁTICA” DEL PERSONAL FUNCIONARIO INTERINO EN PERSONAL DE CARRERA COMO CONSECUENCIA DE UNA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO EN EL SECTOR PÚBLICO: UNA PERSPECTIVA DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Jesús FUENTETAJA  
Catedrático de Derecho Administrativo (UNED)

*(Versión provisional: 21-10-2019)*

1. Hipótesis: los funcionarios interinos objeto de abuso en la duración de su relación de servicio serán transformados automáticamente en funcionarios de carrera.

La mera posibilidad de formulación de esta hipótesis -aun cuando en cuanto tal deba ser objeto de verificación- es ya significativa del profundo cambio teórico y práctico que ha experimentado el Derecho de la Función Pública en virtud de una causa ajena al mismo, pues la tradicional -y aún actual- regulación y conceptualización del funcionario interino en el Ordenamiento jurídico de la Función Pública española jamás se habría planteado tal posibilidad, calificándola sin duda alguna de extravagante. Sin embargo, como decimos, una causa exterior al mismo ha sido el factor desencadenante de que siquiera se plantee esta hipótesis, obligando a confirmarla o refutarla. Tal factor ha sido el Derecho de la Unión Europea que, desde sus principios y objetivos, impone a los Estados su ejecución y aplicación, pretiriendo incluso o reformando su Ordenamiento. Concretamente, para el objeto de este trabajo, dichos objetivos se recogen en la Directiva 1999/70 relativa al trabajo de duración determinada, cuyo alcance ha sido precisado en abstracto por el Tribunal de Justicia de la Unión en una serie de pronunciamientos que, en cambio, no resulta de fácil aplicación al ámbito de las relaciones jurídico-públicas de duración determinada por las deficiencias regulatorias, por la inercia administrativa y por el debate judicial interno originado.

La formulación de la hipótesis incluye una serie de elementos que es preciso diseccionar para poder realizar adecuadamente su análisis y ello no sólo para delimitar su objeto sino también para precisar las premisas del razonamiento que permitirán llegar finalmente a una conclusión.

En lo que respecta a la delimitación del objeto, éste viene determinado por tres elementos: el primero, el concepto de «transformación automática»; el segundo, el de «funcionario interino»; y, el tercero, el de «funcionario de carrera». Los dos últimos constituyen conceptos jurídicos precisos definidos en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 9 y 10), los cuales permiten además excluir otras figuras o clases de empleados públicos. Así, con carácter general, ambos excluyen las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas cuyo vínculo jurídico es de naturaleza laboral, al tiempo que el «funcionario de carrera», como término final de la hipotética conversión, descarta soluciones barajadas como el estatus jurídico de «indefinido no fijo». Por su parte, el término «funcionario interino» permite precisar una clase de personal concreta que, no obstante, se utiliza en este trabajo más como categoría que como clase específica para poder englobar así otras relaciones jurídico-administrativas que se caracterizan por su carácter temporal aunque no se denominen así; caso, por ejemplo, del personal eventual estatutario de los servicios de salud, de gran importancia incluso por haber propiciado un contencioso fecundo para el establecimiento de la doctrina judicial sobre la materia.

Finalmente, la expresión «transformación automática» haría referencia convencionalmente a una decisión unilateral del Poder público, de naturaleza legislativa, judicial o administrativa, en virtud de la cual la relación de servicio del funcionario temporal se convertiría en estable al declararse como funcionario de carrera, sin mediar intervención activa de aquel a través de la participación en procedimiento selectivo alguno, ni siquiera un eventual e hipotético concurso.

Todos estos términos de referencia, los incluidos pero también los excluidos, serán utilizados en el presente trabajo, más o menos directamente, porque todos son necesarios para desarrollar la argumentación no sólo desde un plano teórico sino también por haber sido manejados en sede judicial, europea e interna.

En cuanto a las premisas del razonamiento que se utilizarán para verificar la hipótesis que se plantea en este trabajo, resulta imprescindible establecer el contexto jurídico europeo y español que con carácter general (principios y técnicas de ejecución del Derecho europeo, marco constitucional interno) y específico (objetivo y alcance de la Directiva 1999/70 respecto a las Administraciones Públicas, normativa interna de los funcionarios interinos) determinan la argumentación que se seguirá, pues sólo así se podrá concluir si el Derecho europeo exige la transformación de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera cuando se constata el abuso en la duración de su relación y si el Derecho de la Función Pública española permite esa transformación.

## 2. Premisas de Derecho europeo: principios de ejecución y alcance de la Directiva 1999/70 respecto a las Administraciones Públicas.

### 2.1. Principios de ejecución del Derecho europeo por los Estados miembros.

La ejecución del Derecho europeo los Estados miembros se ampara en el principio de ejecución indirecta, en virtud del cual, cuando aquel no prevé las modalidades de ejecución, corresponde a los Estados establecer el régimen jurídico ejecutivo, de carácter organizativo, procedimental o sustantivo. No obstante, los Estados no son completamente libres para ello, pues deben garantizar, por un lado, un nivel de ejecución semejante al del Derecho interno (principio de equivalencia) y, por otro, la eficacia del Derecho europeo independientemente de la regulación ejecutiva del Derecho interno (principio de efectividad). El alcance de estos principios debe ser concretado -en particular por los Jueces y Tribunales internos- teniendo en cuenta el principio de interpretación conforme, para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución adecuada al perseguido por éste. Tendremos ocasión de precisar sus contenidos y límites en la argumentación que sigue.

## 2.2. La Directiva 1999/70 y su alcance respecto a lo abusos en las Administraciones Públicas.

### 2.2.1. Previsiones de la Directiva respecto a los abusos.

A diferencia de las medidas preventivas de abusos, donde la Directiva es mucho más precisa y reduce considerablemente el margen de discrecionalidad de los Estados al exigirles que adoptan al menos una de las medidas que contempla (previsión normativa de las razones objetivas que podrían justificar la renovación de contratos o relaciones laborales fijación de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; concreción del número de renovaciones de contratos o relaciones laborales), en lo que respecta a las consecuencias jurídicas que aquellos deben establecer para reprimir los incumplimientos de la normativa encaminada a prevenir los abusos en la contratación temporal, el Derecho europeo ha permitido un margen de discrecionalidad más amplio a los Estados, con objeto de que las medidas sancionadoras que se prevean tengan «en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas» (Preámbulo del Acuerdo Marco)

En realidad, el Acuerdo no recoge un sistema sancionador de los abusos en la contratación temporal, limitándose a mencionar que los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales y cuando resulte necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada «se considerarán celebrados por tiempo indefinido» (cláusula 5.2 del Acuerdo marco). Por tanto, la Directiva no impone que las relaciones temporales se transformen necesariamente en indefinidas o de duración indeterminada, pues su mención en el texto deja claro que es una de las posibilidades a las que pueden recurrir los Estados, pudiendo éstos recurrir a otro tipo de mecanismos sancionadores como la concesión de indemnizaciones. Por ello, la mención de la transformación de las relaciones en indefinidas carece de las características de precisión e incondicionalidad que permitirán su eficacia directa en caso de incumplimiento. Así pues, la propia estructura interna de

la Directiva exige que la transformación de las relaciones temporales en indefinidas deba ser consecuencia del Derecho interno, bien porque éste haya establecido tal medida específicamente como ejecución de la Directiva, bien porque la normativa nacional anude esa consecuencia a situaciones estrictamente internas y, por semejanza de situación, se pueda extender a la situación regulada en el Derecho europeo.

Las opciones, pues, de los Estados son amplias y vendrán informadas por la necesidad de establecer medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para garantizar que los fines de la Directiva se alcanzan: esto es, que sancionen la utilización abusiva de la contratación temporal.

## 2.2.2. Particularidades de las Administraciones Públicas respecto a los abusos.

Ahora bien, las particularidades de las Administraciones Públicas, en cuanto que empleadoras, condicionan inevitablemente las medidas que el Ordenamiento interno puede adoptar para sancionar los abusos de sucesión de relaciones profesionales, obligando a equilibrios de intereses que han debido ser enjuiciados desde el Derecho europeo. Así, por ejemplo, éste no se opondría de principio a que «el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público<sup>1</sup>».

Sin duda alguna, la medida que más problemas suscita en el ámbito de la Administración Pública es la consecuencia automática de transformación de las relaciones temporales en indefinidas, hasta el punto de que algunos Estados miembros la han excluido legal (Italia) o incluso constitucionalmente (Grecia).

### A) Doctrina del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia ha dejado claro que el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada<sup>2</sup>, pudiendo establecer esa conversión sólo para las relaciones laborales en las que el empleador tiene naturaleza privada. Más significativamente, ha señalado –en un asunto que implicaba a un *Land* como empleador– que la exigencia automática de conclusión de contratos de duración indefinida cuando la dimensión de la empresa o de la entidad afectada y la composición de su personal implican que el empresario hace frente a una necesidad recurrente o permanente de sustitución de personal iría más allá de los objetivos pretendidos por el Acuerdo marco y la Directiva 1999/70 y vulneraría el margen de apreciación reconocido por ambos instrumentos a los Estados miembros y en su caso a los interlocutores sociales<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Marrosu y Sardino*, 7 septiembre 2006 (C-53/04), *Rec.* p. I-7231, n. 48.

<sup>2</sup> *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C-212/04), *Rec.*, p. I-6057, n. 91.

<sup>3</sup> *Küçük*, 26 enero 2012 (C-586/10).



De esta manera la jurisprudencia europea admite no sólo que sector privado y sector público se sometan a regímenes jurídicos diferentes para prevenir y sancionar la utilización abusiva de relaciones de trabajo de duración temporal sino que también ampara que la medida concreta de conversión de las relaciones temporales en definitivas no se aplique cuando se trate de Administraciones Públicas.

## B) Conclusiones de los Abogados Generales.

Estas afirmaciones explícitas del Tribunal de Justicia se complementan con las argumentaciones de los Abogados Generales, que analizan de manera más pormenorizada las razones que fundamentan la singularidad del caso de las Administraciones Públicas.

### a) Derecho italiano: *Marrosu y Sardino* (2006).

En el asunto *Marrosu y Sardino*, el Abogado General POIARES MADURO analiza si la diferencia de trato entre el sector público y el privado puede justificarse por la necesidad de respetar las exigencias constitucionales que garantizan la imparcialidad y la eficacia de la Administración, de las cuales se derivaría el principio de acceso al empleo público mediante oposición. Según la *Corte Costituzionale*, el principio de oposición para acceder al empleo público «pone de manifiesto el carácter no homogéneo, por lo que se refiere al aspecto considerado, de las situaciones [de los trabajadores de las administraciones públicas y de los trabajadores del sector privado] y justifica la elección del legislador de atribuir a la vulneración de normas imperativas relativas a la contratación y al empleo de los trabajadores por las administraciones públicas consecuencias de carácter exclusivamente indemnizatorio, en lugar de la conversión en una relación por tiempo indefinido<sup>4</sup>».

A partir de la previsión de la Constitución italiana, tal y como ha sido interpretada por su Tribunal Constitucional, el Abogado General concluye que el Derecho italiano persigue proteger el régimen de acceso al empleo característico de las administraciones públicas italianas, pues existen motivos para temer que la transformación sistemática de determinados contratos de duración determinada celebrados con la Administración Pública en contratos por tiempo indefinido tenga como consecuencia reducir el alcance de la norma constitucional según la cual el acceso a los empleos públicos se produce, en principio, mediante oposición. Por tanto, «no cabe excluir que una generalización del procedimiento de recalificación cuestione el principio de la ocupación de los empleos fijos en la Administración Pública por funcionarios seleccionados mediante oposición. Por ello, la necesidad de mantener la vía de la oposición como vía especial de acceso al empleo en las administraciones públicas puede considerarse un objetivo legítimo que justifica, en este sector, la

---

<sup>4</sup> Decisión n.º 89, de 27 de marzo de 2003.

exclusión de la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido<sup>5</sup>».

Y aunque admitía que la exigencia de oposición para el acceso al empleo público constituía una razón objetiva que justificaba que en el ámbito de las Administraciones Públicas –a diferencia del sector privado– no se aplicase la conversión en definitiva de los contratos temporales que habían sido objeto de abuso en su sucesión, también advertía que la proporcionalidad de tal exclusión exigiría que su alcance no incluyera la ocupación de puestos en la Administración que no se verificaban mediante oposición.

b) Derecho griego *Adeneler* (2006).

Por su parte, en el asunto *Adeneler*, que versaba sobre la normativa griega tanto de rango constitucional como legal, la Abogada General KOKOTT considerará que «los principios generales del Derecho de la Función Pública establecidos, en particular, en Derecho nacional –también en la Constitución griega– desempeñan un papel esencial, basado en el modelo del funcionario de carrera. Rige el principio de inclusión en la correspondiente plantilla y el acceso a tales puestos se realiza con arreglo a un procedimiento legal determinado. Además, en Grecia, la utilización en el sector público de contratos laborales de Derecho privado –por regla general, de duración determinada– están sometidos por ley a unos límites muy estrictos y, en principio, la transformación de tales relaciones laborales de duración determinada en contratos por tiempo indefinido está prohibida<sup>6</sup>».

c) Derecho estatutario v. Derecho contractual.

Siguiendo la estela de los anteriores, el Abogado General JÄÄSKINEN también considera razonable que se reserve un destino particular al sector público en lo relativo a las medidas sancionadoras de incumplimientos de la normativa encaminada a evitar la utilización abusiva de la sucesión de relaciones profesionales temporales. Según este Abogado General, «en ese sector, la relación laboral puede adoptar la forma jurídica de un acto administrativo unilateral y no la de un contrato, con la consecuencia de que la sanción de un eventual abuso en la utilización de dicho acto no puede ser una prolongación en el tiempo de la contratación del trabajador, que requeriría un nuevo acto administrativo, a diferencia de lo que sucede en caso de recalificación de un contrato de duración determinada en contrato de duración indefinida».

Sin embargo, como decíamos, el Tribunal de Justicia, no ha recogido explícitamente argumentación alguna ni sobre la justificación de tratamiento singularizado para las Administraciones Públicas por el Derecho interno ni sobre la

<sup>5</sup> Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO en los asuntos C-53/04 (*Marrosu y Sardino*) y C-180/04 (*Vassallo*), *Rec.*, p. I-7228.

