

LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS ANTE EL DERECHO EUROPEO: ENTRE LA TRANSFORMACIÓN EN FUNCIONARIOS DE CARRERA Y EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN

JESÚS FUENTETAJA¹
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Cómo citar/Citation

Fuentetaja, J. (2020).

La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización.

Revista de Administración Pública, 212, 201-230.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.07>

Resumen

El abuso en la utilización de los funcionarios interinos por la sucesión o excesiva duración de su relación ha sido considerada contraria al derecho europeo (Directiva 1999/70). Sin embargo, el derecho español carece de medidas adecuadas para sancionar esos abusos, pues el Tribunal de Justicia ha valorado negativamente los procesos de consolidación o estabilización o la transformación en indefinidas —no fijas— de los funcionarios interinos. Por ello, aunque se ha considerado que el derecho europeo exigiría o la transformación de los funcionarios interinos en fijos (funcionarios de carrera) o el reconocimiento de un derecho a indemnización, lo cierto es que del derecho europeo no se deriva ni la transformación ni el citado derecho.

¹ El presente trabajo se basa parcialmente en la ponencia presentada en el Seminario de Relaciones Colectivas, organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, en Barcelona en octubre de 2019.

Palabras clave

Funcionario interino; funcionario de carrera; Directiva 1999/70; transformación; consolidación; estabilización; indemnización.

Abstract

The abusive use of interim civil servants by the succession or excessive duration of their appointments has been considered contrary to European law (Directive 1999/70). However, Spanish law lacks adequate measures to punish these abuses, since the Court of Justice has negatively assessed on both the processes of consolidation or stabilization and the conversion into indefinite—but not permanent—the interim officials' appointments. Therefore, although it has been considered that European law would require either converting interim officials into permanent (career officials) or recognizing a right to a compensation, the truth is that neither this conversion nor the aforementioned right derives from the Directive 1999/70.

Keywords

Interim civil servant; Directive 1999/70; permanent civil servant; consolidation; stabilization; compensation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PREMISAS DE DERECHO EUROPEO: PRINCIPIOS DE EJECUCIÓN Y ALCANCE DE LA DIRECTIVA 1999/70 RESPECTO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS OBJETO DE ABUSOS EN LA DURACIÓN DE SU RELACIÓN: ¿INDEFINIDOS O FIJOS?: 1. La jurisprudencia europea sobre la transformación en fijas de las relaciones temporales. 2. La transformación de las relaciones funcionariales interinas desde el derecho español. 3. La transformación en indefinidas de las relaciones funcionariales interinas. 4. La transformación en «fijos» (funcionarios de carrera) de los funcionarios interinos objeto de abuso: 4.1. *La inidoneidad de las medidas sancionadoras propuestas legal y jurisprudencialmente*: 4.1.1. *La inadecuación de los procesos de consolidación*. 4.1.2. *La insatisfacción de la figura o posición del funcionario interino indefinido*. 4.2. *Limitaciones a la transformación en fijas de las relaciones funcionariales interinas desde el derecho europeo*: 4.2.1. *Ausencia de cualquier eficacia directa del art. 5 de la Directiva 1999/70*. 4.2.2. *Transformación en el sector público por equivalencia con el sector privado*. 4.2.3. *Transformación como mayor efectividad de la Directiva 1999/70*. IV. EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS OBJETO DE ABUSO: 1. El derecho a indemnización por cese de la relación funcionarial interina. 2. El derecho a indemnización en cuanto que sanción al abuso padecido por los funcionarios interinos: 2.1. *El derecho a indemnización a título de sanción jurídica al abuso*. 2.2. *El derecho a indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración*. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La situación de abuso² de las relaciones funcionariales interinas³ —tanto por la excesiva duración de las mismas como por recurrir a funcionarios temporales para subvenir necesidades permanentes— es conocida y, casi podríamos decir, consentida en nuestras Administraciones públicas, como una característica sin duda anómala del funcionamiento del sistema de empleo público, pero que el ordenamiento solo parcial y tímidamente ha querido afrontar, a pesar de las reivindicaciones de los afectados y de las reacciones singulares de los tribunales. La hipocresía institucionalizada llega al punto de entender tácitamente que dicho abuso es inevitable, se diría que estructural, tanto por los que lo padecen (que pueden prestar servicios profesionales de manera estable sin superar los procesos de selección debidos y, llegado el caso, hacer valer esos servicios en espasmódicos procesos de estabilización) como por quienes lo provocan, en particular las Administraciones al amparo de un deficiente ordenamiento jurídico, carente, como decimos, de medidas que impidan efectivamente el enquistamiento de la temporalidad de las relaciones funcionariales.

² La Directiva 1999/70 considera abuso la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, lo que incluye una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo [*Sánchez Ruiz*, 19 de marzo de 2020 (C103/18 y C429/18)]. En última instancia, el uso abusivo se caracteriza por recurrir a relaciones temporales para subvenir necesidades permanentes [*Angelidaki e.a.*, 23 de abril de 2009 (C-378/07); *Márquez Somohano*, 13 de marzo de 2014 (C-190/13); *Pérez López*, 14 de septiembre de 2016 (C-16/15)]. Véase al respecto, M. Sánchez Morón, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi 2020, págs. 121 y ss., quien destaca que el “abuso” constituye un concepto jurídico de Derecho europeo del que se derivan consecuencias jurídicas.

