

FUNCIÓN PÚBLICA TEMPORAL Y PRECARIO ADMINISTRATIVO (*)

JOSÉ CABRERA RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. VINO NUEVO EN ODRES VIEJOS.– II.FUNCIÓN PÚBLICA Y FRAUDE DE LEY EN LA TEMPORALIDAD: 1. La Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal y su aplicación a la función pública. 2. Estado de la cuestión en la jurisprudencia española: la doctrina casacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los casos Martínez Andrés/Castrejana López.– III. CLÁUSULAS ACCESORIAS Y PRECARIO ADMINISTRATIVO: 1. El acto administrativo de nombramiento del funcionario interino. 2. La doctrina del «funcionario de hecho».– IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este trabajo pretende poner en conexión tres instituciones vetustas del Derecho administrativo. Dos de ellas se anticipan ya en su propio título: función pública y precario. La tercera, con la que se pretende ligar ambas dos, es la de las cláusulas accesorias del acto administrativo. Su combinación —y ésta es la pretendida novedad de la tesis que planteamos— no viene aquí impuesta por la operación de normas administrativas internas. Sino como solución o resultado de su interpretación conforme con una norma europea: la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal

Palabras clave: función pública; precario administrativo; directiva 1999/70/ce; cláusulas accesorias; funcionario interino; funcionario de hecho.

ABSTRACT: This paper is purported to bring together three old categories of administrative law. Two of them being already mentioned in its very title: civil service and precarious rights. The third one, by which former are suggested to may be linked, relates to what is named as ancillary clauses of administrative acts. The suggested interplay has not to be seen as purely the result of national administrative law, but as the consequence of its reading in accordance with EU law, namely the article 5 of the Council Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work.

Key words: civil service,, precarious administrative rights,, directive 1999/70/ec,, ancillary clauses of administrative acts,, temporary public staff,, funcionario de hecho.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 9 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de abril de 2020.

I. INTRODUCCIÓN. VINO NUEVO EN ODRES VIEJOS

Este trabajo pretende poner en conexión tres instituciones vetustas del Derecho administrativo. Dos de ellas se anticipan ya en su propio título: función pública y precario. La tercera, con la que se pretende ligar ambas dos, es la de las cláusulas accesorias del acto administrativo. Su combinación —y ésta es la pretendida novedad de la tesis que planteamos— no viene aquí impuesta por la operación de normas administrativas internas. Sino como solución o resultado de su interpretación conforme con una norma europea: la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada aprobado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) (1).

La Directiva —y, en particular, su cláusula 5— tiene por objeto establecer un marco normativo destinado a impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo. Desde que el Tribunal de Justicia confirmó su aplicación a las relaciones temporales de empleo del funcionariado español (2), todavía son inciertas las consecuencias jurídicas que comporta, en este sector específico, la existencia de fraude o abuso en la temporalidad.

En realidad, la cuestión no es nueva en absoluto. Como tampoco lo es el problema al que obedece. Lo atestigua, por ejemplo, el Estatuto Municipal de 1935, cuyo artículo 162 ya prohibía que una plaza municipal estuviera provista interinamente más de seis meses. También una antigua jurisprudencia intentó definir la situación jurídica del funcionario interino que permanece en el cargo una vez sobrepasada la vigencia de su nombramiento o, incluso, la duración máxima permitida por la ley. De hecho, una Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1935 se ocupaba de precisar que la «exagerada permanencia» del funcionario interino en su cargo no «generaba derechos de propiedad, [sino que] más bien constituiría materia de infracción administrativa» (3).

(1) En rigor, el Acuerdo marco no se integra dentro del articulado de la Directiva 1999/70/CE, sino que se incorpora como un anexo. No obstante, para evitar confusiones y teniendo en cuenta que el texto normativo relevante es el que contiene el Acuerdo marco, en lo sucesivo se hará siempre referencia al articulado de este último, estructurado en *cláusulas* y no en *artículos*.

(2) STJUE 14-9-2016, asuntos *Martínez/Castrejana* (C-184/15 C-197/15); STJUE 14-9-2016, asunto *Pérez López* (C-16/15).

(3) Gaceta de Madrid, 1935. Tomo IV, p. 376. Citada por E. SERRANO GUIRADO, «El régimen de provisión de vacantes de empleos públicos», *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, p. 132.