<sup>6</sup> Conclusiones de la Abogada General KOKOTT en el asunto *Adeneler e.a.*, C-212/04, *Rec.*, p. I-6088.

exclusión de la técnica de la recalificación como indefinidas de las relaciones temporales objeto de sucesión abusiva, remitiéndose al amplio margen de discrecionalidad que el Acuerdo marco reconoce a los Estados a la hora de establecer medidas sancionadoras del incumplimiento de las disposiciones europeas y nacionales encaminadas a evitar la regulación relativa al trabajo de duración determinada.

Ahora bien, esta asimetría de soluciones según el empleador sea privado o público exigiría que el Ordenamiento nacional en cuestión contenga otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Por ejemplo, normas imperativas que regulen la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la indemnización por los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada<sup>7</sup>. Así, no consideraría conforme el Derecho europeo la normativa y la práctica italiana, que dejaba la duración precisa de los contratos docentes a la aleatoriedad de la duración de los procesos selectivos y, sobre todo, que impedía las indemnizaciones en el sector público al abuso y prolongación excesiva de dichas contrataciones<sup>8</sup>.

2.2.3. El Derecho europeo no impone la transformación en indefinida de las relaciones temporales objeto de abuso pero exige existencia de medidas de resultado efectivo y disuasorio equivalentes.

Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco<sup>9</sup>.

Concretamente, el Derecho europeo no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en relaciones por tiempo indefinido aquellas relaciones laborales sucesivas y abusivas de duración determinada, por lo que un Estado puede diferenciar las consecuencias jurídicas a tales abusos según se trate del sector privado o del sector público<sup>10</sup>. Y en consecuencia, tampoco obliga a imponer indemnizaciones por la imposibilidad de transformación de la relación temporal en indefinido en el sector público<sup>11</sup>.

Ahora bien, si en el sector público se quiere aplicar una solución diferente al sector privado en lo que respecta a la utilización abusiva de sucesivos contratos de

<sup>7</sup> *Vassallo*, 7 septiembre 2006 (C-180/04), n. 40.

<sup>8</sup> *Mascolo*, 26 noviembre 2014 (C-22/13).

<sup>9</sup> *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C212/04), n. 94 94; *León Medialdea*, 11 diciembre 2014 (C86/14), n. 44.

<sup>10</sup> *Marrosu y Sardino*, 7 septiembre 2006 (C53/04), n. 48.

<sup>11</sup> *Santoro*, 7 marzo 2018 (C-494/16), n. 47.

duración determinada, soslayando la transformación de las relaciones temporales sucesivas en relaciones indefinidas, será necesario que el Ordenamiento jurídico nacional cuente para el sector público con otra medida equivalente y efectiva que sancione igualmente la utilización abusiva de relaciones profesionales sucesivas de duración determinada<sup>12</sup>, apreciación que, no obstante, corresponde a los Tribunales nacionales, si bien el Tribunal de Justicia no se abstiene de precisar y aclarar la situación.

En el marco de la normativa de Función Pública española, el Tribunal de Justicia consideró que no resultaba una medida eficaz sancionadora la creación de puestos fijos o estructurales para ser cubiertos por personal temporal (concretamente funcionarios interinos), una vez que la Administración constataba bien el abuso, bien la necesidad permanente a la que subviene el puesto, pues tales nombramientos no estaban limitados en la norma en su duración temporal<sup>13</sup>. Por tanto, *sensu contrario*, la creación de puestos fijos o estructurales para su provisión por funcionarios permanentes sí que constituiría una medida eficaz compatible con el Derecho europeo.

### 3. Premisas de Derecho interno.

Las premisas de Derecho interno a la hora de argumentar la hipótesis que se plantea son relativamente sencillas, pues resulta pacífico, en la doctrina y en la jurisprudencia, que el Ordenamiento interno exige, en el plano constitucional, el respeto de los principios de igualdad y de capacidad y mérito en lo que respecta el acceso a la Función Pública profesional en calidad de funcionario de carrera estable (arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución), mientras que, en el plano legislativo, articula esos principios constitucionales imponiendo la necesidad de superar procedimientos administrativos selectivos (art. 55 TREBEP). Modular estos principios constitucionales, soslayando la técnica procedimental que los articula posibilitando una transformación «automática», resulta inviable desde el propio Ordenamiento interno, por lo que su desbordamiento o superación sólo es posible en virtud del Derecho europeo, razón por

---

<sup>12</sup> *Vassallo*, 7 septiembre 2006 (C180/04), n. 34.

<sup>13</sup> *Pérez López*, 14 septiembre 2016 (C-16/15). El art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud establece que “si se realizaran más de dos nombramientos [de personal eventual] para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”. Para el Tribunal de Justicia, esta previsión “no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente. Por el contrario, se desprende de las afirmaciones del juzgado remitente que los puestos estructurales creados serán provistos mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente. Pues bien, esta normativa puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables, mientras que se desprende de las observaciones realizadas en el apartado 52 de la presente sentencia que en el Estado miembro de que se trata existe un déficit estructural de puestos de personal fijo”.



la cual el análisis de éste y de las facultades que otorgaría a los Jueces y Tribunales nacionales, en particular, constituye el contenido fundamental de este trabajo.

Finalmente, es necesario recordar la categoría del indefinido no fijo, creada por la Jurisdicción Social, admitida después por la Jurisprudencia constitucional<sup>14</sup> y recogida finalmente por el Legislador<sup>15</sup>, como solución de compromiso legislativo y jurisprudencial a los casos de fraude de ley en las contrataciones laborales temporales

<sup>14</sup> Por ejemplo, Auto 124/2009, de 28 de abril. En este trascendental Auto, el Alto Tribunal rechaza la inconstitucionalidad de la solución de «indefinitud» de contrato laboral cuando no se han respetado los procedimientos administrativos de selección: «En el ATC 364/1991, de 10 de diciembre, al igual que en otros previos que en él se citan, dispusimos que las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público. La contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales. Los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad. Pues bien, a evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en estos temas. Por consiguiente, al margen de la hipótesis de una distinta interpretación de las normas cuestionadas, como por ejemplo la que el Juzgado de lo Social propone, la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no en casos como el que enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 10 in fine), ya que en todo caso impide (con la indefinitud frente a la fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución. Incluso si la interpretación alternativa que el órgano judicial enuncia (nulidad de la contratación) fuera la que mejor salvaguardase los valores constitucionales comprometidos, resultaría pertinente recordar que son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores, pues una cosa es la necesidad de respeto de los derechos fundamentales, cuya garantía nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad. Esto último puede no ocurrir, sin que ello implique necesariamente la vulneración de un derecho fundamental (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4) o la de los preceptos constitucionales que plasman principios informadores de la actuación de los poderes públicos (AATC 11/2006, de 17 de enero, y 404/2006, de 8 de noviembre)»

<sup>15</sup> En efecto, el artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dio una nueva redacción al artículo 15.5 (transformación en fija de la relación laboral objeto de encadenamientos temporales) y a la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (*Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas*). Esta última Disposición adicional se limita a confirmar la aplicación a las Administraciones Públicas de la sanción jurídica general prevista para el caso de incumplimiento del límite temporal de los contratos y de su conversión en fijos cuando son objeto de abusos mediante encadenamientos de contratos temporales, si bien advierte que esa sanción debe cohonestarse con «la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público», aplicación cuya consecuencia es que la transformación temporal de la relación no reviste un carácter fijo, por cuanto «no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable». Es decir, la relación se transforma temporalmente pero no con carácter «fijo», pues terminará con la cobertura reglamentaria de la plaza, dando pie así a la efectividad de la construcción jurisprudencial del carácter «indefinido» de la relación. Es decir, laborales «indefinidos», pero «no fijos»

y de encadenamiento abusivo de las mismas en las Administraciones Públicas para conciliar el principio de mérito y la protección del trabajador: «la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantillas, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido»<sup>16</sup>.

Esta categoría ha perdido como solución de referencia para los supuestos de fraude de ley en los nombramientos temporales de empleados públicos cuya relación jurídica es de Derecho público, así como para las soluciones a aplicar cuando se produce un encadenamiento abusivo de nombramientos temporales para esa categoría de empleados públicos sometidos no al Derecho laboral sino al Derecho público. De hecho, el debate se planteó inicialmente en términos de transformación de las relaciones funcionariales interinas en indefinidas, trasladando la solución del indefinido no fijo de Derecho laboral al Derecho administrativo, si bien, posteriormente, se reformula incluso postulando la transformación "automática" en funcionarios de carrera.

#### 4. La transformación en indefinidas de las relaciones funcionariales interinas.

En efecto, en el asunto *Martínez Andrés*, la cuestión prejudicial se le planteó al Tribunal de Justicia precisamente utilizando la categoría del indefinido no fijo de Derecho laboral como remedio a aplicar a las relaciones de empleo de naturaleza pública, toda vez que el Ordenamiento jurídico-administrativo carece de previsión para sancionar los abusos en la duración de las relaciones entabladas a su amparo. El Tribunal de Justicia considerará que, aunque la interpretación del Derecho nacional compete a los Tribunales nacionales, si éstos constatan el abuso concreto y la inexistencia abstracta de sanción al mismo, podrían aplicar la solución del indefinido no fijo, si estiman semejanza de situaciones. La Sentencia del Tribunal de Justicia fue recibida con división de opiniones por los Jueces y Tribunales nacionales, obligando al Tribunal Supremo a pronunciarse para aclarar la situación, si bien ello no acalló el debate, pues algunos Jueces y Tribunales, insatisfechos con la doctrina que estableció el Tribunal Supremo, acudieron nuevamente al Tribunal de Justicia para que éste dictamine si la solución alumbrada jurisprudencialmente por aquel era conforme con las exigencias del Derecho europeo, trascendiendo incluso cualitativamente el debate doctrinal y social al reivindicarse ahora no ya la transformación en indefinidas de las relaciones interinas sino directamente en funcionarios de carrera.

##### 4.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia *Martínez Andrés* (2016).

---

<sup>16</sup> STS de 7 de octubre de 1996 (Sala de lo Social).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, (C-184/15 y C-197/15), asunto *Martínez Andrés*, resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, relativas ambas a las consecuencias que se derivarían de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada para el caso de nombramientos temporales sucesivos de carácter abusivo en las Administraciones Públicas.

La primera de las cuestiones prejudiciales versaba sobre personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud, categoría prevista en la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatuario de los Servicios de Salud, referente a una persona que había sido nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural y extraordinaria y cuyo nombramiento fue objeto de trece prórrogas, motivadas no de forma específica sino de manera genérica invocando "necesidades del servicio". La segunda cuestión, por su parte, afectaba a un arquitecto que, después de prestar servicios en un Ayuntamiento durante cinco años con dos contratos sucesivos de duración determinada para ejecutar un programa, fue nombrado funcionario interino para la ejecución de ese mismo programa, condición en la que prestó servicios durante catorce años más.

Es importante tener en cuenta el alcance y contenido del planteamiento de las cuestiones prejudiciales, pues en ellas el Tribunal *a quo* encauza y en gran medida condiciona el pronunciamiento final del Tribunal de Justicia.

En ambos casos, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que se ha producido una utilización abusiva de la contratación de duración determinada, según establece la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Así, en lo tocante al personal temporal eventual la inespecífica motivación del nombramiento y de las sucesivas prórrogas no permiten apreciar si estas se utilizaron realmente para satisfacer necesidades temporales o permanentes de la Administración. En el caso del funcionario interino, por su parte, el Tribunal Superior de Justicia llama la atención sobre el largo período temporal del nombramiento (más de diecisiete años). A partir de aquí, el Tribunal recuerda al plantear las cuestiones prejudiciales que en España la jurisprudencia ha elaborado el concepto de "trabajadores indefinidos no fijos" para los supuestos de contratos temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones públicas, con la importante consecuencia de que la duración indefinida del contrato implica que éste no está sometido a plazo.

En suma, el objeto de la cuestión prejudicial queda planteado en los siguientes términos: conformidad con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70 de una norma nacional, o de la práctica de los tribunales nacionales, que no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos (relaciones de servicio reguladas por el Derecho administrativo) el derecho al mantenimiento de su

relación de servicio o, más bien, a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente previstos, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos (relación jurídica regulada por el Derecho laboral).

En efecto, el Tribunal de Justicia –al hilo de la contextualización que le hizo el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al plantear la cuestión prejudicial– advierte que el Derecho español cuenta con una medida eficaz<sup>17</sup> contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo<sup>18</sup>, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo en tanto en cuanto no se amortice o provea reglamentariamente, pero que, «comoquiera que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal<sup>19</sup>».

Constatada la inexistencia de solución normativa efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de la sucesión contractual temporal respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, el Tribunal de Justicia considera, por un lado, que tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco y, por otro, que la obligación que incumbe a los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento

---

<sup>17</sup> No obstante, como muestra de que el planteamiento fáctico y jurídico de la cuestión prejudicial puede arrastrar inconscientemente al Tribunal de Justicia a interpretaciones infundadas o contradictorias con otros pronunciamientos suyos, en el asunto *León Medialdea* el Tribunal de Justicia afirmó –sobre la base de la argumentación del Juzgado Social que le formuló la cuestión– que la medida establecida en Derecho español para sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el sector público, a saber, la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido no fijo, es ineficaz, en la medida en que esta última relación puede extinguirse por decisión unilateral del empleador de proveer o amortizar la plaza del trabajador de que se trata, sin abonarle indemnización alguna, no existiendo ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tales abusos [Auto del Tribunal de Justicia en el asunto *León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega*, 11 diciembre 2014 (C-85/14)]. La causa de estas incoherencias hay que buscarlas en el irrefrenable activismo judicial del Tribunal de Justicia que, aun reconociendo que la interpretación del Derecho nacional corresponde a los Tribunales nacionales, no se modera a la hora de llevar a cabo esas interpretaciones de forma indirecta y abstracta con el objetivo confesado de proporcionar criterios hermenéuticos a los únicos competentes Tribunales nacionales. Pero para ello no es de extrañar que los Tribunales nacionales, en la redacción de las cuestiones prejudiciales, proporcionen al Tribunal de Justicia información parcial y razonamientos cuando menos discutibles.