³ El término «funcionario interino» permite precisar una clase de personal concreta regulada en el art. 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. 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 (regulado por el Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), colectivo numeroso de gran importancia incluso por haber propiciado un contencioso fecundo para el establecimiento de la doctrina judicial sobre la materia.

Sin embargo, el marco jurídico de las relaciones temporales funcionariales se ha visto sacudido por el derecho europeo a través de 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 originado⁴. Dos respuestas al abuso se han pretendido deducir de este impacto del derecho europeo y que, conforme a los parámetros del derecho de la función pública español, hasta ahora podían considerarse extravagantes: la transformación en fijas de las relaciones funcionariales temporales objeto de abuso y el derecho a indemnización por padecer éste.

La conflictividad judicial en los tribunales ha trascendido el ámbito interno por cuanto estos han cuestionado prejudicialmente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el derecho de la función pública español permite responder a las situaciones abusivas constatadas. Una de las singularidades de estas cuestiones prejudiciales es que han pretendido intencionadamente desbordar el ordenamiento interno al amparo del derecho europeo, conscientes de que aquel no establece mecanismos sancionadores a los abusos, para lo cual no solo han llevado a cabo una lectura reduccionista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino que también han intentado forzar a este a declarar consecuencias jurídicas que ni le corresponde concluir ni el ordenamiento positivo interno prevé. Resulta, pues, imprescindible delimitar claramente el contenido y alcance de la jurisprudencia europea sobre la cuestión, para esclarecer lo que se deriva necesariamente de ella y lo que, en cambio, constituye margen interno de apreciación del derecho español. Esto permitirá abordar el problema con rigor, contemplando las diferentes alternativas posibles y evitando generar infundadas expectativas a los afectados.

II. PREMISAS DE DERECHO EUROPEO: PRINCIPIOS DE EJECUCIÓN Y ALCANCE DE LA DIRECTIVA 1999/70 RESPECTO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La ejecución del derecho europeo por 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

⁴ Sobre el inesperado impacto del derecho de la Unión Europea en la Función Pública española, J. Fuentetaja (2018), *Función Pública y Derecho europeo*, Thomson Reuters Civitas.

regulación ejecutiva del derecho interno (principio de efectividad)⁵. 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 este.

En lo que respecta a la Directiva 1999/70 y su alcance respecto a los abusos en las Administraciones públicas, 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 adopten 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 que pueden utilizar los Estados, pudiendo estos 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 este 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.

⁵ Sobre la ejecución indirecta del derecho europeo y los principios que la informan, X. Arzoz (2013), «La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea. Mito o realidad», *Revista de Administración Pública*, 191, págs. 159-197; D. Sarmiento (2016), *El Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons (págs. 423-424).

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.

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, este 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»⁶.

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). Aunque también el reconocimiento de un derecho a indemnización por los abusos padecidos es previsto en algún Estado (Italia), lo que ha propiciado pronunciamientos prejudiciales del Tribunal de Justicia a los que se ha querido indebidamente otorgar alcance general.

III. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS OBJETO DE ABUSOS EN LA DURACIÓN DE SU RELACIÓN: ¿INDEFINIDOS O FIJOS?

1. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE LA TRANSFORMACIÓN EN FIJAS DE LAS RELACIONES TEMPORALES

Ya antes de abordar esta medida respecto al derecho español en la reciente sentencia *Sánchez Ruiz* (marzo de 2020), el Tribunal de Justicia había 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 determinada⁷, pudiendo establecer esa conversión solo para las relaciones laborales en las que el empleador tiene naturaleza privada. Más significativamente, había 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

⁶ *Marrosu y Sardino*, 7 septiembre 2006 (C-53/04), *Rec.* pág. I-7231, n. 48.

⁷ *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C-212/04), *Rec.*, pág. I-6057, n. 91.

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 sociales⁸.

De esta manera la jurisprudencia europea admitía ya no solo que sector privado y sector público se sometieran a regímenes jurídicos diferentes⁹ para prevenir y sancionar la utilización abusiva de relaciones de trabajo de duración temporal, sino que también amparaba que la medida concreta de conversión de las relaciones temporales en definitivas no se aplique cuando se trate de Administraciones públicas. 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 determinada¹⁰.

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 determinada¹¹. Así, no consideraría conforme al 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 contrataciones¹². 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 temporal¹³. 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.

2. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS RELACIONES FUNCIONARIALES INTERINAS DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

Las premisas de derecho interno a la hora de argumentar la hipótesis de una transformación en fijas de las relaciones funcionariales interinas son relativamente sencillas, pues resulta pacífico, en la doctrina y en la jurisprudencia, que el orde-

⁸ *Kücük*, 26 enero 2012 (C-586/10).