Si aquí añadimos al problema la Directiva 1999/70/CE —en particular, su cláusula 5— la novedad está en que ahora la permanencia prolongada y anormal del funcionario interino en el desempeño de su cargo deja de ser una cuestión interna y su análisis y resolución jurídica adquieren relevancia desde la perspectiva del Derecho europeo. Máxime, si le sumamos también el dato de que, hasta la fecha, no se ha promulgado ninguna norma interna que tuviera específicamente por objeto la transposición de la cláusula 5 al ámbito de las relaciones de empleo sometidas a Derecho administrativo (4).

El estado actual de la cuestión se resume en la doctrina casacional sentada en los que, hasta ahora, son los dos primeros —y únicos— pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto: las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26-9-2018 en los asuntos *Martínez Andrés* (rec. n° 625/2013) y *Castrejana López* (rec. n° 735/2013), comentadas —entre otros— por M. SÁNCHEZ MORÓN (5).

A la vista del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia, la reflexión que aquí se propone pretende ofrecer una pequeña contribución teórica a su fijación y construcción doctrinal. La tesis que se sugiere —aplicar la figura del precario administrativo a los actos de nombramiento de funcionarios interinos en fraude de ley— parece de utilidad, al menos, para un doble propósito. De un lado, localizar mecanismos disponibles en el Derecho administrativo interno para solucionar el problema del fraude de ley en la temporalidad en el ámbito específico de las relaciones funcionariales, conforme a los términos en que lo exige la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Cuestión que reviste especial interés después de que el Tribunal Supremo haya desechado la posibilidad de aplicar a este tipo de relaciones la solución construida por la jurisdicción social para las relaciones laborales del sector público. A saber: la célebre figura del indefinido no fijo (6).

Por otro lado, la utilidad de la tesis planteada radica en su intento de acomodar y acercar el ordenamiento jurídico a la realidad de los hechos. Es notoria la práctica extendida de la Administración de mantener un volumen anormalmente alto de funcionarios interinos entre su personal. Ello, pese al

(4) J. M. CAMPOS DAROCA, *Empleo público y fraude en la contratación temporal* [Wolters Kluwer: Madrid, 2017], pp. 37-41.

(5) M. SÁNCHEZ MORÓN, «La consagración del funcionario interino indefinido», *Revista de Administración Pública*, n° 208, 2019, pp. 223-238.

(6) La literatura jurídica sobre esta figura y su aplicación en el sector público es extensa. El estudio más reciente es el de M. LÓPEZ BALAGUER y F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal [Tirant: Valencia, 2020]. También, *vid.* M. LÓPEZ BALAGUER, «La controvertida figura del personal laboral indefinido no fijo», en: Á. BLASCO PELLICER y M. LÓPEZ BALAGUER, *Las relaciones laborales en el sector público* [Tirant: Valencia, 2019], pp. 449-512.

carácter teóricamente excepcional que les atribuye la ley, cuando limita su nombramiento a las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. A lo que se añade la relevancia y actualidad de este tema: es de todos conocido que las Administraciones españolas pretenden actualmente atajar esta anomalía mediante un proceso de reajuste que permita reducir la tasa de interinidad a un ocho por ciento (7).

El estudio comienza con una breve exposición de la citada Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo temporal, y de la aplicación de su cláusula 5 a las relaciones funcionariales [II]. No se tratará aquí la prohibición de discriminación del personal temporal respecto al fijo comparable —cláusula 4— ni los efectos que ha tenido en la función pública española (8). Esta primera parte se cierra con un repaso del estado de la cuestión en la jurisprudencia, a partir de la doctrina casacional sentada por las dos Sentencias del Tribunal Supremo del pasado 26 de septiembre de 2018 en los asuntos Martínez Castrejana y Pérez López. De la solución dada en estas sentencias se ofrecerá, de paso, una opinión crítica general.

La segunda parte del trabajo se centra en la posible aplicación del concepto de precario a las relaciones de empleo funcionariales incuridas en fraude o abuso de temporalidad, en el sentido de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Para ello, se estudiará el presupuesto de hecho que habilita legalmente a la Administración pública para proceder al nombramiento de funcionarios interinos. Y, muy en particular, cómo este presupuesto de hecho habilitante se integra como una cláusula accesoria del acto administrativo [III]. De manera que la ausencia de este presupuesto de hecho, ya sea inicial o sobrevinida, convierte la relación de empleo del interino mantenido en el cargo en una situación de precario administrativo. Situación que responde a la figura del «funcionario de hecho».

Las conclusiones que se recogen al final del trabajo se resumen en las ventajas de este planteamiento. Por un lado, permite caracterizar la posición jurídica del funcionario temporal afectado como un precario de los de segundo grado. Con lo que éste quedaría exento de la carga de probar la existencia —no su cuantificación— del daño ocasionado por la actuación irregular de la Administración. Lo que facilita su tutela judicial en el proceso contencioso a la hora de reivindicar una eventual responsabilidad patrimonial.