<sup>18</sup> En efecto, en el caso del personal laboral, la Jurisdicción de lo Social ha alumbrado la categoría del indefinido no fijo, conciliando el interés del trabajador en ver transformada su relación laboral por tiempo indefinido como consecuencia del fraude en su contratación sucesiva y encadenada y el interés público de preservar los principios constitucionales de igualdad y de mérito y capacidad para acceder al empleo público.

<sup>19</sup> *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15), n. 47.



de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales<sup>20</sup>, las cuales deben velar por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas por el Derecho europeo<sup>21</sup>

Sentadas estas premisas, las consecuencias que extrae el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son:

- a. En primer lugar, que los Tribunales nacionales deben cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos «de duración determinada» puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno<sup>22</sup>.
- b. Y, en segundo lugar, el Tribunal Justicia concreta –adaptando su interpretación al contexto de los hechos en los que se suscita la cuestión prejudicial– y señala que, en la medida en que en los litigios principales «no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco<sup>23</sup>».

La formulación conclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es, por tanto, que el Derecho europeo –concretado en la Directiva 1999/70 relativa al trabajo de duración determinada– «se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a

<sup>20</sup> *Angelidaki e.a.*, 23 abril 2009 (C378/07 a C380/07), n. 106.

<sup>21</sup> *Angelidaki e.a.*, 23 abril 2009 (C378/07 a C380/07), n. 165.

<sup>22</sup> *Angelidaki e.a.*, 23 abril 2009 (C378/07 a C380/07), n.166.

<sup>23</sup> *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15), n. 53.

menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal<sup>24</sup>».

Es decir, que no es que el Derecho europeo imponga que las relaciones temporales de trabajo, regidas por el Derecho Administrativo y de las cuales las Administraciones hayan hecho un uso abusivo por encadenar nombramientos sucesivos, se transformen en relaciones de duración indeterminada, sino que, mientras el Derecho nacional no prevea una consecuencia jurídica a tal uso abusivo en el sector público, los Tribunales nacionales deberán dar cumplimiento a la Directiva, aplicando una medida eficaz para garantizar los derechos reconocidos por el Derecho europeo, medida que además debe ser equivalente a la que el Derecho interno prevé para situaciones internas similares (caso del reconocimiento del carácter «indefinido no fijo» de las relaciones regidas por el Derecho Administrativo).

La concatenación de situaciones, de planos normativos (europeo y nacional) y de categorías de empleados (indefinido no fijo, funcionario interino) pudiera generar una cierta confusión, razón por la cual resulta necesario precisar y recapitular las conclusiones de la doctrina europea, en general, y de la sentencia *Martínez Andrés*, en particular:

- El Derecho europeo no obliga a transformar en indefinidas las relaciones temporales en el sector público regidas por el Derecho Administrativo que hayan sido objeto de una utilización abusiva al encadenar nombramientos sucesivos.
- Ni siquiera el Derecho europeo obligaba a transformar en indefinidas las relaciones temporales regidas por el Derecho laboral de las que se hubiera abusado al encadenar contrataciones sucesivas.
- Esa transformación en indefinidas de las relaciones temporales laborales es una solución que creó exclusivamente el Derecho interno, pues el Derecho europeo no establece las consecuencias del incumplimiento de la Directiva relativa al trabajo de duración determinada.
- Pero en la medida en que la norma española no prevé las consecuencias al incumplimiento de la Directiva relativa al trabajo de duración determinada cuando se trata de relaciones profesionales temporales en el sector público regidas por el Derecho Administrativo, los Jueces y Tribunales nacionales, al conocer de los litigios concretos, deben dar una solución equivalente a la que el Derecho nacional prevé para las profesionales temporales en el sector público regidas por el Derecho laboral. Como puede apreciarse, la traslación del indefinido no fija no deriva tanto de la comparabilidad de las situaciones cuanto de la inexistencia de medida específica en el Ordenamiento jurídico-público.
- Por tanto, los Jueces y Tribunales nacionales, si estiman semejanza de situación entre el personal laboral temporal y el personal funcionario interinos cuando son objeto de abuso en la duración de su relación, en virtud del principio de

---

<sup>24</sup> *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15), n. 54.

equivalencia, deberán declarar indefinidas las relaciones profesionales temporales en el sector público regidas por el Derecho Administrativo.

- Sin embargo, el Derecho europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconocerían al Legislador español la posibilidad de establecer normativamente una solución específica para el sector público con efecto de sancionar el uso abusivo de nombramientos temporales sucesivos, pero siempre que se trate de una solución equivalente y efectiva<sup>25</sup>.
- El juicio de equivalencia de situaciones, en la medida en que implica valoración de situaciones fácticas y, sobre todo, interpretación de normativa interna nacional, es competencia de los Jueces y Tribunales nacionales, no del Tribunal de Justicia.

#### 4.2. El desorden judicial de la recepción de la Sentencia *Martínez Andrés*.

La aplicación de la solución del «indefinido no fijo» de la jurisprudencia social al ámbito de las relaciones temporales regidas por el Derecho Administrativo fue explícitamente apuntada por el propio Tribunal de Justicia en su sentencia *Martínez Andrés*. Y lo hizo no tanto sobre la base de la comparabilidad de situaciones conforme al principio de equivalencia (pues siempre ha procurado respetar la diferenciación de naturaleza de relaciones jurídicas laborales y administrativas) sino viéndose abocado a ello en tanto en cuanto el Ordenamiento español –y, más concretamente, el Derecho administrativo– no establecía una solución como la que exige la Directiva.

Y aunque no han faltado pronunciamientos en el sentido de negar la posibilidad de aplicar la solución del indefinido no fijo a los empleados de naturaleza administrativa, ya sea por la falta de semejanza jurídica<sup>26</sup>, ya porque en el ámbito

<sup>25</sup> *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C212/04), n 105.

<sup>26</sup> «El Tribunal de la Unión Europea no realiza objeciones a la normativa interna, sino a la aplicación abusiva que pueda hacerse de ella. La propia normativa interna establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que la correcta invocación y aplicación de dicha normativa impediría la perpetuación del abuso. Por último se considera que el Tribunal de la Unión Europea no está recomendando la aplicación en estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino contestando a una concreta pregunta, a saber, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por lo tanto, su respuesta solo puede entenderse como afirmativa para el caso de que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en ámbito de las relaciones estatutarias. En primer lugar y fundamentalmente al ser una figura existente exclusivamente en el ámbito laboral, no siendo de aplicación al personal estatutario (artículo 20 del Estatuto Marco) y en segundo lugar porque lo que el actor solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Por ello la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable, salvo claro está que se demostrase no ya la existencia de un fraude en la duración del contrato sino también de su propia naturaleza estatutaria, y se declarase la existencia de un vínculo laboral, pronunciamiento que no ha sido solicitado. Dicha solución de acudir a la figura de contrato laboral fijo indefinido –se reitera, para casos de fraude demostrado– sería además de dudosa eficacia, puesto que nada impediría que la Administración procediera seguidamente a amortizar por no estimarla necesaria, aquella plaza laboral que no habría sido siquiera creada formalmente. La solución a los posibles abusos en la contratación eventual –razona el Tribunal– pasa por la rigurosa aplicación del artículo 9 del Estatuto Marco, cuya concreta redacción no es disconforme con la Directiva, y en consecuencia si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de dos años, y si la Administración no

público el perjudicado no es tanto el trabajador como el interés público<sup>27</sup>, los Tribunales progresivamente procedieron a trasladar dicha doctrina del ámbito laboral al administrativo, primero como categoría y después como posición jurídica.

En efecto, la traslación directa de la doctrina laboral del indefinido no fijo al ámbito de las relaciones regidas por el Derecho administrativo, al amparo de la sentencia *Martínez Andrés*, fue realizada por el mismo Tribunal que había planteado la cuestión prejudicial que incluía en su relato fáctico no sólo el caso de un estatutario eventual sino también el de un funcionario interino de un Ayuntamiento. En la Sentencia final que, tres meses después de dictada la resolución del Tribunal de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco emite el 12 de diciembre de 2016, éste considera que, al haber la Administración desnaturalizado por completo la designación temporal de empleados públicos cobijando en ellos supuestos ajenos al nombramiento concreto efectuado y encubriendo una relación de servicios de carácter permanente, la única solución posible es la mencionada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de trasladar la doctrina del indefinido no fijo a las relaciones de empleo público temporales que son objeto de sucesión abusiva, pues el Derecho de la Función Pública española no recoge una respuesta para tales casos.

El hecho de que el Tribunal que planteó la cuestión que dio origen a la Sentencia *Martínez Andrés* dedujera tales consecuencias de la misma no ha dejado de pesar sobre otros Jueces y Tribunales que se han enfrentado al mismo problema. Y no sólo las consecuencias, sino también la argumentación y la concreción de la solución. Ciertamente, el TSJPV se encontraba constreñido por las conclusiones y orientaciones que le formula el TJUE pero también es cierto que éste las expresa porque aquel le había de alguna manera dirigido a ellas en el planteamiento de la cuestión prejudicial.

---

procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, podrán los interesados (que lo serán no solo el contratado eventual, sino también los integrantes de la bolsa de interinos, que pudieran ocupar la misma si fuera creada, o las organizaciones sindicales en representación de sus afiliados) exigir dicho estudio, bien entendido que en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, correspondería su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio»: STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2016.

<sup>27</sup> Como señala la Sentencia del Juzgado n.º 1 de lo Contencioso-Administrativo de Orense, de 29 de septiembre de 2017 (rec. núm. 94/2017) «Con la prolongación irregular de su contrato temporal el trabajador consigue permanecer en la Administración sin haber superado esas pruebas, vulnerando los referidos principios constitucionales y perjudicando a los que legítimamente aspiran a acceder a esos puestos con carácter definitivo en concurrencia competitiva. En esta provincia de Ourense se ha convertido en práctica habitual, sobre todo en las Administraciones locales, la prolongación artificiosa y premeditada de contrataciones temporales para transformarlas en indefinidas de facto sin que se haya superado la preceptiva oposición. Supuestos en los que el trabajador es un “beneficiario” más que una “víctima” de la contratación irregular (varios alcaldes y concejales se hallan procesados ante la jurisdicción penal por esta causa). La sanción al empresario (AAPP) debería consistir en una obligación de hacer (convocar y resolver urgentemente el procedimiento selectivo de concurrencia competitiva), en una multa o incluso en una imputación penal. Pero no en la mera conversión del contrato en indefinido, ni en el pago de una indemnización al trabajador, que por lo general habrá obtenido un beneficio con la prolongación irregular de su empleo en la Administración sin tener que superar una oposición, con el correlativo perjuicio al interés público y al de los terceros que legítimamente aspiran a ese mismo puesto».



Según el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, «la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza».

Y concluye concretando que el interesado continuará vinculado a la Administración «como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria». Por tanto, el Tribunal Superior de Justicia apuntaba a una nueva categoría jurisprudencial en el seno de las clases de empleados públicos temporales regulados por el Derecho Administrativo y que sería un trasunto público de la categoría laboral del indefinido no fijo que había creado en su día la Jurisdicción social. Esta primera formulación, en cambio, resultaba lo suficientemente críptica en su naturaleza y alcance como para experimentar una evolución y una precisión posterior.

De esta forma, los Tribunales comenzaron a recoger el carácter indefinido no fijo de funcionarios temporales objeto de abuso en la duración de sus relaciones, pero no tanto como categoría jurídica sino más bien como una posición jurídica en la que se encontrarían aquellos. Como señalara el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia de 20 de diciembre de 2017: «la pretensión de que se declare al personal temporal como personal indefinido no fijo no tiene su apoyo en la existencia de tal categoría en cuanto tal, ni con ello se trata de desconocer los principios de mérito y capacidad que rigen la selección del personal que presta sus servicios en el sector público, sino que el recurso a tal categoría es una consecuencia de que se haya abusado de la contratación temporal con el fin de evitar ese abuso y de sancionarlo en el caso de que se produzca. Por lo tanto, puede acudirse a dicho recurso o a cualquier otro porque, como hemos visto, lo que la jurisprudencia del TJUE dice es que las consecuencias de incumplir lo que dice la Directiva han de determinarse con arreglo al derecho interno y que la respuesta que se dé ha de ser lo suficientemente disuasoria (para evitar la reiteración) y proporcionada a la infracción cometida. Por lo tanto, no es argumento válido sostener que la categoría que invoca la parte actora (hoy apelante) del trabajador indefinido no fijo no existe en el ámbito de la función pública, porque su invocación es a los fines indicados: no se pretende el reconocimiento de una categoría de funcionario o personal estatuario inexistente sino las consecuencias indemnizatorias que se derivan de la misma para el supuesto de cese en la prestación de servicios cuando ha habido un abuso en la contratación o nombramientos».

Las posibles consecuencias indemnizatorias<sup>28</sup> son uno de los contenidos previstos a esta singular posición jurídica del indefinido no fijo de Derecho Administrativo. La otra sería la relativa estabilidad<sup>29</sup> que le proporciona tal condición, en tanto en cuanto su cese solo puede venir dado por la cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización de ésta.

4.3. El Tribunal Supremo pone orden pero no paz: las SSTs de 26 de septiembre de 2018.

El Tribunal Supremo admitió en casación<sup>30</sup> la cuestión relativa a la utilización abusiva de nombramientos como eventual en servicios de Salud. Según el Tribunal Supremo, precisamente contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, tras haber planteado la cuestión prejudicial que dio la lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (asunto *Martínez Andrés*), había deducido en el ámbito interno las consecuencias de esta sentencia e inaugurando la traslación de la figura del indefinido no fijo de Derecho laboral al ámbito del Derecho administrativo. Las cuestiones que consideró que presentaban interés casacional objetivo eran, en realidad, dos. Primera, si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal. La segunda -cuyo análisis obviaremos por exceder del objeto de este trabajo- si, con independencia de la respuesta que se ofreciera a la cuestión primera, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

Las Sentencias realizan idéntica argumentación pero adecúan sus conclusiones al diferente contexto normativo aplicable: una sobre la normativa del personal estatutario eventual del Estatuto Marco de los Servicios de Salud (rec. núm. 785/2017) y otra sobre el régimen general de los funcionarios interinos (rec. núm. 1305/2017). El Tribunal Supremo admite la constatación de los Tribunales de instancia del carácter abusivo de las relaciones jurídicas, señalando además que se incumplieron las medidas que el Ordenamiento prevé para evitar los abusos (en un caso, el estudio de la creación

---

<sup>28</sup> El contenido de la indemnización se calcularía conforme al alcance que a la misma 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.