⁹ *Marrosu y Sardino*, 7 septiembre 2006 (C53/04), n. 48.

¹⁰ *Vassallo*, 7 septiembre 2006 (C180/04), n. 34.

¹¹ *Vassallo*, 7 septiembre 2006 (C-180/04), n. 40.

¹² *Mascolo*, 26 noviembre 2014 (C-22/13).

¹³ *Pérez López*, 14 septiembre 2016 (C-16/15).

namiento interno exige, en el plano constitucional, el respeto de los principios de igualdad y de capacidad y mérito en lo que respecta al 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 y posibilitando una transformación «automática», resulta inviable desde el propio ordenamiento interno, por lo que su desbordamiento o superación solo es posible en virtud del derecho europeo.

Asimismo, es necesario recordar la categoría del indefinido no fijo, creada por la jurisdicción social, admitida después por la jurisprudencia constitucional¹⁴ y recogida finalmente por el legislador¹⁵, como solución de compromiso legislativo y jurisprudencial a los casos de fraude de ley en las contrataciones laborales temporales 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»¹⁶.

Esta categoría ha pendido 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

¹⁴ Por ejemplo, Auto 124/2009, de 28 de abril.

¹⁵ En efecto, el art. 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 art. 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».

¹⁶ STS de 7 de octubre de 1996 (Sala de lo Social).

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 en funcionarios de carrera.

3. 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 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 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 carecería de previsión para sancionar los abusos en la duración de las relaciones entabladas a su amparo.

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*, considerará que, aunque la interpretación del derecho nacional compete a los tribunales nacionales, si estos constatan el abuso concreto y, lo que es más importante, la inexistencia abstracta de sanción adecuada al mismo en el régimen jurídico funcional, podrían aplicar la solución del indefinido no fijo, que consideraría en principio adecuada en virtud de la contextualización jurídica que le hace el tribunal nacional al plantearle la cuestión¹⁷.

La sentencia del Tribunal de Justicia fue recibida con división de opiniones por los jueces y tribunales nacionales¹⁸, obligando al Tribunal Supremo a pronun-

¹⁷ *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15), el Tribunal de 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» (n. 53).

¹⁸ Aunque no faltaron 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 (STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2016), ya porque en el ámbito público el perjudicado no es tanto el trabajador como el interés general [Sentencia del Juzgado n.º 1 de lo Contencioso-Administrativo de Orense, de 29 de septiembre de 2017 (rec. 94/2017)], los tribunales progresivamente procedieron a trasladar dicha doctrina del ámbito laboral al administrativo, primero como

ciarse para aclarar la situación, en las conocidas sentencias de 26 de septiembre de 2018¹⁹, donde concluye que la determinación de las consecuencias jurídicas a los abusos en las relaciones funcionariales interinas cabe encontrarlas en el derecho de la función pública sin necesidad de acudir al derecho laboral o, más concretamente, a la solución del indefinido no fijo.

Constatado el abuso en la relación funcionarial interina, las consecuencias que se derivan del mismo suponen, por un lado, la exigencia de una obligación a la Administración y, por otro, el reconocimiento de un derecho al funcionario interino que padece dicho abuso.

En cuanto a la Administración, esta, 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), debe analizar, dadas las funciones permanentes y estables, no temporales o provisionales, que realmente desempeñaba el afectado, y valorar:

[...] 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 dé 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.

En lo que respecta al funcionario interino, cuya relación es considerada abusiva por su duración, dicha relación se mantiene hasta que la Administración realice el estudio antes señalado, a results del cual, bien aquella se reafirmará en la temporalidad de las necesidades que subviene el funcionario interino, bien deberá proveer la plaza de manera permanente.

categoría (STSJ del País Vasco, de 12 de diciembre de 2016), en el asunto que había suscitado la cuestión prejudicial de la sentencia europea *Martínez Andrés*] y después como posición jurídica (STSJ de Castilla y León, de 20 de diciembre de 2017), que incluiría tanto derecho a indemnización —su cuantía 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— como una relativa estabilidad en tanto en cuanto su cese solo puede venir dado por la cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización de esta [STSJ de Galicia, de 8 de noviembre de 2017].

¹⁹ Las sentencias de 26 de septiembre de 2018 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. 785/2017) y otra sobre el régimen general de los funcionarios interinos (rec. 1305/2017).

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 cercano²⁰. 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 cese²¹. 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 solo podrá extinguirse por causas objetivas previstas en el derecho de la función pública: cobertura regular del puesto y amortización de este.

Con estas sentencias el Tribunal Supremo puso orden, pero no paz, pues no acallaron el debate. En efecto, algunos jueces y tribunales, insatisfechos con la doctrina que estableció el Tribunal Supremo, acudieron nuevamente al Tribunal de Justicia para que este dictaminara 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. LA TRANSFORMACIÓN EN «FIJOS» (FUNCIONARIOS DE CARRERA) DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS OBJETO DE ABUSO

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 anu-

²⁰ Así lo señala M. Sánchez Morón (2019), «La consagración del funcionario interino indefinido», *Revista de Administración Pública*, 208, pág. 236; J. Cantero Martínez (2017), «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 12, págs. 8-29.