(7) Véase la Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo [BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2018, páginas 32.966 a 32.973].

(8) El lector puede encontrar un estudio sistemático y completo de este tema en el capítulo IV de la monografía publicada por J. A. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública y Derecho europeo* [Civitas: Madrid, 2018], pp. 139-240.

Por otro lado, este planteamiento permite conceptualizar jurídicamente la situación en la que se encuentran los funcionarios temporales en fraude de ley. Cuestión que, una vez descartada su posible calificación como indefinidos no fijos, han dejado abierta los dos Sentencias del Tribunal Supremo en los asuntos Martínez Castrejana y Pérez López. Bajo la figura del «funcionario de hecho», estos empleados públicos pueden reivindicar un estatus jurídico diferenciado del funcionario interino. Con los derechos profesionales adicionales que les ha venido reconociendo la jurisprudencia desde el pronunciamiento pionero del Tribunal Constitucional que reconoció la particularidad de su situación al calificarlos como “interinos de larga duración” [STC 240/1999, de 24 de julio, FJ 4º] (9).

II. FUNCIÓN PÚBLICA Y FRAUDE DE LEY EN LA TEMPORALIDAD

1. La Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal y su aplicación a la función pública

La Directiva incluye en su ámbito de aplicación toda relación de empleo temporal, definida genéricamente —cláusula 2.1— como la que nace de «un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado».

Pese al tenor literal de la norma y su alusión expresa a «un contrato de trabajo o una relación laboral», el Tribunal de Justicia dejó pronto claro que el ámbito de aplicación de la Directiva abarcaba cualquier prestación retribuida de servicios por cuenta ajena, con independencia de su nomenclatura, de su configuración jurídica en el Derecho interno de los Estados miembros y de la naturaleza pública o privada del empleador (10).

(9) Con ello se normalizaría o, cuando menos, se haría manejable jurídicamente lo que constituye «un desfase entre la propia realidad y el texto de la ley», en palabras de J. CANTERO MARTÍNEZ, «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12 (2017), pp. 8-29; p. 12.

(10) En términos concluyentes, la STJUE de 4-7-2006, asunto *Adeneler* (C-212/04), ap. 55-57: «[L]as disposiciones de estas dos normas [la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco] no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado [...]. Por el contrario, [...] la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» [...] engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter

En concreto, el apartado 1 de su cláusula 5 obliga a los Estados miembros a introducir medidas destinadas a prevenir, evitar y sancionar los abusos de la utilización sucesiva de contratos temporales. En concreto, establece que los Estados deberán incorporar «una o varias» de las siguientes medidas a su ordenamiento: «a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales».

En todo caso, la cláusula 5 carece de eficacia aplicativa directa. Así lo ha confirmado expresamente el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones. Primero, en el asunto *Impact* (C-268/06), respecto al apartado 1 de la cláusula 5 (11). Y más tarde, en el asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), respecto a su apartado 2 (12). En uno y otro caso, por tratarse de normas que, en primer lugar, confieren a los Estados miembros un margen de apreciación para su transposición al ordenamiento jurídico interno y que, en segundo lugar, carecen de la suficiente precisión como para definir un efecto jurídico concreto sin necesidad de una posterior norma jurídica de desarrollo (13).

El más reciente pronunciamiento que confirma esta tesis es la Sentencia de 19-3-2020, recaída en el asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18 y 429/18), donde el Tribunal de Justicia vuelve a reiterar que apartado 1 de la cláusula 5 no es incondicional ni suficientemente preciso como para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional (14). Esta última sentencia, por cierto,

público o privado del empleador para el que trabajan [...] Por otra parte, la cláusula 2 [...], lejos de excluir los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados por un empleador público, se limita a otorgar [...] la facultad de declarar el Acuerdo marco inaplicable a «las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje», así como a los contratos y relaciones laborales «[concluidos] en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos».

(11) Por contraposición al apartado 1 de la cláusula 4ª, *vid.* STJUE 15-4-2008, asunto *Impact* (C-268/06), § 80 [«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco (...) es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco»].

(12) STJUE 23-4-2009, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), §§ 154, 162.

(13) Si ello es así en el caso del apartado 1 de la cláusula 5, dirá la Abogado General J. Kokott, «[l]as mismas consideraciones cabe hacer con mayor motivo respecto al apartado 2 de la cláusula 5, que está redactado en términos aún más imprecisos y confiere a los Estados miembros un margen de apreciación todavía más amplio que el apartado 1. Ya el propio tenor literal de dicha disposición muestra, al incluir el inciso inicial “cuando resulte [...] necesario”, que los Estados miembros no están obligados a adoptar ninguna de las medidas mencionadas en la cláusula 5, apartado 2, letras a) y b)» [Conclusiones de 4-12-2008, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), ap. 125-126].