<sup>29</sup> STSJ de Galicia, de 8 de noviembre de 2017.

<sup>30</sup> Autos de Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017 (rec. núm. 785/2017), de 12 de junio de 2017 (rec. núm. 732/2017) y de 13 de junio de 2017 (rec. núm. 1305/2017).

de plazas estructurales tras la renovación de los nombramientos eventuales; y, en otro, la estricta temporalidad del programa). A partir de aquí, responde a la cuestión en la que se había fijado el interés casacional: si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos (estatutarios) o de las relaciones sucesivas (de quien suscribió, primero, un contrato laboral de duración determinada, y después fue nombrado y vuelto a nombrar funcionario interino) "de conformidad con la sentencia [*Martínez Andrés*] del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual [o de su relación de servicios, para el supuesto del funcionario interino] en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal"-

Y la respuesta es la determinación de las consecuencias jurídicas que cabe encontrar en el Derecho de la Función Pública sin necesidad de acudir al Derecho laboral o, más concretamente, a la solución del indefinido no fijo.

Respecto al personal estatutario eventual, la Sentencia precisa que "quien es nombrado personal estatutario temporal de carácter eventual y padece una situación de abuso en sus nombramientos o prórrogas sucesivos, queda sujeto y ha de serle de aplicación, en principio, la normativa a que se refieren esos dos preceptos [art. 2.2. Estatuto Marco del Personal Estatutario y art. 2.3 del EBEP], y no la propia del ordenamiento jurídico laboral, ni tampoco la jurisprudencia que con base en éste ha elaborado con tanto acierto la jurisdicción social". Con ello, ni siquiera llega a refutar la posibilidad de aplicación analógica del Derecho laboral pues antes concluye que en el Derecho de la Función Pública existen "medidas legales equivalentes" para sancionar eficaz y disuasoriamente los abusos producidos en las relaciones temporales, cosa que precisamente indicaba el Tribunal de Justicia en la sentencia *Martínez Andrés*, cuando aventuraba la posibilidad de aplicación de la figura del indefinido no fijo "a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto a dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar" (n. 54).

Evita, así discurrir en un plano de estricta lógica jurídica sobre la posible aplicación analógica de la figura del indefinido no fijo laboral al ámbito jurídico-administrativo.

Como decíamos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo busca y encuentra la solución o, mejor dicho, las consecuencias a los abusos en la propia normativa de Función Pública, ya sea el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, ya las Leyes generales de Función Pública.

A) Respecto al abuso padecido por el personal eventual estatutario, la medida la encuentra en la correcta aplicación de la medida preventiva cuyo incumplimiento, en realidad, era la causa de la situación de abuso. Se trata del último inciso del art. 9.3 del Estatuto Marco: "*Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro*"<sup>31</sup>. Según la Sentencia, la Administración no llevó a cabo en su momento el estudio que ordena dicho artículo, conforme al cual "debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones de que se trate, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas".

La Sentencia concluye que, ante la constatación de una utilización abusiva de nombramientos, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo sino, por un lado, la realización correcta del estudio de la necesidad de creación de puesto estructural y, por otro, "la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma" la realización del anterior estudio.

Para el Tribunal esta segunda consecuencia es imprescindible porque "es la única que, amén de ser proporcionada al propio actuar de la Administración, es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco. En este orden de cosas, una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización".

Y es que, respecto a dicha **indemnización**, la Sentencia no niega tal derecho, pero no lo ampara en una pretendida aplicación nuevamente analógica de la normativa

---

<sup>31</sup> También constata el incumplimiento del art. 26.5 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, según el cual la relación estatutaria eventual "podrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 años". El Tribunal Supremo constata que la Administración no puso fin a la relación de empleo de la actora cuando establece dicho precepto, señalando además que "esa decisión, ordenada por la norma, debe ser coherente, o lo que es igual, no seguida sin solución de continuidad por otros nombramientos sucesivos, temporales y de carácter eventual, de terceras personas, que sólo demostraría una desacertada decisión de lo que prevé el precepto básico", es decir, el análisis del carácter estructural del puesto y su correspondiente provisión por personal permanente.



laboral sino que lo reconduce a la institución jurídico-administrativa de la responsabilidad administrativa, con sus consiguientes requisitos básicos, de entre los cuales el más complejo es el del daño resarcible, pues, como señala la sentencia, el reconocimiento del derecho a indemnización requiere -además de cuestiones de cuestiones formales- que el afectado identifique "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 sólo 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 ésta 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". En el caso concreto, la Sentencia considera que no procede el reconocimiento de derecho indemnizatorio alguno "distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo".

B) En lo relativo a los funcionarios interinos (rec. núm. 1305/2017), la Sentencia parte del incumplimiento de la medida preventiva del abuso, concretamente y respecto al supuesto de hecho, el carácter temporal de los programas (cifrados incluso por el TREBEP) y la previsión general de la "necesidad y urgencia del nombramiento" (art. 10 TREBEP). Así, teniendo en cuenta que el afectado prestó servicios de forma ininterrumpida entre 1993 y 2012, al amparo de una sucesión confusa de relaciones laborales y funcionariales interinas cubiertas por un Convenio entre el Ayuntamiento empleador y la Diputación Foral de Álava, al finalizar aquel Convenio (año 2003) el Ayuntamiento debió "poner fin al nombramiento y, en su caso, analizar de modo motivado y fundado si la plantilla municipal necesitaba, o no, ampliar la relación de puestos de trabajo para el desempeño de las funciones que prestaba el actor, actuando a continuación de modo coherente con su decisión"; sin embargo, el afectado continuó prestando servicios sin que se modificase su situación jurídica hasta el año 2012, año en el que se le cesa como consecuencia de la necesidad de reducción de gastos de plantilla.

La Sentencia considera que cuando el Ayuntamiento decidió finalmente poner fin a la relación, la resolución carecía "de la motivación exigible por expresar una causa que a la luz de las actuaciones no puede tenerse por verdadera o cierta en sentido jurídico", pues "el acto administrativo debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita. Es esto, la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de esa potestad, lo que integra uno de los elementos objetivos de aquél, constituyendo su causa en sentido técnico. Elemento objetivo que cabe ver en el inciso final del art. 53.2 ("El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos") de la Ley 30/1992, entonces en vigor. Su ausencia jurídica, por inadecuación a dichos fines, arrastra de por sí la falta de motivación del acto administrativo. En

consecuencia, aquella resolución incurrió, así, en un supuesto de anulabilidad, el del art. 63.1 de dicha Ley , en relación con los arts. 53.2 y 54 de la misma".

En consecuencia, la relación de empleo como funcionario interino no debe tenerse por finalizada, sino que subsiste y debe continuar, con los derechos profesionales y económicos que le son propios, hasta que la Administración, en cumplimiento del carácter temporal de las relaciones interinas (conjunción de urgencia y necesidad, por un lado, y de circunstancias inherentemente temporales que amparan el nombramiento), analice si, dadas las funciones permanentes y estables, no temporales o provisionales, que realmente desempeñaba el afectado, valore, "de modo motivado, fundado y referido a ellas en concreto, si procede o no el incremento de la plantilla municipal, con las consecuencias ligadas a la decisión que se adopte, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones".

Por tanto, la doctrina casacional que establece el Tribunal Supremo respecto a los funcionarios interinos objeto de abuso en sus sucesivos nombramientos es que "la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Al dar cumplimiento a esa norma, en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observado después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas".

C) Aunque el Tribunal Supremo, en estas sentencias, ha evitado trasladar el engendro jurisprudencial del indefinido no fijo alumbrado en el ámbito laboral, creando una suerte de «indefinido no fijo de Derecho Administrativo» similar a aquel, lo cierto es

que el resultado, en la práctica, es muy cercano<sup>32</sup>. Es decir, que aunque formalmente no se aplica la figura del indefinido no fijo, se configura, implícita y materialmente, una posición jurídica semejante a la de aquel, aunque con los contenidos propios y genuinos que se pueden deducir del marco general del Derecho de la Función Pública lo que impide, de forma más relevante, el reconocimiento de un derecho laboral a la indemnización por cese, tal y como hemos visto más arriba. Sí, en cambio, se establece el derecho al mantenimiento de la relación temporal no de forma fija sino a título indefinido, lo que -al igual que respecto al indefinido no fijo laboral- supone que dicha relación sólo podrá extinguirse por causas objetivas previstas en el Derecho de la Función Pública: cobertura regular del puesto y amortización de éste.

Si se constata el abuso en la duración temporal de la relación funcional interina, porque en realidad la temporalidad no es tal sino que la necesidad es permanente o estructural, desde el punto de vista del funcionario afectado, la relación de empleo sólo podrá extinguirse por ocupación reglamentaria de la plaza o por desaparición del puesto, decisiones ambas que se incardinan en la potestad de autoorganización de la Administración, si bien deben ser motivadas en circunstancias y razones objetivas. En última instancia, esta objetividad de las causas de extinción de la relación funcional interina es lo que garantiza una cierta permanencia -indefinitud, más bien- a la relación temporal, que, al igual que sucede con el indefinido no fijo de carácter laboral, no puede devenir "fijo", "permanente" o "estable" porque lo impiden los principios constitucionales e institucionales de la Función Pública -igualdad y mérito- que exigen un procedimiento administrativo previo que los articule de forma concurrencial para acreditar tanto la capacidad para el desempeño de las funciones como el mayor mérito respecto al resto de ciudadanos.

A partir de esta situación, el debate se traslada a las causas que permiten a la Administración dar por concluida la relación funcional temporal (interina o eventual estatutaria) y que, indirectamente, como hemos visto, garantizan la permanencia relativa (que no absoluta, la cual es sólo propia de los funcionarios de carrera) a los funcionarios temporales. Partiendo de la situación de abuso por encontrarnos ante necesidades permanentes, lo que de hecho y de Derecho determina la reformulación de la posición jurídica del funcionario temporal objeto de aquel abuso, la Administración difícilmente podrá invocar una supuesta temporalidad para dar por concluida la relación, habiendo identificado la jurisprudencia como causas legítimas, principalmente, la provisión de la plaza por funcionario de carrea mediante procedimiento regular (forma de provisión definitiva, nombramiento tras proceso de selección), aunque también ha admitido la posibilidad de su ocupación por otro funcionario temporal con mejor derecho que el funcionario objeto de abuso<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Así lo señala SÁNCHEZ MORÓN, M: "La consagración del funcionario interino indefinido" en *Revista de Administración Pública*, núm. 208, 2019, p. 236.

<sup>33</sup> Paradigmáticas las SSTs del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 27 de noviembre de 2017, de 22 de octubre de 2018 y de 21 de noviembre de 2018, en las que -en el ámbito del personal estatutario de los Servicios de Salud- se admite la posibilidad de que "el nombrado interino para reparar el fraude consistente en ser nombrado como

Por tanto, la relación se transforma en indefinida (de "funcionario interino indefinido" ha hablado expresivamente la doctrina administrativista)<sup>34</sup>, pues se mantiene mientras no concurra causa legal de cese, como consecuencia de haber sido nombrado funcionario interino para prestar necesidades permanentes, más allá del límite legalmente previsto o del razonablemente estimado.

Aunque las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 configuraran una posición jurídico-administrativa indefinida para los funcionarios temporales objeto de abuso, descartando la categoría jurídico-laboral del indefinido no fijo, las mismas han sido cuestionadas por considerar la solución disconforme con la Directiva 1999/70, al estimar que la consecuencia que se anudaba al abuso constatado de las relaciones funcionariales temporales no constituía una medida disuasoria y eficaz. Paradójicamente, se cuestiona la posición jurídico-administrativa de indefinido no fijo que estas Sentencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa configuran, pero no la figura del indefinido no fijo de Derecho laboral engendrada en la Jurisdicción Social. Y es que incluso esa posición jurídico-administrativa de indefinido no fijo se reputa insatisfactoria, pues se reivindica directamente el carácter fijo de la sanción jurídica al abuso, lo que respecto a los funcionarios temporales implica el reconocimiento "automático" de la condición de funcionario de carrera.

#### 5. La transformación en funcionarios de carrera de las relaciones funcionariales interinas.

La argumentación relativa a la transformación de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera, constatado el abuso en la temporalidad de su relación, parten de explicar, desde una perspectiva negativa, la inidoneidad de las medidas sancionadoras barajadas (ya sea el carácter indefinido de la relación, ya los procesos de consolidación del personal temporal) y, desde una perspectiva positiva, las propuestas de transformación con un razonamiento más o menos preciso, que evidencian la complejidad de identificar el instrumento técnico-jurídico que ampararía la consecución del resultado último, a saber, la transformación directa o automática en funcionarios de carrera.

##### 5.1. Inidoneidad de las medidas sancionadoras propuestas legal y jurisprudencialmente.

---

eventual pueda ser desplazado no solo por las razones propias de los interinos, sino también por una cobertura regular del puesto por otro interino con sujeción a las bolsas que serían realmente aplicables (bolsas de larga duración, de acuerdo con las cuales la interesada no habría accedido al puesto en su día").

<sup>34</sup> Vid. SANCHEZ MORÓN, M., *La consagración del funcionario interino indefinido ... op. Cit.*; CANTERO MARTÍNEZ, J.: "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura" en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12, 2017, pp. 8-29.



A) En primer lugar, se cuestiona que la posición jurídica "funcionario interino indefinido", que alumbra la jurisprudencia contencioso-administrativa, sea una sanción adecuada al abuso en la temporalidad de la relación, precisamente por su elemento más esencial: el carácter indefinido de la relación, no tanto por la incertidumbre de la duración de la misma (que de hecho siembra la confusión a la hora de calificarlo como trabajador de duración determinada o de duración indeterminada) como por el hecho de que la Administración ostenta el poder unilateral de poner fin a la misma.