²¹ Favorables a esta indemnización, A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca (2019), «Derecho de la Unión Europea y régimen español de empleo público. Una relación conflictiva», en R. Alonso García y J. I. Ugartemendía, *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, IVAP, pág. 139. Igualmente, J. Mauri: «La irregularidad en el empleo público no permanente y sus medidas de corrección» en *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares* (Dir. F. Castillo), Iustel 2020, pág. 417.

daba 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.

La argumentación relativa a la transformación de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera, constatado el abuso en la temporalidad de su relación, parte 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.

Esta problemática específica de la transformación en fijas de las relaciones funcionariales interinas objeto de abuso —siempre en virtud del derecho europeo, pues el derecho interno no la contempla— es la que ha sido dilucidada por la Sentencia *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de marzo de 2010 (asuntos C-103/18 y C-429/18).

La pretensión de que el derecho europeo abocaría a la transformación en fijas de las relaciones funcionariales interinas objeto de abuso no desconoce la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia que niega eficacia directa al art. 5 de la Directiva 1999/70, pero dicha transformación sería la consecuencia ineludible a la falta de medidas en el ordenamiento español ante los abusos constatados. De esta manera, se parte de la inidoneidad de los mecanismos jurídico-administrativos que sancionen o se encaminen a poner fin a los abusos respecto a los funcionarios interinos, para concluir con el otorgamiento de una suerte de «indirecta eficacia directa» de la mención que hace la directiva a la transformación.

4.1. *La inidoneidad de las medidas sancionadoras propuestas legal y jurisprudencialmente*

En el asunto *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, como decíamos, se cuestionó prejudicialmente al Tribunal de Justicia que declarase si determinadas medidas previstas por el ordenamiento interno español para sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el ámbito del empleo público de naturaleza jurídico-administrativa. Analizaremos, ahora, las cuestiones relativas a la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional

por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada y a la transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos», dejando para más adelante el análisis de la medida consistente en la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, pues requiere un tratamiento singularizado.

Recordemos, no obstante, que esta valoración de la eventual inidoneidad de estas medidas tiene la finalidad instrumental de demostrar el callejón sin salida al que aboca el derecho de la función pública española, del cual solo se podría salir, bien aplicando la medida mencionada en la directiva (transformación en fija de la relación), bien concediendo subsidiariamente una indemnización.

4.1.1. La inadecuación de los procesos de consolidación

El principal mecanismo arbitrado por el derecho de la función pública para poner fin a las relaciones funcionariales interinas que se prolongan excesivamente en el tiempo es el de la convocatoria de las plazas para su provisión permanente a través de la selección y nombramiento de funcionarios de carrera. En particular, los procesos de consolidación²² o, mejor dicho, de estabilización²³ —según se preste más atención a la reducción de la temporalidad, respectivamente, desde una dimensión subjetiva del funcionario interino afectado o teniendo en cuenta la dimensión objetiva organizativa de la temporalidad estructural— han sido la respuesta periódica del sistema de función pública, como lo están siendo igualmente ahora por impulso tanto de las continuas reivindicaciones internas de los afectados y de las organizaciones sindicales como de las propias exigencias externas del derecho europeo.

Sin embargo, desde el derecho europeo, en función de los principios, objetivos y alcance de la Directiva 1999/70, estos procesos de consolidación se reputarían inadecuados, 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.

Así lo destacó la abogada general Kokott en el asunto *Sánchez Ruiz*, quien los descalifica como medida adecuada de respuesta al abuso, 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; duración de los procesos selectivos; inde-

²² Véase X. Boltaina (2018), «Los procesos selectivos “blandos” y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, número especial 2/2018, págs. 140-155.

²³ Véase R. Roqueta But (2020), «Los procesos de estabilización del empleo temporal en las Administraciones Públicas», *Revista vLex de Derecho Administrativo*, 1-2020, págs. 9-45.

terminación 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 esto, 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».

El Tribunal de Justicia, en la Sentencia *Sánchez Ruiz* de 19 de marzo de 2010, aunque en abstracto considere que la organización de procesos selectivos, dentro de los plazos establecidos, es una medida adecuada «para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva», finalmente concluirá que no son una respuesta adecuada a los abusos, teniendo en cuenta que —según el contexto fáctico proporcionado por el juez nacional— los plazos de organización y desarrollo de los procesos selectivos no se respetan, como tampoco existe obligatoriedad de convocarlos²⁴. Más aún, su inadecuación como medida sancionadora a los abusos derivaría no solo por la falta de garantía de la organización efectiva de estos procesos (lo que podría considerarse una anomalía más o menos circunstancial), sino también y sobre todo del hecho de que los procesos de consolidación ni sancionan debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni eliminan «las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que, como han indicado los juzgados remitentes, su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador» (n. 97).