(14) STJUE de 19-3-2020, asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18 y 429/18), §§ 118-119.

considera tangencialmente una posibilidad que, pese a su aparente similitud, no debe confundirse con la figura del “funcionario de hecho” que se tratará aquí. A saber: la conversión del acto administrativo de nombramiento del funcionario interino (incurso en fraude de ley en la temporalidad) en otro de funcionario titular (15).

2. Estado de la cuestión en la jurisprudencia española: la doctrina casacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los casos Martínez Andrés/Castrejana López

Nótese que la cláusula 5 de la Directiva carece de eficacia directa, como el Tribunal de Justicia ha puntualizado en repetidas ocasiones (16). Algo de lo que, por cierto, no parece haberse enterado todavía nuestro Tribunal Supremo que, en sus dos citadas sentencias, tras citar un repertorio de jurisprudencia europea de manual, concluye llanamente que:

«Al hilo de ello, y *sin necesidad de mayor profundidad*, como, por ejemplo, la relativa a la “eficacia directa horizontal” [...] de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco que incorpora su anexo, lo que no es cuestionable en absoluto es su “eficacia directa vertical”. Nada de esto se ha planteado en este recurso de casación y nada, por tanto, debemos añadir a lo ya dicho» (17).

En sus Sentencias de 26-9-2018, el Tribunal Supremo aplica el siguiente razonamiento: el ordenamiento jurídico interno contempla medidas legales concretas que tienen por finalidad la prevención y evitación del fraude en la contratación temporal en las relaciones de empleo público sujetas al Derecho administrativo (18). La infracción de estas normas internas por parte de la Administración conllevaría la aplicación directa de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Y la aplicación de esta cláusula 5 obliga a la Administración infractora a cumplir precisamente las normas internas que ha infringido. En

(15) Sobre la diferencia entre ambos conceptos, *infra* ap. III.B.

(16) En el asunto *Impact* (C-268/06), respecto al apartado 1 de la cláusula 5. Y también más tarde, en el asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), respecto a su apartado 2. En uno y otro caso, por tratarse de normas que (i) confieren a los Estados miembros un margen de apreciación para su transposición al ordenamiento jurídico interno y (ii) carecen de la suficiente precisión como para definir un efecto jurídico concreto sin necesidad de otra norma jurídica de desarrollo. *Vid.* J. KOKOT, Conclusiones de 4-12-2008, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), ap. 125-126.

(17) STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Martínez Andrés* [FJ 4º.B) *in fine*]. STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Castrejana López* [FJ 10º.B) *in fine*]. *Cursiva añadida*.

(18) En los casos de autos, estas medidas legales serían las normas establecidas en el artículo 10.1.c) del EBEP; la Disposición adicional 17ª de la Ley de la Función Pública Vasca; el artículo 9.3 del Estatuto Marco; y el artículo 26.5 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi.

resumen, el razonamiento de la Sala parece desarrollarse básicamente en tres pasos:

1. Las normas internas sobre empleo temporal aplicables a cada caso «merecen, a efectos de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo marco, la calificación de “medidas legales equivalentes”, pues [...], sin duda, tienen por finalidad prevenir los abusos en la utilización sucesiva de nombramientos o prórrogas» (19).
2. «[A]quellas “medidas legales equivalentes” se omitieron [*rectius*: infringieron], resultando ineficaz su previsión legal, lo que lleva consigo, directa e inmediatamente, la aplicación del Acuerdo marco [*i.e.* de su cláusula 5] y de la jurisprudencia [del TJUE] que lo interpreta» (20) [...]. «Seguiremos, pues, para determinar aquellas consecuencias, los mandatos de efecto directo y de primacía que derivan del Acuerdo marco y de la jurisprudencia del TJUE» (21).
3. «La relación de empleo [...] subsiste y continúa [...] hasta que la Administración [...] cumpla en debida forma la norma» las normas internas infringidas (22).

La precariedad con que el Tribunal Supremo razona la aplicación del Derecho europeo alcanza el paroxismo cuando la propia Sala recurre al principio de justicia rogada para justificar su patente falta de argumentación. Tras recordar el deber inaplicar una norma interna incompatible con otra europea dotada de eficacia directa, la Sala concluye que:

«Al hilo de ello, y sin necesidad de mayor profundidad, como, por ejemplo, la relativa a la “eficacia directa horizontal” [...] de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco que incorpora su anexo, lo que no es cuestionable en absoluto es su “eficacia directa vertical”. Nada de esto se ha planteado en este recurso de casación y nada, por tanto, debemos añadir a lo ya dicho» (23).