Ello iría en contra del objetivo de estabilidad en las relaciones laborales que perseguiría la Directiva 1999/70. De esta manera, sancionar el abuso cometido transformando la relación en cualquier cosa que no sea una duración estable o fija, no respetaría la Directiva, máxime cuando la Administración -responsable del abuso- no vería sancionada su actuación abusiva.

Como puede observarse, la fundamentación de este argumento radica en la idea de que la estabilidad es el objetivo de la Directiva y todo lo que no sea reconocérsela a los funcionarios interinos que han padecido el abuso resulta contrario a aquella.

B) Por esta misma idea se rechazan también, por inadecuados, los procesos de consolidación en cuanto que consecuencia jurídica sancionadora al abuso puesto que, si bien aquellos ponen fin al abuso desde una perspectiva objetiva, no resarcan el abuso padecido por el funcionario interino, desde una perspectiva subjetiva en la medida en que no garantiza la estabilidad a los afectados.

## 5.2. Instrumentos técnico-jurídicos para la transformación.

Al descartarse, por eliminación, las medidas previstas como consecuencia a los abusos (el carácter indefinido no fijo de la relación y los procesos de consolidación), la mirada se reconduce a la transformación de la relación funcional interina, escudriñando los instrumentos técnico-jurídicos que el Ordenamiento interno (conversión del acto) o el europeo (transformación en fija de la relación).

### 5.2.1. Conversión del nombramiento por fraude de ley o desviación de poder.

Tratándose de instituciones similares amparadas en previsiones normativas, doctrinalmente el fraude de ley es más propio de potestades privadas, mientras que la desviación de poder hace referencia estrictamente a potestades públicas<sup>35</sup>. En cualquier caso, el fraude de ley no es exclusivo del ámbito privado<sup>36</sup> y, en ambos casos, el Ordenamiento establece la consecuencia jurídica que para el acto se deriva.

<sup>35</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta 2000.

<sup>36</sup> “[E]l fraude de ley, como institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento jurídico o contrarios al mismo, es una figura que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del Derecho, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el artículo

Según el art. 6.4 CC: *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*. En el caso de funcionarios interinos, se considerarían en fraude de ley los nombramientos realizados no para necesidades temporales (inherentes a las circunstancias que permiten recurrir a esta clase de personal) sino permanentes, actuando formalmente la Administración al amparo del art. 10.1 TREBEP pero persiguiendo un resultado prohibido o contrario al Ordenamiento jurídico-administrativo, cual es la utilización de funcionarios interinos más allá de su temporalidad genuina. La consecuencia sería aplicar la norma que se ha tratado de eludir: el nombramiento de funcionarios de carrera para la realización de esas necesidades permanentes, nombramiento que debe hacerse, bien a resultas de procesos selectivos, bien tras los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo con carácter definitivo.

En lo que respecta a la desviación de poder, recordemos que el art. 70.2 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la define como *“el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”*, existiendo *“no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso”*<sup>37</sup>.

En nuestro caso, la utilización de la potestad de nombrar funcionarios interinos no para cubrir necesidades temporales sino necesidades estructurales o permanentes, para las cuales el Ordenamiento confiere a la Administración la potestad de nombrar funcionarios de carrera. En suma, se habría utilizado la potestad de nombrar funcionarios temporales (“interinos”) para, en la práctica, nombrar funcionarios “no temporales”. Concurriendo desviación de poder, la consecuencia sería la anulación del acto, esto es, del nombramiento del funcionario interino por constituir un vicio de anulabilidad (art. 48.1 LPAC). Si, en cambio, no se llega a solución tan drástica, no es porque se convierta el acto viciado en otro sino porque, renunciando a la potestad de revisar el acto, directamente se recalifica la posición jurídica de los afectados en función de los hechos, lo que implícitamente supone interpretar flexiblemente el alcance de la temporalidad de los funcionarios interinos.

En efecto, la conversión de actos viciados permite que los actos inválidos desplieguen los efectos de otro acto distinto cuando contengan los elementos

---

6.4. del CC, su encaje normativo, precepto que, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento y ni si quiera podría sostenerse hoy que sea una norma exclusiva de la legislación civil”: Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo.

<sup>37</sup> STS de 18 de marzo de 2011.

constitutivos de otro acto. Ahora bien, no se puede admitir que el nombramiento de un funcionario interino, inválido por perseguir un fin distinto (necesidades permanentes) al pretendido por la norma que le da cobertura (necesidades temporales), pueda convertirse en un nombramiento de funcionario de carrera por el hecho de que desempeña necesidades permanentes, pues carece de un elemento constitutivo esencial de los nombramientos de funcionarios de carrera: la superación de un procedimiento administrativo de selección específico que articule los principios de igualdad y de mérito.

Descartada la conversión jurídica del funcionario interino en funcionario de carrera, lo cierto es que el nombramiento del primero, constatado su carácter abusivo, en puridad técnica -como decíamos- resulta inválido por desviación de poder (nombramiento para necesidades permanentes y no temporales) o, simplemente, por incumplimiento directo de una norma al prolongar su duración más allá de lo legalmente establecido (por ejemplo, por no incorporar la vacante a la primera Oferta de Empleo Público posible). El vicio de invalidez del que adolecería el acto sería, concretamente, de anulabilidad<sup>38</sup>. Sin embargo, la Administración no activa su potestad de revisión de oficio del nombramiento del funcionario interino objeto de abuso por evidentes razones de equidad y de buena fe<sup>39</sup>, atendiendo, en última instancia, a que es la propia Administración la causante de tal abuso.

#### 5.2.2. Indirecta "eficacia directa" de la transformación derivada de la Directiva.

Aunque en relación con las consecuencias a los abusos en la duración de las contrataciones temporales la Directiva carece de eficacia directa, pues es evidente que defiere a los Estados la determinación de las medidas a adoptar y la mención a la transformación de la relación en indefinida lo es estrictamente a título de ejemplo, se ha argumentado que, ante la falta de medidas y ante el incumplimiento en este punto de la Directiva, la consecuencia debería ser aplicar aquella transformación, dotando indirectamente de eficacia directa la Directiva en este punto.

Según el razonamiento, aunque es cierto que la Directiva deja un amplio margen de apreciación a los Estados para establecer la medida sancionadora al abuso, también lo es que menciona expresamente una medida: la determinación de en qué condiciones las relaciones laborales de duración determinada "*se considerarán celebrados por tiempo indefinido*". Por tanto, la Directiva contemplaría esta medida como punto de partida de la reacción al abuso, que los Estados pueden exceptuar con carácter general o particular (un sector determinado, como las Administraciones

---

<sup>38</sup> Art. 48.1 LPAC: "*Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*"

<sup>39</sup> Art. 110 LPAC. Límites de la revisión: "*Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*".

Públicas), pero para ello deberán establecer una medida equivalente, no en su contenido y alcance sino en su eficacia sancionadora y disuasoria.

En el caso de España, el Ordenamiento jurídico-laboral sí ha establecido la transformación automática de las relaciones laborales de duración determinada, considerándolas celebradas por tiempo indefinido al constatarse su abuso. Pero el Ordenamiento jurídico-administrativo, en cambio, no sólo no ha previsto tal posibilidad para las relaciones funcionariales temporales, sino que tampoco ha recogido medida equivalente sancionadora. Ello supondría un incumplimiento de la Directiva que permitiría aplicar la medida mencionada en ésta de "considerar celebradas por tiempo indefinido" las relaciones laborales de duración determinada (funcionarios interinos) cuando se constata un abuso en la duración de su nombramiento.

### 5.3. Conclusiones de la Abogada General KOKOTT en el asunto *Sánchez Ruiz*.

#### 5.3.1. Las cuestiones prejudiciales.

Toda esta argumentación late en las cuestiones prejudiciales que se le plantean al Tribunal de Justicia<sup>40</sup> para preguntarle si, ante la ausencia en el Ordenamiento jurídico-administrativo de medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias en caso de abuso en la utilización temporal de relaciones de servicios de duración determinada, sería posible que los Jueces y Tribunales transformaran la relación temporal en estable. Las cuestiones plantean algunos puntos adicionales diferentes, como el propio concepto de utilización sucesiva de nombramientos abusiva o la necesidad de impugnar todos y cada uno de esos nombramientos, pero también otros conexos que es necesario igualmente analizar, como la valoración, desde el Derecho europeo, de medidas internas aplicadas para poner fin a los abusos (como los procesos de consolidación o la condición de indefinido no fijo).

El tenor literal de los apartados que nos interesan a nuestros efectos es el siguiente:

#### A) En el asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18)

*«6) Constatado por el juez nacional el abuso en la contratación sucesiva del empleado público estatutario temporal interino al servicio de SERMAS, que es destinado a cubrir necesidades permanentes y estructurales de la prestación de servicios de los empleados estatutarios fijos, al no existir medida efectiva alguna en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tal abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de la norma comunitaria, ¿la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] debe ser interpretada en el sentido de que*

---

<sup>40</sup> Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 8 de 8 de junio de 2018 y nº 24 de 24 de enero de 2019.



*obliga al juez nacional a adoptar medidas efectivas y disuasorias que garanticen el efecto útil del Acuerdo Marco y, por lo tanto, a sancionar dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de dicha norma europea, dejando inaplicada la norma interna que lo impida?*

*Si la respuesta fuera positiva, y como declara en [el] apartado 41, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15:*

*¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva [1999/70], como medida para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, la transformación de la relación estatutaria temporal interina/eventual/sustituto, en una relación estatutaria estable, ya sea desde la denominación de empleado público fijo o indefinido, con la misma estabilidad en el empleo que los empleados estatutarios fijos comparables?*

*7) En el caso de abuso en la relación temporal sucesiva, la conversión de la relación estatutaria temporal interina en una relación indefinida o fija, la misma ¿puede entenderse que solo cumple con los objetivos de la [Directiva 1999/70] y su Acuerdo Marco, cuando el empleado estatutario temporal que ha sufrido el abuso goza de las mismas e idénticas condiciones de trabajo con respecto al personal estatutario fijo (en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos, derechos pasivos, y cese en los puestos de trabajo, así [como] participación en los concursos convocados para la provisión de vacantes y la promoción profesional) bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los informáticos estatutarios fijos?>*

*B) En el asunto Fernández Álvarez (C-429/18):*

*4) ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta juzgadora, que la conversión del trabajador temporal objeto de abuso en "indefinido no fijo" no es sanción eficaz en cuanto el trabajador así calificado puede ser cesado, ya sea porque se cubra su puesto en proceso selectivo o sea amortizada la plaza, y por ello no es conforme con el Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada al no cumplirse el artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado español los resultados fijados en la misma?*

La Abogada General KOKOTT responde a la cuestión relativa a la transformación de la relación temporal en indefinida o fija, respondiendo previamente a si los procesos de consolidación de personal temporal y la conversión en indefinidos no fijos son una respuesta adecuada al uso abusivo de la temporalidad, lo que reviste una gran importancia por conducir a un escenario en el que el Derecho interno carecería de una medida efectiva para acabar y sancionar el uso abusivo de la temporalidad.

### 5.3.2. La inadecuación de los procesos de consolidación.

En efecto, en relación con la adecuación de los procesos de consolidación para poner fin a los abusos en la duración de las relaciones de duración determinada, la Abogada General realiza una serie de consideraciones para descalificarlos como medida adecuada, en primer lugar, por la incertidumbre temporal que generan en muchos aspectos: periodicidad de procesos, lastrada por las posibilidades financieras del Estado y dependiente de la discrecionalidad de la Administración (*"las exigencias temporales, establecidas en la normativa nacional pertinente, relativas a la organización de los procesos selectivos se incumplen sin consecuencias visibles"*); duración de los procesos selectivos; indeterminación temporal de los nombramientos de quienes superan el proceso.

Pero, en segundo lugar, señala que, al ser de libre concurrencia los procesos selectivos, *"pueden participar en él candidatos que no hayan sufrido un uso abusivo de nombramientos sucesivos, sin que parezca que se tome debidamente en consideración ese abuso (por ejemplo, mediante un nombramiento preferente en caso de que hayan superado el proceso selectivo)"*. Y, por último, advierte que, *"en todo caso, la organización de procesos selectivos no elimina las consecuencias de la infracción contra el Derecho de la Unión respecto a los candidatos que no hayan superado las pruebas, que además deberán contar con su cese en una fecha indeterminada"*.

Por ello considera que *"para sancionar adecuadamente la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de carácter temporal y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de Unión, no basta con convocar procesos selectivos de libre concurrencia cuando el acceso a una relación de servicio fija, derivado de la superación del proceso selectivo por la persona que haya sufrido el uso abusivo de tales nombramientos sucesivos, sea imprevisible e incierto y la normativa nacional pertinente no establezca ninguna otra medida sancionadora"*.

Obsérvese que las Conclusiones se mueven en un doble plano, objetivo y subjetivo. En el plano objetivo, la Abogada General considera lo incierto tanto de la convocatoria de procesos como a su duración, pues la primera depende de la discrecionalidad de la Administración y de circunstancias variadas (como la disponibilidad presupuestaria), mientras que la duración de los procedimientos resulta impredecible, pues aunque la norma puede establecer plazos para su finalización, los mismos *"se incumplen sin consecuencias visibles"*. Por todo ello, apelar a los procesos selectivos como medio para poner fin a la duración temporal abusiva de los nombramientos constituye una invocación teórica desmentida en la práctica.

En cuanto al plano subjetivo, relativo al funcionario objeto de abuso, las Conclusiones llegan a afirmar que los procesos de consolidación deben tener en cuenta la situación de abuso a efectos de su configuración. Por un lado, menciona

peyorativamente el hecho de que sean "de libre concurrencia", permitiendo la participación de "candidatos que no hayan sufrido un uso abusivo de nombramientos sucesivos". Por otro, sugiere una medida para tener en cuenta el abuso padecido por candidatos que se ven obligados a participar en el proceso: nombramiento preferente. Se trata de consideraciones difícilmente cohonestables con los principios de igualdad (la primera) y de mérito y capacidad (la segunda) y que, en última instancia, penden sobre los fundamentos mismos de los procesos de consolidación, según se conceptualicen como medios de estabilización del personal temporal o de reducción estructural de la temporalidad.