Y es que el Tribunal de Justicia acoge el argumento de la abogada general de que, por mucho que los funcionarios interinos objeto de abuso puedan participar en los procesos selectivos convocados específicamente para poner fin a dicho abuso,

²⁴ Al respecto valora negativamente de forma explícita la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público de abril de 2007, cuyo contenido es precisamente la consolidación del empleo temporal en servicio desde antes del 1 de enero de 2005, por cuanto «solo atribuye una facultad a la Administración, de modo que esta no está obligada a aplicar dicha disposición aun cuando se haya comprobado que recurría de manera abusiva a la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada».

«tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso» (n. 100).

Por todo ello, concluye que «dado que la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión» (n. 100).

Obsérvese que tanto las conclusiones de la abogada general como la sentencia posterior del Tribunal de Justicia se mueven en un doble plano, objetivo y subjetivo. En el plano objetivo, consideran lo incierto tanto de la convocatoria de procesos como de 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» (conclusiones). 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. Este argumento no deja de ser circunstancial, pues una mejor secuenciación y desarrollo temporal de los procesos, que los hiciera predecibles en su convocatoria y en su duración, paliaría el juicio negativo que se merecen, así como una correcta aplicación de los plazos de convocatoria de las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos.

Sin embargo, el juicio negativo que se vierte sobre los procesos de consolidación en cuanto al plano subjetivo, relativo al funcionario objeto de abuso, resultan mucho más inquietantes, pues se dirigen contra la propia configuración sustantiva de aquellos procesos. En efecto, 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, tanto la abogada general como el Tribunal de Justicia mencionan peyorativamente el hecho de que los procesos de consolidación sean «de libre concurrencia», permitiendo la participación de «candidatos que no hayan sufrido un uso abusivo de nombramientos sucesivos». Por otro, la abogada general se atreve incluso a sugerir una medida para tener en cuenta el abuso padecido por candidatos que se ven obligados a participar en el proceso: nombramiento preferente.

Se trata estas últimas de consideraciones difícilmente coherentes 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. Además, el Tribunal de Justicia desconoce que los procesos de consolidación normalmente se articulan a través de la modalidad selectiva del concurso-oposición, donde se tienen en

cuenta y se valoran los méritos adquiridos por los funcionarios interinos en función de los años de servicio previo en tal condición.

4.1.2. La insatisfacción de la figura o posición del funcionario interino indefinido

Se cuestiona, por otra parte, que la posición jurídica «funcionario interino indefinido», que alumbra la jurisprudencia contencioso-administrativa (SSTS de 26 de septiembre de 2018), 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. Esto 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.

La abogada general Kokott, en el asunto *Sánchez Ruiz*, 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 mantenimiento de la relación de servicio temporal, exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la precariedad».

Finalmente, el Tribunal de Justicia, en su sentencia, asume en realidad la descalificación que el juez *a quo* le ha transmitido en su auto de planteamiento de la cuestión. En primer lugar, advierte que la transformación en indefinida —no fija— de la relación funcional interina objeto de abuso «se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido». Implícitamente, pues, el tribunal parece juzgar negativamente la figura porque no ofrece fijeza o estabilidad, a pesar de que las causas de finalización de la relación temporal indefinida son objetivas (cese o provisión reglamentaria).

Y, en segundo lugar, el tribunal también rechaza la transformación en indefinida porque, «a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos

contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en “indefinidos no fijos” no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo». Este argumento es harto discutible por su articulación y genera confusión por el ilegítimo entrecruzamiento de términos de comparación, públicos y privados, y por mezclar la prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo con las medidas sancionadoras a los abusos en las relaciones temporales, juzgando estas desde la óptica de aquellas. Así, por ejemplo, no se puede descalificar la figura del funcionario interino indefinido porque a este no se le reconozca el derecho a participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo si esa diferencia de trato puede justificarse objetivamente, en contra de lo que el auto de planteamiento de la cuestión recoge. El tribunal debería haber evitado dejarse arrastrar —una vez más— por el juez *a quo*, entre otras cosas porque, en el plano sustantivo de equiparación de derechos entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera, lo cierto es que el ordenamiento y los tribunales están siendo especialmente generosos.

4.2. Limitaciones a la transformación en fijas de las relaciones funcionariales interinas desde el derecho europeo

Una vez que se han considerado inadecuados los mecanismos de reacción previstos por el legislador (procesos selectivos) y por los tribunales (transformación en indefinidos), la conclusión que se pretende deducir de la ausencia de medidas sancionadoras, como señalábamos, es que habría que aplicar la única medida explícitamente contemplada en la directiva, aunque directamente lo es a título de ejemplo y, por tanto, sin potencialidad aplicativa (eficacia directa), pero indirectamente —por la ausencia de previsión de otra medida— no solo se podría, sino que incluso se debería, aplicar para, en última instancia, garantizar los derechos de los funcionarios interinos objeto de abuso. Sin embargo, en este punto, el Tribunal de Justicia, en la Sentencia *Sánchez Ruiz*, va a rechazar el reconocimiento de cualquier potencialidad aplicativa directa a la mención de transformación en fija de la relación por la directiva, si bien apuntará a la necesidad de que los tribunales internos, al amparo de la obligación de hacer una interpretación conforme de su ordenamiento con los objetivos de la directiva, escudriñen en él cualquier medida que pudiera ser aplicada, lo que exige contrastar soluciones internas por equivalencia o incluso para garantizar la efectividad del derecho europeo.