El razonamiento del Tribunal Supremo evidencia un desconocimiento absoluto de los principios de primacía, eficacia directa y efecto útil. Y, en concreto, de su aplicación a la Directiva 1999/70/CE. Primero, porque la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE —que es la relevante para los casos de autos— carece de eficacia directa. Así lo ha confirmado expresamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en repetidas ocasiones. Primero, en

(19) Asunto *Martínez Andrés* (FJ 12º), respecto de las normas establecidas en el artículo 9.3 del Estatuto Marco y el artículo 26.5 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi. En términos similares: Asunto *Castrejana López* [FJ 14º.A)-B)], respecto de las normas establecidas en el artículo 10.1.c) del EBEP y la Disposición adicional 17º de la Ley de la Función Pública Vasca.

(20) Asunto *Martínez Andrés* (FJ 12º *in fine*). Asunto *Castrejana López* (FJ 14º *in fine*).

(21) Asunto *Martínez Andrés* [FJ 15º.B)]. Asunto *Castrejana López* [FJ 17º.B)].

(22) Asunto *Martínez Andrés* [FJ 15º.C).1º]. En términos similares: Asunto *Castrejana López* [FJ 17º.C).1º-2º].

(23) STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Martínez Andrés* [FJ 4º.B) *in fine*]. STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Castrejana López* [FJ 10º.B) *in fine*]. *Cursiva añadida*.

el asunto *Impact* (C-268/06), respecto al apartado 1 de la cláusula 5 (24). Y más tarde, en el asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), respecto a su apartado 2 (25). En uno y otro caso, por tratarse de normas que, en primer lugar, confieren a los Estados miembros un margen de apreciación para su transposición al ordenamiento jurídico interno y que, en segundo lugar, carecen de la suficiente precisión como para definir un efecto jurídico concreto sin necesidad de una posterior norma jurídica de desarrollo (26).

Yerra el Tribunal Supremo, por tanto, al concluir tajantemente que «no es cuestionable en absoluto» su eficacia directa vertical. Y ello, con independencia de que la aplicación de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE se dé en una relación horizontal o vertical. Porque, como bien señaló la Abogado General Kokott al dictaminar sobre el asunto *Angelidaki*, la cláusula se configura como una norma abierta y necesitada de desarrollo y, en consecuencia, carece necesariamente de eficacia directa «a pesar de la existencia de una relación jurídica vertical entre el trabajador y su empleador público» (27).

Ello no quiere decir, desde luego, que la cláusula 5 sea jurídicamente irrelevante frente al Estado. Ni tampoco que el funcionario afectado quede desprovisto de una posición jurídica cualificada por la norma europea para hacerla valer frente a la Administración. Y es que, «cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado», tiene dicho el Tribunal de Justicia, «pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión» [STJUE de 24-1-2012, asunto *Domínguez* (C-282/10), ap. 38].

En otras palabras: que una norma europea carezca de eficacia aplicativa directa no significa que no deba salvaguardarse su efecto útil. Lo que habitualmente se traduce en el deber de recurrir a todas las normas disponibles

(24) Por contraposición al apartado 1 de la cláusula 4ª, *vid.* STJUE 15-4-2008, asunto *Impact* (C-268/06), § 80 [«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco (...) es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco»].

(25) STJUE 23-4-2009, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), §§ 154, 162.

(26) Si ello es así en el caso del apartado 1 de la cláusula 5, dirá la Abogado General J. KOKOTT, «[l]as mismas consideraciones cabe hacer con mayor motivo respecto al apartado 2 de la cláusula 5, que está redactado en términos aún más imprecisos y confiere a los Estados miembros un margen de apreciación todavía más amplio que el apartado 1. Ya el propio tenor literal de dicha disposición muestra, al incluir el inciso inicial “cuando resulte [...] necesario”, que los Estados miembros no están obligados a adoptar ninguna de las medidas mencionadas en la cláusula 5, apartado 2, letras a) y b)» [Conclusiones de 4-12-2008, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), ap. 125-126].