### 5.3.3. El «indefinido no fijo» como sanción a la sucesión abusiva de nombramientos.

Gran trascendencia presenta la cuestión relativa a si la figura del «indefinido no fijo» es sanción adecuada al abuso en la sucesión de nombramientos temporales. Cuando se plantea la cuestión, latía en el debate judicial la traslación de la figura laboral al ámbito administrativo y aún no había dictado el Tribunal Supremo las Sentencias comentadas de 26 de septiembre de 2018, que rechaza dicha traslación pero, en la práctica, configura una posición jurídico-administrativa similar

Respecto a la figura del indefinido no fijo, que es conforme a la cual se redacta la cuestión prejudicial (concretamente la C-429/18), las Conclusiones recogen lo nuclear de aquella: que la relación "indefinida no fija" finaliza cuando la plaza vacante se ocupa de modo permanente o se amortiza, lo que -curiosamente en nota a pie de página- lleva a la Abogada General a señalar que "es evidente que el personal indefinido no fijo no se encuentra en una mejor posición que el personal temporal interino". Sin embargo, da cuenta de las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 para señalar que no se encuentra en condiciones de responder a la cuestión, pues de aquellas Sentencias se derivaría que el nombramiento abusivo debe sancionarse, por un lado, mediante el mantenimiento de la relación de servicio hasta que la Administración la ponga fin creando una plaza estructural y proveyéndola reglamentariamente y, por otro, reconociendo al empleado afectado una indemnización.

Correspondería al tribunal remitente valorar si tales medidas, en conjunto, pueden considerarse suficientemente eficaces para sancionar los abusos, pero la Abogada General concluye este apartado con una serie de valoraciones que sin duda alguna propiciarán reivindicaciones y nuevas cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, recomienda al tribunal que plantea la cuestión que tenga en cuenta la Sentencia *Santoro*<sup>41</sup>, donde el Tribunal de Justicia, para los casos en que la normativa nacional no contempla la posibilidad de transformar la relación de servicio en caso de abuso, estableció que la Directiva impondría, como respuesta a aquel, el

---

<sup>41</sup> *Santoro*, 7 marzo 2018 (C-494/16).

reconocimiento de "un derecho a una indemnización que permita una reparación proporcionada y completa del perjuicio sufrido", derecho que para hacerlo valer el afectado no puede verse sometido a unos requisitos de prueba - en relación con la pérdida de oportunidades de empleo y la consiguiente pérdida de ingresos- tales que impidan o dificulten en extremo su ejercicio. Pero, en segundo lugar, además de ese derecho a una indemnización por los daños sufridos, también se debería prever un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio. En suma, indemnización al funcionario temporal objeto de abuso y sanción efectiva y disuasoria a la Administración que realiza el abuso.

Relevantes son valoraciones que al respecto formula la Abogada General KOKOTT. Así, señala que, en principio, no constituye una medida sancionadora para la Administración el derecho al mantenimiento de la relación de servicio, "dado que el empleado público de que se trate será cesado en caso de amortización de la plaza o de incorporación a esta de personal fijo". Además, "la creación de nuevas plazas conforme a las necesidades comprobadas de personal no es útil para los empleados públicos temporales cuando no se llevan a cabo los necesarios procesos selectivos para la cobertura con carácter permanente de tales plazas", pues el "el mantenimiento de la relación de servicio temporal, exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la precariedad".

#### 5.3.4. La transformación de la relación temporal en fija.

Cuestionados los procesos de consolidación y la figura del indefinido no fijo como sanción adecuada al abuso en la sucesión de nombramientos, la Abogada General aborda la trascendental cuestión de si el Derecho europeo, ante la carencia de medidas internas, ampararía la transformación por los Jueces y Tribunales nacionales de las relaciones temporales en fijas.

Implícitamente la Abogada General asume el argumento de que "una norma nacional que únicamente prohíbe en el sector público la transformación de sucesivas relaciones de servicio temporales en una relación de servicio por tiempo indefinido solo sería compatible con el Acuerdo Marco si el Derecho nacional aplicable en ese sector estableciera alguna otra medida eficaz para evitar el uso abusivo de las relaciones de servicio temporales sucesivas y, en su caso, sancionar dicho uso". Por tanto, si el Ordenamiento jurídico-administrativo carece de medidas eficaces para evitar y, sobre todo, para sancionar los abusos en la sucesión de nombramientos de funcionarios temporales en el Sector Público, la disposición interna que prohíbe o impide la transformación de la relación temporal en fija sería incompatible con el Derecho europeo, lo que permitiría a los Jueces y Tribunales aplicar esa medida sancionadora.

En realidad, esta proposición incluye alguna premisa discutible, aunque la Abogada General sólo rechaza la conclusión que se infiere. En efecto, ya hemos señalado anteriormente que la transformación de las relaciones temporales en fijas no



es una disposición precisa e incondicional de la Directiva 1999/70 que permita dotarla de eficacia directa ante el incumplimiento por los Estados de establecer medidas sancionadoras en caso de abuso en la sucesión de relaciones temporales. En cualquier caso, lo que las Conclusiones refutan es la potestad de los Jueces y Tribunales nacionales, derivada del Derecho europeo, de llevar a cabo esa transformación, incluso ante la falta de medidas por los Estados.

Y es que la Abogada General KOKOTT considera que la Directiva 1999/70 no permite "al juez nacional obviar una clara prohibición del Derecho nacional y sancionar el uso abusivo de sucesivas relaciones de servicio temporales mediante el reconocimiento inmediato de un puesto fijo en el caso concreto", pues ello sería contrario al principio de proporcionalidad en tanto en cuanto iría más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, que no es otro que establecer un sistema de medidas para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Esta argumentación basada en el principio de proporcionalidad se despliega en las Conclusiones de una manera un tanto confusa: "Si se permitiera a los tribunales nacionales sancionar el abuso reconociendo en el caso concreto un puesto fijo al personal temporal, esto tendría graves consecuencias para el acceso a la función pública en su conjunto y pondría seriamente en cuestión el objetivo de los procesos de selección. En primer lugar, las personas que hubieran superado un proceso selectivo, pero que aún no hubieran recibido un nombramiento para ejercer sus funciones con carácter permanente, serían tratadas del mismo modo que aquellas que no hubieran participado en ese proceso o que no lo hubieran superado. Además, apenas sería posible tomar debidamente en consideración la diversa duración del uso abusivo y los méritos adquiridos por el interesado". Parece, pues, que se señala que ello iría contra el principio de igualdad (al referirse a quienes participan y superan un proceso selectivo, por un lado, y a quienes no participan en dicho proceso o no lo superan, por otro) Pero también contra el principio de mérito, porque trataría por igual a los funcionarios temporales objeto de abuso, sin diferenciar en función de la duración del abuso o de los méritos adquiridos por aquellos durante la prestación temporal de sus servicios, lo que implícitamente supone hacer del abuso padecido un mérito.

De ahí que, partiendo de la (discutible) premisa de que "pudiera considerarse que la cláusula 5 del Acuerdo Marco exige la transformación de relaciones de servicio temporales en relaciones de servicio indefinidas y fijas debido a la falta de otras posibilidades de sanción", la Abogada General termina por considerar "indispensable que exista un procedimiento ordenado para la ejecución de la sanción, de modo que pueda determinarse de modo comprensible, sobre la base de criterios objetivos y transparentes, el orden en los nombramientos".

#### 5.3.5. Valoración de las Conclusiones.

Los razonamientos de la Abogada General KOKOTT en el asunto *Sánchez Ruiz* son lo suficientemente confusos como para debilitar las conclusiones a las que llega. Las valoraciones que hace de la eficacia de los procesos de consolidación y de la posición jurídica del indefinido no fijo responden más bien a una incompleta identificación de la realidad jurídica y fáctica del Ordenamiento interno que, aunque se defiere a los Tribunales nacionales su interpretación, no impide la realización de apreciaciones que inevitablemente resultan imprecisas.

Más cuestionable es la interpretación que se hace del alcance de la Directiva 1999/70 en lo que respecta a la obligación de los Estados de prevenir y, sobre todo, de sancionar los abusos en la utilización sucesiva de nombramientos temporales. En efecto, las Conclusiones, aunque admiten que el juicio de apreciar si el Ordenamiento interno carece de mecanismos sancionadores de abusos compete a los Jueces y Tribunales nacionales, primero acotan tales medidas, como hemos visto, cuestionando las relativas a los procesos de consolidación y a la posición jurídica del «indefinido no fijo» y, después, reducen el juicio a una alternativa: o transformación en fija de la relación, o indemnización. Más aún, la Abogada General -asumiendo los razonamientos de la propia cuestión prejudicial- parte de la premisa de que la transformación en fija es la regla general o prioritaria de reacción a los abusos, por constituir la protección óptima y más eficaz de los trabajadores, de manera que, si se descarta esta medida en un sector como el de la Función Pública, no sólo debería estar motivada como tal excepción sino también y sobre todo debe necesariamente establecerse una medida resarcitoria en forma de indemnización, pues sería la única medida eficaz y disuasoria.

Sin embargo, la conclusión de que si no hay transformación debe haber indemnización a título de abuso es el resultado de una lectura reduccionista de la sentencia *Santoro*. Si en ésta el Tribunal de Justicia maneja esa alternativa concreta es porque es la opción del sistema italiano de empleo cuando se verifican abusos en la sucesión de relaciones temporales<sup>42</sup>, pero en dicha sentencia el Tribunal parte del principio de que son los Estados los que deben elegir las medidas sancionadoras de abusos, sin que ni la Directiva ni la jurisprudencia europeas contemplen esa situación dicotómica alternativa de ambas soluciones: transformación o indemnización. Según

---

<sup>42</sup> El fallo de la sentencia *Santoro*, 7 marzo 2018 (C-494/16), afirma la inexistencia de dicotomía entre transformación e indemnización, en sentido abstracto, pero además su juicio final se redacta a partir del Derecho positivo italiano, aquí con alcance singular respecto al mismo: “La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”.

sus propias palabras, "los Estados miembros no están obligados, a la luz de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo marco, a prever la transformación de los contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Por lo tanto, tampoco se les puede imponer conceder, si no se realiza esta transformación, una indemnización destinada a compensar la inexistencia de tal transformación del contrato" (n. 47).

De hecho, el Tribunal, al valorar más adelante la adecuación de la indemnización prevista en la legislación italiana como medida sancionadora de abuso y, más particularmente, la indemnización a título de responsabilidad por daño que también reconoce la jurisprudencia italiana para los perjuicios padecidos (por daño emergente y lucro cesante, en este caso por pérdida de oportunidades de empleo, cuyo principal problema es la exigencia de acreditación<sup>43</sup>), tiene en cuenta otras medidas previstas por el Ordenamiento italiano para sancionar los abusos: "la normativa nacional incluye otras medidas destinadas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Por ejemplo, el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción".

Tales medidas, específicas del ámbito del Sector Público y diferentes a las aplicables en el sector privado, no pueden solo por eso presumirse menos efectivas: "En todo caso, el que la medida adoptada por el legislador nacional para sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada por los empleadores del sector privado constituya la protección más amplia que se puede reconocer a un trabajador no puede por sí mismo tener como consecuencia atenuar el carácter efectivo de las medidas nacionales aplicables a los trabajadores del sector público".

Por tanto, el estándar de protección efectiva en el sector público no puede valorarse ni deslegitimarse por el mero hecho de no establecer la transformación de la relación en fija, lo que tampoco significa que se de un cheque en blanco al Legislador

---

<sup>43</sup> De hecho el Tribunal de Justicia admitirá la prueba por presunciones e indicios: "*Habida cuenta de las dificultades inherentes a la demostración de la existencia de una pérdida de oportunidad, debe declararse que un mecanismo de presunción que tiene por objeto garantizar al trabajador que ha sufrido, debido al uso abusivo de sucesivos contratos de duración determinada, una pérdida de oportunidades de empleo la posibilidad de eliminar las consecuencias de tal infracción del Derecho de la Unión puede satisfacer el requisito de efectividad.*"

para establecer cualquier medida que no sea eficaz y disuasoria para reaccionar a los incumplimientos de la Directiva.

Por último, sin duda alguna el pronunciamiento con más trascendencia de las Conclusiones es el relativo a que el Derecho europeo no confiere a los Jueces y Tribunales nacionales la potestad de transformar en fijas las relaciones temporales objeto de abuso en el sector público. La fundamentación de esta conclusión es un poco confusa al invocar la eficacia de los procesos selectivos, aunque también implícitamente la igualdad al participar o no en los procesos selectivos y la no diferenciación del abuso padecido. Explícitamente no menciona -como sí hicieron otros Abogados Generales- la singularidad institucional de la Función Pública y los principios que la conforman, que constituirían bienes jurídicos cuya ponderación permite -más aún, exige- una regulación específica a la hora establecer los medios para prevenir y sancionar los abusos. El Tribunal de Justicia ha sido consciente de esta singularidad institucional de la Función Pública a la hora de delimitar el alcance de la Directiva 1999/70 para adecuar su objetivo de evitar y sancionar abusos en las condiciones de trabajo y en la temporalidad de las relaciones de duración determinada. Pero una cosa es adecuar los medios y otra abdicar de los objetivos de protección

#### 5.4. Límites europeos a la transformación.

##### 5.4.1. Ausencia de eficacia directa de la posibilidad de transformación de las relaciones temporales en fijas.

La mención en la Directiva europea de la transformación en "indefinida" (o fija) de las relaciones temporales objeto de abuso en su duración carece de eficacia directa, por lo que el incumplimiento de los Estados de aquella al prever mecanismos de respuesta a los abusos que se puedan producir no permite a los Jueces y Tribunales llevar a cabo esa transformación. Tampoco cabe dotar indirectamente de tal eficacia directa a esa previsión por considerar que no existe otra medida adecuada en el Ordenamiento interno.