4.2.1. Ausencia de cualquier eficacia directa del art. 5 de la Directiva 1999/70

Para deducir del art. 5 de la Directiva 1999/70 —que menciona explícitamente la transformación en indefinidas de las relaciones temporales objeto de abuso, si bien en principio como mero ejemplo—, se lleva a cabo una ingeniosa

argumentación técnica que vendría a reconocer eficacia directa a un precepto que claramente no lo tienen.

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

Este razonamiento lo podemos ver de alguna manera reflejado en las conclusiones de la abogada general Kokott en el asunto *Sánchez Ruiz*. 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 español 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. No obstante, las premisas que maneja la abogada general, esta terminará negando la potestad de los jueces nacionales para inaplicar la normativa interna que prohíbe nombrar funcionarios permanentes sin superar procesos selectivos, aunque con una fundamentación bastante imprecisa basada en la falta de proporcionalidad de la medida²⁵.

²⁵ «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

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 solo no ha previsto tal posibilidad para las relaciones funcionariales temporales, sino que tampoco ha recogido medida equivalente sancionadora. Esto supondría un incumplimiento de la directiva que permitiría aplicar la medida mencionada en esta 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.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en la Sentencia *Sánchez Ruiz*, de 19 de marzo de 2020, se reafirma en su doctrina según la cual la cláusula 5, apdo. 1, del acuerdo marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional, para excluir así la aplicación de una disposición de derecho nacional que le sea contraria. Esto habría permitido al tribunal nacional inaplicar las normas legales (del Estatuto Básico del Empleado Público) e incluso las constitucionales (principios de igualdad y de mérito y capacidad), que exigen la superación de procesos selectivos para ingresar de forma permanente en la función pública, para transformar en funcionarios de carrera a los funcionarios interinos objeto de abuso. Pero ni directa —por aplicación de la directiva— ni indirectamente —por ausencia de medidas adecuadas para sancionar abusos— se puede reconocer eficacia directa al art. 5 de la Directiva 1999/70.

No obstante, el Tribunal de Justicia recuerda que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue. Por ello, serán los tribunales españoles quienes deban realizar una interpretación conforme del ordenamiento español para, en el ejercicio de sus competencias y potestades interpretativas, examinar si existe cualquier medida que se pueda aplicar para sancionar los abusos, en general, y para llevar a cabo la transformación en funcionarios de carrera, en particular, bien por semejanza de situaciones (principio de equivalencia), bien por garantizar el resultado de protección de la directiva (principio de efectividad).

4.2.2. 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 situa-

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.»

ciones 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 la 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 este, 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 interno²⁶. 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 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 nor-

²⁶ ÖBB *Personenverkehr*, 28 enero 2015 (C417/13), n. 74.

malmente 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.

4.2.3. Transformación como mayor efectividad de la Directiva 1999/70

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.

Sin embargo, la efectividad que informa la obligación de interpretación conforme no impide reconocer límites a la misma en los principios generales del derecho y en la prohibición de interpretaciones *contra legem*²⁷, 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 permite esa transformación al exigir el respeto de los principios de igualdad y de mérito, articulados a través de un proceso selectivo.

²⁷ *Impact*, 15 abril 2008 (C268/06), Rec. pág. I2483, n. 100.

IV. EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS OBJETO DE ABUSO

Si la Sentencia *Sánchez Ruiz*, de 19 de marzo de 2020, cerró la opción de que del derecho europeo se derivase la posibilidad e incluso la obligación de transformar en funcionarios de carrera a los funcionarios interinos objeto de abuso, abrió con su argumentación un nuevo portillo a la conflictividad ante los tribunales internos al discurrir, en su motivación, sobre la consideración de una eventual indemnización a aquellos funcionarios interinos como medida sancionadora adecuada al abuso padecido. De hecho, las interpretaciones apresuradas e interesadas de esta sentencia han concluido que el Tribunal de Justicia reconocía a los funcionarios interinos objeto de abuso el derecho a una indemnización por el mismo. No es eso, sin embargo, lo que se desprende ni de la propia sentencia ni de la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

De entrada, hay que aclarar que la indemnización que reclaman los funcionarios interinos ha sido abordada desde dos perspectivas diferentes. La primera, desde la perspectiva de la prohibición de discriminación de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70, en cuanto que indemnización por cese, por tratarse de un derecho que ostenta el personal laboral, aunque no el funcionario de carrera. La segunda, desde la propia óptica de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70, en cuanto que medida sancionadora al abuso ya padecido.

1. EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR CESE DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL INTERINA

Algunos tribunales²⁸ se decantaron por reconocer a los funcionarios interinos el derecho a ser indemnizados en el momento de su cese, considerando que son objeto de discriminación respecto al personal laboral fijo o indefinido que sí percibe tal indemnización al extinguirse su relación laboral.

Con ello, estos tribunales empezaron a confundir el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70 con el juicio de comparabilidad en que consiste el examen de la eventual discriminación entre trabajadores de duración determinada y trabajadores con relación fija. Dicho juicio de comparabilidad exige identidad sustancial de situaciones, pero en el caso de comparar relaciones jurídicas es imprescindible que estas tengan la misma naturaleza jurídica. El carácter administrativo y laboral, al igual que, en el primer caso, el carácter estatutario o contractual de derecho público, constituyen elementos esenciales que deben ser compartidos para poder proceder al juicio de comparabilidad, por lo que solo en el seno de estos es lícito hacer ese juicio.

²⁸ Pionera fue la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de La Coruña, de 30 de junio de 2017, seguida por SSJCA núm. 9 de Barcelona, de 17 de abril de 2017 (rec. 44/2017); SJCA núm. 5 de Bilbao, de 8 de noviembre de 2017 (rec. 78/2017).

Así lo determinó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de enero de 2020 (C-177/08), en el asunto *Baldonado Martín*, al considerar que:

[...] dado que el principio de no discriminación solo se ha aplicado y concretado mediante ese Acuerdo [de trabajo de duración determinada incluido en la Directiva 1999/70] en lo que respecta a las diferencias de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores con contrato por tiempo indefinido que se encuentran en una situación comparable, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado en dicho Acuerdo.

Por tanto, en virtud de la Directiva 1999/70, no se puede considerar discriminatorio que los funcionarios interinos, en el momento del cese, no disfruten de indemnización, por mucho que otros trabajadores permanentes (contratados laborales fijos) o temporales (contratados laborales temporales) sí disfruten de dicha indemnización al ser despedidos, pues en ambos casos no se trata de términos válidos para realizar el juicio de comparabilidad para apreciar la diferencia de trato, pues en el primer caso se trata de personal cuyo vínculo responde a una naturaleza diferente, lo que altera el contexto jurídico de aquel juicio, mientras que, en el segundo caso (contratos laborales temporales), la inidoneidad como término de comparación es doble: por la diferencia de naturaleza jurídica del vínculo (administrativo frente a laboral) y por la común temporalidad de relaciones (pues la comparación debe hacerse entre relaciones permanentes y temporales).

2. EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN EN CUANTO QUE SANCIÓN AL ABUSO PADECIDO POR LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

Diferente en su naturaleza y objetivos sería la indemnización que se reconociera a un funcionario interino por haber sido objeto de abuso en la duración de su relación laboral. En este caso, la indemnización sería una consecuencia de dicho abuso y, por tanto y correlativamente, una sanción que se le impondría a la Administración al haber incurrido en aquel.

El derecho de la función pública española no prevé derecho a indemnización semejante por haber sido objeto de abuso en la duración de la relación funcional interina. Por ello, se ha pretendido derivar este derecho de la propia Directiva 1999/70.

2.1. *El derecho a indemnización a título de sanción jurídica al abuso*

Ya hemos visto que la Directiva 1999/70 no establece consecuencias al incumplimiento a la prohibición de abusos de las relaciones temporales, dejando a

los Estados miembros elegir las sanciones reactivas que estimen más adecuadas. Tan solo menciona, como sabemos, a título de ejemplo la transformación en indefinidas de las relaciones objeto de abuso. Pero en ningún momento menciona siquiera el derecho a indemnización como sanción al abuso.

Sin embargo, este derecho a indemnización se ha pretendido derivar directamente del derecho europeo por una doble vía: primero, como remedio último subsidiario a la falta de mecanismos de reacción en un ordenamiento ante abusos constatados; segundo, deduciendo dicho derecho como principio general del derecho europeo a partir de las sentencias del Tribunal de Justicia que han disertado sobre el mismo al resolver cuestiones prejudiciales atinentes a modelos concretos de algunos Estados miembros.

Singular es lo ocurrido en la Sentencia *Sánchez Ruiz*, de 19 de marzo de 2020, donde el tribunal responde en abstracto sobre la idoneidad del derecho a indemnización como respuesta sancionadora a los abusos por el simple hecho de que se le pregunta en la cuestión que se le plantea. Exactamente igual ocurrió en el asunto *Martínez Andrés*, cuando se le preguntó si sería adecuado aplicar la categoría del indefinido no fijo a los abusos de los funcionarios interinos. El Tribunal de Justicia desconoce —porque el Auto de planteamiento de la cuestión no se lo explica— que una indemnización semejante, encaminada a sancionar los abusos, no existe en el derecho español, aunque parece intuirlo cuando concluye sobre la cuestión que «en la medida en que el Derecho español permita conceder a los miembros del personal estatutario temporal víctimas de la utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso». Negada la mayor —que el derecho español permita conceder indemnizaciones a efectos de sancionar utilizaciones abusivas de relaciones funcionariales interinas—, carece de fundamento la consecuencia de valorar su adecuación para sancionar abusos e incluso de pertinencia la cuestión que se formula al Tribunal de Justicia.