(27) AG Juliane KOKOTT, *ibid.*, ap. 125. Cursiva añadida.

en el ordenamiento jurídico y a su interpretación conforme con la Directiva para procurar su mayor cumplimiento posible. Tal como ha reiterado el Tribunal de Justicia, la preservación a toda costa del efecto útil de la norma europea requiere que «la jurisdicción nacional tome en consideración el conjunto del Derecho nacional para apreciar en qué medida éste puede recibir una aplicación tal que no conduzca a un resultado contrario al contemplado por el Derecho [de la Unión Europea]» [STJUE de 5-10-2004, asunto *Pfeiffer* (C-397/01), ap. 116].

En definitiva, efecto útil y eficacia (aplicativa) directa son conceptos diferenciados. Como también lo son sus consecuencias jurídicas. El Tribunal Supremo, sin embargo, parece confundirlos en sus dos sentencias comentadas. En un caso como el planteado, preservar el efecto útil de la cláusula 5 —pese a carecer de eficacia aplicativa directa— pasaría por recurrir a los mecanismos disponibles en el Derecho administrativo interno para lograr el resultado más conforme posible con el propósito de la norma europea.

El Tribunal Supremo, no obstante, se limita a reiterar la obligación de la Administración de cumplir la norma infringida. Y su único pronunciamiento con efectos prácticos pasa por acudir a los artículos 53.2, 54 y 63.1 de la Ley 30/1992, vigente en la fecha de los hechos, para anular el último cese del funcionario interino recurrente:

«El acto administrativo debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita. Esto es, 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 [...]. 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».

[STS (C/A) de 26-9-2018, FJ 17°.C.1] (28).

A la vista de los razonamientos empleados en las dos sentencias gemelas de 26-9-2018, parece claro que el Tribunal Supremo no ha buscado —o, al menos, no ha agotado— todos los mecanismos disponibles en el Derecho administrativo interno para preservar el efecto útil de la cláusula 5 y lograr el resultado más conforme posible con su propósito.

(28) Este concreto pasaje parece haberse omitido por error en su sentencia gemela de misma fecha, la del asunto *Martínez Andrés* (rec. 785/2017), pero su aplicación es similar en ambos casos.

Al margen de su defectuosa aplicación de los principios generales del Derecho europeo, pueden reprochársele dos cosas. De un lado, la sorprendente conclusión de que el incumplimiento de una norma por parte de la Administración acarrea la consecuencia jurídica de recordarle la obligación de cumplirla, aunque sea de manera extemporánea. ¿Es necesario acudir a la cláusula 5 de la Directiva para fundamentar la obligación de la Administración de cumplir con las normas? ¿Acaso su obligatoriedad no se deduce directamente de su propia vigencia y validez conforme al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno? ¿No es un mandato constitucional [ex art. 103.1 CE]?

De otro lado, la anulación del acto administrativo de cese del funcionario interino por inadecuación a los fines que justifican la atribución de esa potestad a la Administración. Si cualquier acto administrativo incurre en desviación de poder, la consecuencia jurídica natural prevista en el ordenamiento interno es su anulación judicial [art. 70.2 LJA]. Esta misma conclusión se habría alcanzado sin necesidad de que existiera la Directiva 1999/70/CE. Entonces, ¿en qué cambia la norma europea el resultado alcanzado por el Tribunal Supremo? ¿En qué se aventaja la posición jurídica del funcionario interino? ¿Cuál ha sido su efecto útil en la resolución judicial del supuesto enjuiciado en autos?

Como se pretende exponer en este trabajo, una alternativa posible y de mayor precisión técnica sería la de recurrir a la aplicación del concepto de precario a las relaciones de empleo funcionariales incursas en fraude o abuso de temporalidad, en el sentido de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. La premisa de este planteamiento pasa por entender que el presupuesto de hecho habilitante —las razones de necesidad y urgencia que justifican el nombramiento del interino— constituye una cláusula accesoria del acto de nombramiento, con las consecuencias jurídicas que se expondrán a continuación.

III. CLÁUSULAS ACCESORIAS Y PRECARIO ADMINISTRATIVO

En Derecho, con carácter general, el concepto de precariedad hace referencia a las situaciones fácticas o de hecho cuyo título jurídico habilitante ha decaído con el paso del tiempo o perdido vigencia por cualquier causa. La posición jurídica del sujeto que se encuentra en esa situación de hecho sobrevinida, una vez decaído el título habilitante, pasa a ser la propia del precarista. En el ámbito específico del Derecho administrativo, la situación de precario se genera típicamente cuando el acto administrativo que amparó la creación de una posición jurídica subjetiva ve agotada su propia vigencia temporal —caducidad— (29) o bien queda privado de efecto por el incumpli-

(29) El concepto de caducidad se liga al transcurso inevitable del tiempo, bien por cumplimiento del plazo para el que se dictó el acto administrativo, bien por el de una condición

miento sobrevenido de alguna de las condiciones a las que se subordinó el contenido del acto en cuestión (30).