##### 5.4.2. Incompatibilidad con el Derecho europeo de la prohibición interna de transformación.

También se ha planteado la incompatibilidad con el Derecho europeo de la prohibición interna de transformación, lo que facultaría a los Jueces y Tribunales a inaplicar la norma que impide dicha transformación, independientemente del rango constitucional o legal de aquella. Este argumento se refutaría por lo erróneo de la premisa, pues la prohibición interna de transformación no es contraria formalmente a ninguna obligación derivada del Derecho europeo, pues éste en ningún caso impone de forma vinculante esta transformación, permitiendo a los Estados que establezcan cualquier otra medida reactiva que resulte eficaz y disuasoria.



#### 5.4.3. Aplicación de la transformación en el sector público por equivalencia con el sector privado.

Ante la constatación de la ausencia de medidas disuasorias y eficaces que sancionen los abusos en la sucesión de nombramientos de funcionarios temporales, los Jueces y Tribunales estarían obligados y facultados para identificar en el Derecho interno una medida disuasoria y eficaz que, aunque prevista para situaciones internas, sea aplicable al supuesto europeo (principio de equivalencia). De esta manera, como el Ordenamiento jurídico-laboral contempla una medida eficaz y disuasoria -más aún, la más disuasoria frente a la Administración y las más eficaz para proteger a los trabajadores-, a saber, la transformación en fija de la relación temporal como consecuencia del abuso, los Jueces y Tribunales, constatado que el Derecho de la Función Pública no recoge medidas adecuadas para reaccionar a los abusos, podrían y deberán trasladar tal solución de transformación a los abusos padecidos por los funcionarios temporales.

Este argumento invoca el principio de equivalencia. En virtud de éste, siempre que no exista regulación europea sobre la ejecución del Derecho de la Unión o normativa nacional específica que establezca el régimen jurídico interno de dicha ejecución, el principio de equivalencia exigirá que se aplique a la ejecución de las normas europeas el Derecho nacional establecido con carácter general para regular la ejecución del Derecho interno<sup>44</sup>. El principio de equivalencia se caracteriza por su engañosa apariencia de facilidad en su aplicación pues el problema no radica en sus consecuencias sino en sus presupuestos, en tanto en cuanto es preciso que se dé una similitud entre las situaciones europea y nacional, desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales, a efectos de llevar a cabo un juicio de equivalencia. Lo cual, en ocasiones, no resulta evidente y, en muchas ocasiones, posible.

En el caso que nos ocupa, la semejanza de situaciones en caso de abuso entre los trabajadores laborales y los funcionarios temporales presenta una radical diferencia que impide colmar la laguna jurídico-administrativa con una interpretación analógica de la norma laboral. Radical diferencia que estribaría en la ausencia de identidad de razón en lo que respecta a los elementos esenciales de constitución de la relación que, existiendo en la relación laboral privada, en la relación funcional exigen un procedimiento administrativo previo que articule los principios de igualdad y de mérito por lo que una eventual transformación de dicha relación no sería posible ante la ausencia de dicho procedimiento administrativo, el cual se erige como un elemento constitutivo esencial sin el cual, por tanto, no es posible transformar la relación.

También cabría discutir que en el Derecho de la Función Pública se pueda considerar como laguna jurídica la ausencia de previsión de transformación de relación

---

<sup>44</sup> *ÖBB Personenverkehr*, 28 enero 2015 (C-417/13), n. 74.

temporal en fija en casos de abuso en la utilización sucesiva de nombramientos. Siendo el Derecho Administrativo, en general, y el Derecho de la Función Pública, en particular, un Ordenamiento específico de la Administración, diferente al Ordenamiento que regula las relaciones laborales privadas, respondiendo ambos a principios estructurales diversos, la eventual ausencia de una institución o técnica jurídica en el Derecho de la Función Pública, que en cambio pueda existir en el Derecho del Trabajo, no significa que el Legislador de aquel haya dejado, por omisión, de regular o prever dicha institución o técnica jurídica, sino que normalmente implicará que no la considera oportuna o adecuada para la relación de servicio que se regula por el Ordenamiento jurídico-administrativo.

Por tanto, el principio de equivalencia no permitiría que la solución que el Derecho interno prevé para sancionar abusos en la contratación laboral temporal se extienda a los casos de abuso en los nombramientos funcionariales temporales, por la falta de semejanza de situaciones.

#### 5.4.4. Efectividad de la Directiva e interpretación conforme.

Ante la imposibilidad formal de aplicar el principio de equivalencia, se podría recurrir al otro principio ejecutivo que limita la autonomía de los Estados al regular y aplicar el Derecho europeo: el principio de efectividad. Partiendo de la normativa nacional, el principio de efectividad exige que aquella normativa nacional ni impida ni dificulte excesivamente la eficacia del Derecho europeo. A tal fin, el principio de efectividad exige la máxima potenciación del principio de interpretación conforme para que los Jueces y Tribunales puedan extraer del conjunto del Ordenamiento nacional la modalidad ejecutiva más adecuada para obtener los resultados perseguidos por el acto europeo. Y con más alcance aún que en el ámbito del principio de equivalencia, el Tribunal de Justicia procederá a interpretar el Derecho nacional para proporcionar a los Jueces nacionales parámetros desde los cuales no ya cohonstar las eventuales contradicciones entre ambos Ordenamientos sino incluso identificar la solución aplicativa interna que permita a la norma nacional desplegar efectos de la mejor manera posible.

En relación con la Directiva 1999/70, el principio de efectividad exigiría identificar las medidas existentes en el Derecho interno para conseguir que los objetivos de aquella se alcancen. Concretamente, deducir del Ordenamiento interno aquellas técnicas o soluciones más eficaces para sancionar los abusos que se produzcan al constatar una utilización sucesiva de nombramientos funcionariales temporales. De esta manera, se aplicarían los medios o instrumentos para alcanzar los resultados queridos por la Directiva. Por ello, el principio de efectividad es un principio de resultados.

De esta característica de obligación de resultado que impondría el principio de efectividad, se derivaría la consecuencia de reconocer a los Jueces y Tribunales, una

vez concluido –implícita o explícitamente– que una norma nacional impide o dificulta excesivamente a la disposición europea desplegar sus efectos, ya sea por la regulación que hace o por la falta de ella, la facultad de adoptar decisiones positivas que permitan la eficacia del acto europeo. Esta aproximación positiva al papel de los Jueces y Tribunales ha terminado por erigirse en un corolario autónomo del principio de efectividad, consagrando el principio de tutela judicial efectiva.

Para aplicar este principio de efectividad los Jueces y Tribunales deben potenciar la interpretación conforme del Ordenamiento interno, en virtud del cual los órganos administrativos o judiciales de los Estados miembros encargados de la aplicación del Derecho europeo, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, deben ejercer sus competencias de tal manera que garanticen la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución adecuada al perseguido por éste<sup>45</sup>.

Esta obligación de interpretación conforme se ha construido sobre la base de los poderes de los jueces ante el incumplimiento de transposición de las Directivas, si bien constituye un principio que obliga a todos los poderes públicos, también a la Administración, en su función de ejecución y aplicación del Derecho europeo y sobre la que igualmente pesa el imperativo de primacía del Derecho europeo, teniendo obviamente en cuenta que sus potestades difieren cualitativamente de las de aquellos y, por tanto, las consecuencias que se pueden derivar del juicio de conformidad del Ordenamiento nacional con el europeo.

En cuanto al alcance de este principio, podemos advertir dos facetas: una negativa y otra positiva. Negativamente, la interpretación conforme se encamina a evitar que se llegue a la conclusión de la incompatibilidad entre normas de los dos Ordenamientos, con la subsiguiente activación de las técnicas oportunas (inaplicación de leyes nacionales<sup>46</sup>, invalidez de normas o actos administrativos nacionales, etc.). Positivamente, el principio impone un mandato al órgano que aplica el Derecho europeo para que la efectividad de éste se vea alcanzada utilizando todo el Ordenamiento nacional necesario. En el fondo, ambas facetas no son sino el haz y el envés de una misma obligación, pues la necesidad de utilizar todos los medios del Ordenamiento nacional para conseguir la efectividad máxima del Derecho europeo no hace sino evitar que se pueda llegar a constatar un incumplimiento del Ordenamiento nacional por no prever y disponer de los medios imprescindibles para ejecutar la norma europea.

En cualquier caso, la efectividad que condiciona la obligación de interpretación conforme no impide reconocer límites a la misma en los principios generales del

---

<sup>45</sup> *Klausner*, 11 noviembre 2015 (C-505/14), n. 34.

<sup>46</sup> Así, según el Tribunal de Justicia, “la cuestión de si ha de excluirse la aplicación de una disposición nacional, en la medida en que sea contraria al Derecho de la Unión, sólo se plantea si no es posible una interpretación conforme de tal disposición”: *Domínguez*, 24 enero 2012 (C-282/10), n. 24.

Derecho y en la prohibición de interpretaciones *contra legem*<sup>47</sup>, como sería el caso de, en aras de la efectividad de la Directiva 1999/70, transformar las relaciones funcionariales temporales en fijas como medida sancionadora a los abusos en la sucesión de nombramientos, cuando el Ordenamiento interno no permiten esa transformación al exigir el respecto de los principios de igualdad y de mérito, articulados a través de un proceso selectivo.

5.4.5. Ponderación de las características de la Función Pública a efectos de adecuar los medios encaminados a la consecución de los objetivos de la Directiva 1999/70.

Aunque la Directiva 1999/70 no menciona explícitamente ni a las Administraciones Públicas ni a los trabajadores del sector público y utiliza, en cambio, una terminología eminentemente genuina del sector privado, el Tribunal de Justicia ha afirmado sin ambages que tal Directiva se aplica igualmente a la Función Pública.

No obstante, reconocerá la necesidad de adecuar los medios encaminados a la consecución de los objetivos de la Directiva a las peculiaridades del sector público, lo cual será resultado de una ponderación entre los intereses públicos y las características institucionales de las Administraciones Públicas, como los principios de igualdad y de mérito y capacidad que rigen, en particular, el ingreso en la Función Pública, así como las exigencias estructurales de imparcialidad, eficacia e independencia que implican un mayor grado de permanencia y estabilidad en la relación de servicio.

Así lo evidencia, por ejemplo, la sentencia *Ayovi*<sup>48</sup>, donde el Tribunal de Justicia – contra el criterio de la Abogada General KOKOTT – entiende justificado el tratamiento diferente que el art. 96.2 del TREBEP depara a los despidos del personal laboral considerados posteriormente improcedentes, en tanto en cuanto la readmisión sólo se aplica al personal laboral fijo y no al indefinido no fijo (por tanto, temporal). Para el Tribunal de Justicia, esta diferencia de trato encontraría justificación en "características del Derecho de la función pública nacional", pues "consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Estas consideraciones, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente. Por consiguiente, es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos".

---

<sup>47</sup> *Impact*, 15 abril 2008 (C-268/06), *Rec. p.* I-2483, n. 100.

<sup>48</sup> *Ayovi*, de 25 de julio de 2018 (C-96/17).



Igualmente rotunda fue la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Motter*<sup>49</sup>, al considerar que “no cabe considerar que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que solo toma en consideración como máximo las dos terceras partes de la antigüedad de más de cuatro años adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, sobrepase lo necesario para ajustarse a los objetivos previamente examinados y alcanzar un equilibrio entre los intereses legítimos de los trabajadores con contrato de duración determinada y los de los trabajadores fijos, respetando los valores meritocráticos y las consideraciones de imparcialidad y de eficacia de la administración en que se basa la selección de funcionarios mediante oposición”.

De esta manera, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de equilibrar el carácter tuitivo que informa los objetivos de la Directiva, ponderando –que no supeditando– los intereses públicos con los intereses privados de los empleados. Por ello, las medidas que se adopten en el sector público para sancionar los abusos en la sucesión de relaciones no tienen por qué ir inevitablemente encaminadas a resarcir o compensar al funcionario temporal afectado, ya sea económicamente en forma de indemnización por daños o a tanto alzado, ya en especie transformando su relación en fija (*Santoro*). Tal resarcimiento o compensación se deberá articular a través de la responsabilidad que genera la vulneración de los derechos que el Ordenamiento europeo atribuye al funcionario temporal en cuanto que trabajador. Pero el Tribunal de Justicia entendería que es necesario tener en cuenta las “características del Derecho de la función pública nacional” a la hora de respetar que el ingreso en la Administración a título fijo se haga a través de los procedimientos que salvaguarden aquellas características.

## 5.5. Límites internos a la transformación: principios constitucionales del sistema de Función Pública.

### 5.5.1. Imposibilidad de soslayar el procedimiento administrativo que articule los principios constitucionales de igualdad y de mérito. Figuras alternativas a la transformación en funcionario de carrera.

El acceso a la Función Pública, en calidad de funcionario de carrera, viene regido por los principios constitucionales de igualdad y de mérito y capacidad, que se articulan legislativamente a través de procedimientos administrativos selectivos. Es imposible devenir funcionario de carrera sin la participación en dicho procedimiento en el que, por un lado, se debe constatar la capacidad general para realizar las funciones abstractas de un funcionario de carrera y la capacidad específica para desempeñar las funciones concretas y propias del Cuerpo al que se accedería y, por otro, se debe probar el mayor mérito para el acceso respecto al resto de candidatos, en la medida en

---

<sup>49</sup> *Motter*, 20 septiembre 2018 (C-466/17).

que sólo se admite el mérito como el criterio diferenciador de los ciudadanos para acceder a los puestos públicos.

La posibilidad de convertirse en funcionario de carrera como consecuencia de haber padecido abuso en la sucesión de nombramientos funcionariales temporales no está contemplada en el Derecho de la Función Pública española. A lo más que se ha llegado, invocando instituciones como la desviación de poder y el fraude de ley, es a anular los ceses de funcionarios temporales objeto de abuso cuando no obedecían a las circunstancias objetivas de provisión definitiva y reglamentaria de la plaza o amortización de la misma, pues cuando se ha constatado el abuso por sucesión de nombramientos que denote la existencia de necesidades permanentes y no temporales, no cabe alegar posteriormente el fin de la temporalidad de la causa de nombramiento. De esta manera, se limitan las posibilidades para la Administración de poner fin a la relación funcional temporal, dotando de una estabilidad relativa a dicha relación. Ciertamente, el cese continuará siendo discrecional, en tanto en cuanto tanto la amortización de la plaza como su ocupación de forma definitiva depende de su potestad de autoorganización, pero ambas posibilidades deberán estar debidamente motivadas y realizarse conforme a los correspondientes procedimientos administrativos.