Tampoco cabría acudir a la indemnización que el derecho laboral español anuda al despido improcedente, pues ni siquiera tiene aquella naturaleza sancionadora de abusos de utilización de relaciones temporales. En el culebrón *De Diego Porras*²⁹ ya tuvo tiempo y ocasión el Tribunal de Justicia para reflexionar sobre

²⁹ Es conocido el célebre caso *De Diego Porras*, 14 septiembre 2016 (C-596/14), relativo a un empleado laboral interino y su derecho a indemnización al finalizar su contrato, Sentencia del Tribunal de Justicia que causó tal revuelo que obligó a un nuevo planteamiento del tema por el Tribunal Supremo —tras un comité de expertos nombrado para esclarecer el alcance del fallo, sin llegar, no obstante, a conclusión alguna, salvo el de la necesidad de pedir aclaraciones al Tribunal de Justicia—; situación que provocó las inauditas declaraciones del propio presidente del Tribunal de Justicia reconociendo que quizá este órgano no había entendido bien el problema que se le planteaba; culminando todo ello en la nueva sentencia europea en el asunto *Montero Mateos*, 5

esta indemnización, pudiendo posteriormente, en *Baldonado Martín* (enero de 2020), esquivar el argumento de que los funcionarios interinos objeto de abuso deberían gozar del mismo derecho a indemnización que gozan los trabajadores del sector privado en caso de despido improcedente, pues esto constituiría una medida adecuada para sancionar los abusos. Y es que esta indemnización por despido improcedente:

[...] se abona independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de tales contratos o relaciones, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente eficaz y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas de conformidad con el Acuerdo Marco (n. 62).

El intento de radicar en el derecho europeo un pretendido derecho a indemnización fue realizado por la abogada general Kokott, en el asunto *Sánchez Ruiz*, donde recomienda al tribunal que plantea la cuestión que tenga en cuenta la Sentencia *Santoro*³⁰, en la que 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 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.

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 solo debería estar motivada como

junio 2018 (C-677/16), revirtiendo la interpretación de dos años antes, y confirmada finalmente en la nueva *De Diego Porras*, 21 noviembre 2018 (C619/17). Véase F. Navarro (2019), «El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada», *Diario La Ley*, 9441; I. Beltrán de Heredia (2018), «Recepción judicial interna de los casos “de Diego Porras”, “Martínez Andrés y Castrejana López” y “Pérez López”», *Diario La Ley*, 9113.

³⁰ *Santoro*, 7 marzo 2018 (C-494/16).

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 esta 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 temporales³¹, 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 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

³¹ 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».

empleo, cuyo principal problema es la exigencia de acreditación³²), 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 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.

Esta pretendida alternativa —o transformación o indemnización— resulta simplista y reduccionista, pues la directiva y la jurisprudencia no limitan las medidas posibles, específicas del ámbito del sector público y diferentes a las aplicables en el sector privado, sin que puedan, 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» (*Santoro*).

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 ni que la indemnización sea la alternativa a la transformación ni que se dé un cheque en blanco al legislador para establecer cualquier medida que no sea eficaz y disuasoria para reaccionar a los incumplimientos de la directiva.

En cualquier caso, ni de la Sentencia *Sánchez Ruiz*, de 19 de marzo de 2020, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en particular, su Sentencia *Santoro*, 7 de marzo de 2018), se derivaría derecho a indemni-

³² 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».

zación en cuanto que sanción a la utilización abusiva de relaciones funcionariales interinas. Cuestión muy diferente es que un Estado hiciera de dicho derecho una respuesta al abuso, como ha hecho Italia, pero no el derecho español.

2.2. *El derecho a indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración*

Por último, también hay que mencionar la posibilidad de que el derecho a indemnización se articule a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Las ya estudiadas sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2018, abordaron esta cuestión y primaron la tutela restitutoria del reconocimiento de la situación jurídica individualizada del funcionario objeto de abuso —concretada en su derecho al mantenimiento de la relación funcional hasta que esta termine legalmente— sobre la tutela resarcitoria no solo por la más que probable inviabilidad de la pretensión indemnizatoria o, en el mejor de los casos, por su modesta cuantía, sino también porque la obligación que se impone a la Administración de mantener indefinidamente al funcionario interino disuadiría a aquella de hacer uso incorrectamente de las relaciones funcionariales interinas.

En efecto, para el Tribunal Supremo la consecuencia jurídica al abuso constatado —«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»— 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 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 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».

V. CONCLUSIONES

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 reaccionen 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. Ni siquiera 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) impiden 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, colectivos implicados, organizaciones sindicales) 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 imposibilidad de transformación en fijas de las relaciones funcionariales interinas objeto de abuso y de concesión de indemnización a título de sanción al mismo no puede ni ocultar ni justificar el problema de la temporalidad en el empleo público español, que no solo 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.