Las condiciones a las que se subordina el contenido de un acto o su dictado son, en puridad, las denominadas cláusulas accesorias del acto administrativo (31). Clasificadas típicamente en tres: condición, término y modo. Como explica S. MUÑOZ MACHADO, «[l]a presencia de estas cláusulas se produce tanto en los actos reglados como en los discrecionales» (32). Y, «[m]uy habitualmente, las condiciones y modos que acompañan a los actos administrativos no dependen de la voluntad de la Administración sino que son *conditio iuris*». También llamadas cláusulas accesorias impropias (33). «[E]n cuanto que trasponen al acto requisitos de eficacia o de validez que están previstos en las normas que regulan las potestades administrativas o el contenido mismo del acto» (34). Como sucede, por lo que aquí interesa, en el nombramiento del personal funcionario interino.

Es verdad que, en términos generales, el concepto de precario administrativo sólo se ha venido aplicando tradicionalmente al ámbito de las concesiones y de las licencias (35). Lo que explica que prácticamente sólo allí haya

resolutoria: A. GALLEGO ANABITARTE, «Apostillas, accesoriedad y extinción del acto administrativo», prólogo a F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo* [Tecnos: Madrid, 1996], pp. 17-29; p. 28.

(30) Por extenso, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo* [Tecnos: Madrid, 1996].

(31) F. IGLESIAS GONZÁLEZ, *La revocación de actos administrativos favorables* [Tirant lo Blanch: Valencia, 2017], p. 87: «[S]e puede distinguir correctamente entre verdadera condición (suspensiva o resolutoria) y el resto de cláusulas [accesorias] que generan obligaciones [...] si tomamos en cuenta su relación con el contenido básico del derecho otorgado mediante el acto administrativo; las verdaderas condiciones se encuentran íntimamente asociadas al contenido básico del derecho, por lo que su incumplimiento (eventualmente, su cumplimiento) genera la ineficacia (que no la invalidez, claro está), provocando la extinción del propio acto con efectos retroactivos, mientras que el resto de cláusulas [...] no tienen esa relación tan estrecha con el contenido básico del derecho otorgado, limitándose a complementar la situación jurídica básica definida por el acto administrativo».

(32) S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos administrativos*. 2ª ed. [BOE: Madrid, 2017], p. 56.

(33) Como bien explicó en su día M. CAETANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo* [Galí: Compostela, 1946], p. 338, este tipo de cláusulas accesorias se corresponde con «los casos en que la ley de un modo genérico, para todos los actos de una misma especie, establece una condición, una carga o un plazo como parte integrante de la naturaleza de un acto».

(34) *Ibidem*.

(35) De hecho, el Diccionario del Español Jurídico define el concepto de precario administrativo como la «[c]ondición o término resolutorio de los títulos habilitantes de ocupación y uso del dominio público que se cumple tras la confirmación de un interés público prevalente al permitido por dicho título». Vid. S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario del Español Jurídico* [CGPJ-RAE: Madrid, 2016], p. 1239.

sido objeto de atención y desarrollo por parte de la doctrina (36). A salvo de algunas excepciones, como se verá a continuación.

1. El acto administrativo de nombramiento del funcionario interino

El nombramiento de funcionario interino es un acto administrativo reglado. El artículo 10 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público [«EBEP»], que es la norma básica estatal de referencia (37), deja bien claro que sólo procede su nombramiento «por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia». Nótese dos cosas: primero, que no todos los funcionarios interinos que prestan servicios actualmente han sido nombrados en aplicación de este precepto, porque muchos lo fueron incluso antes de su entrada en vigor, el 13 de mayo de 2007 (38). Un supuesto claro, por cierto, de que sus relaciones de empleo han caducado y se encuentran prestando servicios en precario.

Ello no obstante, el artículo 5.2 de la antigua Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 ya establecía que «[s]on funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera». Interesantemente, este precepto fue modificado luego por el artículo 54 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introdujo relevantes añadiduras en su texto: «Son funcionarios interinos los que, por

(36) En este ámbito se sitúan los referentes clásicos en su estudio: R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, nº 56 (1968), pp. 93-122; J. LEGUINA VILLA, «Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa», *Revista de Administración Pública*, nº 68, (1972), pp. 9-56; F. SAINZ MORENO, «La cláusula de precario en la autorización para tender líneas eléctricas sobre dominio público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 21 (1979), pp. 274-280; A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 116 (1988), pp. 131-156; R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Sobre la figura jurídica del precario administrativo con especial referencia a su aplicación al dominio público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 126, 2005, pp. 263-290. Las únicas dos obras monográficas enteramente dedicadas al tema son el opúsculo de C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, *Algo sobre el precario administrativo municipal* [Instituto García Oviedo: Sevilla, 1956] y la tesis doctoral de E. DESDENTADO DAROCA, *El precario administrativo: un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario* [Aranzadi: Pamplona, 1999].