Esta estabilidad relativa de los funcionarios temporales, que responde en gran medida al estatus jurídico-administrativo creado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de septiembre de 2018, presenta una mayor importancia cuando los funcionarios temporales no ocupan plaza de plantilla, pues en tales casos su régimen jurídico no les garantiza que su relación sólo cesa por provisión reglamentaria de la plaza o por amortización de ésta. Por tanto, se trata, en el régimen general de Función Pública, de los supuestos de funcionarios interinos por programa o por acumulación de tareas y, en el régimen especial de la Función Pública sanitaria, de los eventuales sanitarios, clase ésta que por su volumen ha dado lugar a numerosa conflictividad y ha propiciado pronunciamientos clave del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, los Tribunales han arbitrado soluciones variadas que han pasado incluso por la imposición a la Administración de la obligación de la creación de la plaza de plantilla para reconocer esa estabilidad relativa que es consecuencia del abuso en los nombramientos sucesivos porque subyacen necesidades estructurales en la relación.

Ya se ha explicado más arriba que incluso el Derecho europeo distinguiría una doble dimensión en el abuso: el subjetivo, en cuanto perjuicio que padece el trabajador; y el objetivo, en cuanto que incumplimiento de la Directiva. En el ámbito interno, cabría hacer una diferenciación semejante, de manera que el abuso subjetivo se resarza a través del instituto de la responsabilidad administrativa, pero no institucionalmente a través de la modulación o excepción de los principios de igualdad o de mérito y capacidad.

Así ocurriría si se organizaran *procesos selectivos restringidos* en los que sólo pudieran participar los funcionarios temporales objeto de abuso en la sucesión de sus nombramientos. La excepcionalidad con la que el Tribunal Constitucional ha justificado ocasionalmente estas pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero) no exime siquiera de la organización y realización de las mismas y de la imprescindible acreditación del mérito para acceder a la Función Pública<sup>50</sup>, por lo que -incluso si se arribara a la existencia de esa necesidad excepcional por la situación generada- en ningún caso podría prescindirse del correspondiente procedimiento selectivo.

#### 5.5.2. ¿Convalidación del procedimiento selectivo que dio origen a la relación funcional temporal?

Cabría preguntarse, asimismo y a efectos de una transformación automática en funcionarios de carrera, sobre la posibilidad de considerar como tal procedimiento selectivo el que en su día superaron los funcionarios interinos para poder ser tales. Hay que partir de la obviedad de que el funcionario interino es tal por no haber superado precisamente un proceso selectivo encaminado al ingreso en la Función Pública en calidad de funcionario de carrera, bien por no haber participado en uno con tal objeto sino en uno dirigido al nombramiento o a la constitución de bolsas de funcionarios interinos, bien por haber participado en un proceso selectivo de ingreso como funcionario de carrera pero no haber alcanzado competitivamente el nivel de mérito suficiente y haber engrosado una lista de funcionario temporal así prevista en la convocatoria.

Todas esas vías, directas o indirectas, para devenir funcionario temporal estaban previa y públicamente establecidas con tal objeto. Modificar a posteriori la eficacia y el alcance de esos procedimientos podría vulnerar la seguridad jurídica y la igualdad de oportunidades en el acceso del resto de ciudadanos que no participaron en los procesos. Como señalara el Tribunal Supremo respecto a los Jueces sustitutos -temporales- objeto de abuso en sus nombramientos, el reconocimiento como «indefinida» de la relación temporal supone el ingreso en la Función Pública. Sin embargo, el acceso a ésta tiene un «estatuto constitucional» que «no puede ser obviado por los incumplimientos que puedan haberse producido en nombramientos temporales» (en el caso en cuestión, Jueces sustitutos y Magistrados suplentes). Ello supondría la vulneración de la igualdad, pues «si se permitiera el acceso a la carrera judicial a través de unos mecanismos que, además de no estar previstos en la ley (orgánica en este caso), no fueran ofrecidos con carácter general a la totalidad de

---

<sup>50</sup> «La previsión legal de pruebas específicas para consolidar una situación precaria precedente no puede ser entendida, a la luz de los arts. 23.2 y 103.3 C.E., como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad, requisitos constitucionales que no impiden el reconocimiento o evaluación del mérito consistente en el tiempo efectivo de servicios, pero que en ningún caso puede convertir a ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente, al tener que respetarse en todo caso, también para los interinos y contratados, los principios constitucionales de mérito y capacidad» (STC 27/1991, de 14 de febrero).

personas que, sabedoras de que las consecuencias del desempeño de funciones como juez sustituto o magistrado suplente habría sido la integración en la carrera judicial, podrían haber tenido interés en participar en los procesos convocados para dichos nombramientos<sup>51</sup>».

Pero tampoco podría no ser respetuoso con el principio de mérito, por cuanto los procedimientos de selección de personal temporal son menos exigentes en los estándares que se establecen respecto a los de los funcionarios de carrera, aunque la heterogeneidad de situaciones hace difícil una generalización, pues se dan casos de procesos selectivos de personal temporal muy exigentes y otros en los que prácticamente no existe ni exigencia ni proceso.

Podría alegarse -como de hecho se hace- que el tiempo de servicios prestado es prueba suficiente y contrastada de la capacidad para el desempeño de las funciones. Ciertamente ello se puede presumir, aunque falten procedimientos de evaluación de dicho desempeño que certifiquen el nivel de capacidad y de mérito del funcionario temporal. Pero en cualquier caso, aunque la capacidad pudiera admitirse, la asunción sin más del mérito por los servicios prestados durante el tiempo de la relación resulta problemática. Y es que el mérito no es un concepto absoluto -predicable y verificable exclusivamente respecto al interesado- sino relativo -por su valoración concurrencial respecto al resto de candidatos-, de ahí que la apreciación del mérito no consista en que si un candidato lo tiene sino si lo tiene más y mejor en relación con los demás.

Además de no deformar el concepto de mérito, incluyendo en el mismo el abuso, que es un daño o perjuicio causado por la Administración y padecido por el funcionario, pero no el resultado de la combinación de talento potencial y esfuerzo real debidamente acreditados a través de títulos y pruebas oficiales<sup>52</sup>, lo cierto es que el sistema de Función Pública sí tiene en cuenta -y es justo que así lo haga- el tiempo de servicios prestados durante la relación temporal objeto de abuso a través de la modalidad del concurso-oposición. Sería conveniente que, aparte de la siempre compleja proporcionalidad del peso de la fase de concurso respecto a la de oposición, la valoración de los méritos se diseñe de tal manera que la extensa duración de las relaciones temporales se puede hacer valer de forma efectiva, sin que se alcance el tope de puntuación por experiencia o servicios prestados con pocos años.

### 5.5.3. Transformación en funcionario de carrera *de facto* pero no *de iure*.

Otra de las posibilidades -siempre incompletas- es que los funcionarios interinos objeto de abuso en la sucesión de sus relaciones vean reconocida una posición jurídica

---

<sup>51</sup> STS de 13 de marzo de 2017 y de 19 de febrero de 2015.

<sup>52</sup> Sobre el concepto y contenido del mérito como principio institucional de la Función Pública, Vid. FUENTETAJA, J.: “Igualdad y mérito como principios estructurales de la Función Pública” en *Carta Iberoamericana de la Función Pública. Realidades tangibles y promesas incumplidas*, Universidad Externado de Colombia, 2019.



homologable en su contenido a la de los funcionarios de carrera, obviando la imposibilidad de transformación jurídica.

De alguna manera es lo que pretendía el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid que planteó las cuestiones prejudiciales en el asunto *Sánchez Ruíz*, al preguntar al Tribunal de Justicia: "En el caso de abuso en la relación temporal sucesiva, la conversión de la relación estatutaria temporal interina en una relación indefinida o fija, la misma ¿puede entenderse que solo cumple con los objetivos de la [Directiva 1999/70] y su Acuerdo Marco, cuando el empleado estatutario temporal que ha sufrido el abuso goza de las mismas e idénticas condiciones de trabajo con respecto al personal estatutario fijo (en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos, derechos pasivos, y cese en los puestos de trabajo, así [como] participación en los concursos convocados para la provisión de vacantes y la promoción profesional) bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los informáticos estatutarios fijos?"

De esta manera se combinarían los dos objetivos de la Directiva de evitar abusos en las relaciones temporales tanto respecto a su contenido (condiciones de empleo) como respecto a su duración. La medida sancionadora por el abuso en la sucesión de relaciones temporales vendría dada por el reconocimiento de un estatus jurídico idéntico al de los funcionarios de carrera en sus derechos, incluida la permanencia e inamovilidad. Se enriquecería cualitativamente la posición jurídico-administrativa indefinida no fija (o del llamado funcionario interino indefinido), que no sólo se caracterizaría por la estabilidad relativa que le proporciona no poder ser cesado salvo por provisión reglamentaria de la plaza o por amortización de la misma sino también por la completa equiparación de condiciones de trabajo entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera, más allá incluso de lo que "*sea adecuado a la naturaleza de su condición*" (art. 10.5 TREBEP), pues se reconocerían derechos no por ser lo adecuado a la naturaleza de su condición (temporal) sino para sancionar el abuso padecido. En suma, funcionarios *de facto*, pero no *de iure*.

Esta construcción recuerda a la construcción de la jurisprudencia constitucional del «interino de larga duración», en la que el Tribunal Constitucional procedía a intensificar el régimen jurídico de aquellos funcionarios interinos cuya relación se prolongaba más allá de un umbral temporal que aquel mismo cifró en los cinco años<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Eufemística e intrínsecamente contradictoria figura la del «funcionario interino de larga duración», cuya razón de ser es el reconocimiento de más derechos a los funcionarios interinos en cuestión, al intensificar su régimen jurídico en la medida en que se consideraría que le serían de aplicación más contenidos del régimen jurídico de los funcionarios de carrera como consecuencia de la extensión temporal de la relación. Así, por ejemplo, se reconoció a estos funcionarios interinos «de larga duración» la posibilidad de disfrutar de excedencias (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre y 203/2000, de 29 de julio, comentadas adecuadamente por CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo» en *RAP*, n.º 176, 2008, pp. 161-197.);

Bien es cierto que esta singular categoría del «interino de larga duración» la construye el Tribunal Constitucional no sólo como consecuencia al abuso en la temporalidad de la relación sino también por la presencia en juego de otros bienes constitucionales que considera igualmente protegibles (por ejemplo, la protección de la familia). No es por tanto –al menos en su origen– una finalidad en sí misma de igualdad de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, ni siquiera un criterio de prohibición de discriminación por razón de la temporalidad de la relación. Y prueba de ello es que sólo respecto a los «interinos de larga duración» se verifica en la práctica esa equiparación de regímenes donde haya bienes constitucionales en juego, permaneciendo el resto de los interinos con un régimen jurídico que puede albergar diferenciaciones de trato. Por tanto, desde la perspectiva del Derecho europeo, la categoría del «interino de larga duración» resulta contradictoria en relación con los objetivos de la Directiva 1999/70, pues aunque tenga como finalidad la sanción de los abusos en la sucesión o duración de los nombramientos temporales, implica una discriminación en el seno de estos. Por ello, no constituye una respuesta adecuada, ni en su fundamento ni en su alcance, a los abusos en los nombramientos temporales de empleados públicos sometidos al Derecho Administrativo.

En cualquier caso, esta interpretación flexible y generosa de las condiciones que se podrían reconocer a los funcionarios temporales objetos de abuso en la sucesión de sus nombramientos vulnera abiertamente el marco jurídico actual, no sólo el legal (art. 10.5 TREBEP) sino el constitucional, pues supondría un “fraude de Constitución” al reconocer un mecanismo fáctico de ingreso permanente en la Función Pública, algo a lo que ni el Derecho europeo impele, como hemos visto más arriba.

6. Conclusión: La transformación automática de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera ni es impuesta por el Derecho europeo ni es amparada por el Derecho interno de la Función Pública.

El Derecho europeo no exige una medida concreta para sancionar jurídicamente los abusos en la sucesión de relaciones temporales, si bien, al mencionar ejemplificativamente la transformación en indefinidas de aquellas relaciones, ha inducido a los Tribunales a pensar que tal debe ser la solución preferente, soslayando, si fuera necesario, el marco normativo e institucional interno. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado el alcance de esa obligación de establecer medidas que reacciones a los abusos en la sucesión de relaciones temporales, descartando que ni siquiera la protección más amplia que constituye la transformación en fija de la relación deba ser compensada, de descartarse en el ámbito público, con una indemnización que resarza al empleado objeto de abuso por los perjuicios que tal abuso le haya causado. Incluso ante la falta de medidas diferentes a la transformación que pudieran considerarse efectivas y disuasorias para sancionar los abusos cabría dotar de eficacia

directa a la mención de la transformación en la Directiva 1999/70. Finalmente, los límites de los principios de equivalencia (para intentar extender al ámbito público la sanción prevista al abuso en el ámbito privado) y de efectividad (al no amparar interpretaciones *contra legem* del Ordenamiento interno) no permiten soslayar los límites del Derecho interno a la transformación automática de las relaciones funcionariales interinas por mucho que se constate un uso abusivo de las mismas.

Ciertamente las propuestas y argumentaciones que se realizan desde diferentes ámbitos (Tribunales internos, Abogados Generales, colectivos implicados) se encuentran en ocasiones imbuidas más por encontrar soluciones de justicia singulares ante patentes casos de abuso por la Administración que por formular doctrinas coherentes en el seno de los principios del sistema de Función Pública. Por ello, la refutación teórica de la hipótesis que se planteaba en este trabajo no puede ni ocultar ni justificar el problema de la temporalidad en el empleo público, que no sólo perjudica a los propios funcionarios temporales objeto de abuso sino también a la adecuada prestación de los servicios públicos, obligando a replantearse y reformar tanto el marco jurídico como la gestión administrativa de los funcionarios temporales.