(37) Como recuerda su disposición final primera, «[l]as disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios; al amparo del artículo 149.1.7.º de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral, y al amparo del artículo 149.1.13.º de la Constitución, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica».

(38) Fecha general de entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de su disposición final cuarta.

razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal [¿?] y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible [!] su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia [!]».

La segunda observación que no debe pasar inadvertida es que, dado el carácter básico de la norma estatal, la legislación autonómica concordante deberá respetar la naturaleza excepcional del nombramiento. Sí podrá restringir el presupuesto de hecho habilitante, pero nunca ampliarlo o configurar una habilitación legal más laxa. De hecho, algunas normas autonómicas —anteriores incluso al Estatuto Básico del Empleado Público— restringieron todavía más el nombramiento de funcionarios interinos. Un caso ejemplar y sobre el que tendremos que volver más adelante es el de la Comunidad de Madrid (39).

De momento, es claro que el presupuesto de la habilitación legal para el nombramiento de interinidad exige la concurrencia efectiva de razones justificadas de «necesidad» y «urgencia». En cuanto condiciones exigidas directamente por la norma legal habilitante, la exigencia de su concurrencia se integra como una cláusula accesoria impropia del acto administrativo de nombramiento, a las que éste quedará siempre subordinado (40).

Así, en el supuesto de que estas razones justificadas de «necesidad» y «urgencia» no concurrieran ya en el mismo momento inicial de dictarse el acto administrativo de nombramiento, éste último habría nacido directamente viciado de ilegalidad. En el caso de que sí concurrieran al inicio, pero desaparecieran a lo largo de la vigencia del acto de nombramiento y, pese a ello, no se hubiera procedido al cese del funcionario interino, entonces su nombramiento habrá entrado en una situación de precario administrativo.

Esta posibilidad de desaparición sobrevenida de las circunstancias que habilitaron inicialmente el nombramiento estaba implícita (o, más bien, explícita) en la redacción del artículo 5.2 de Ley de Funcionarios Civiles del Estado vigente después del 2001 («...en tanto ... permanezcan las razones de necesidad o urgencia»). La concurrencia de estas circunstancias habilitantes es una cuestión de hecho, no jurídica y, por lo tanto, no es necesario que la norma refleje la mera posibilidad de que aquellas desaparezcan.

(39) *Infra* ap. III. B.

(40) Llama la atención que, pese a su evidente relevancia como presupuestos de hecho habilitantes de la actuación administrativa, los conceptos de «necesidad» y de «urgencia» apenas hayan sido objeto de estudio. Especial mención merecen los trabajos de M. F. CLAVERO ARÉVALO, «Ensayo de una teoría de la urgencia en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 10, 1953, pp. 25-52; y V. ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público* [Civitas: Madrid, 1996].

Compárese, por ejemplo, con el texto del artículo 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que expresa una lógica esencialmente similar: «Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas *cuando desaparecieran las circunstancias* que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación».

En definitiva, la persistencia de las circunstancias habilitantes del acto de nombramiento se integra en este último como cláusula accesorias (impropia, porque su incorporación viene impuesta directa y automáticamente por ministerio de ley y no por una decisión administrativa discrecional adoptada para el caso concreto). Cuestión distinta es que, para mayor garantía de la seguridad jurídica, la propia norma habilitante incorpore un límite máximo de tiempo cuya superación active la presunción *iusuris et de iure* de que las circunstancias de hecho que habilitaron el acto de nombramiento dejan de concurrir.

Por ejemplo, una lectura de ese tipo es la que puede inferirse a partir de la interpretación conjunta de los artículos 10.4 y 70.1 EBEP. Según el primero, «las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización». A su vez, de acuerdo con el artículo 70.1 EBEP, la ejecución de la oferta de empleo público deberá desarrollarse, en todo caso, dentro del plazo improrrogable de tres años. De la interpretación conjunta de ambos se infiere que, como máximo, un nombramiento de funcionario interino por vacante no podrá prolongarse durante un plazo de tiempo superior a los cinco años. O, lo que es lo mismo, que la necesidad y urgencia que habilitaron su nombramiento se presumirán desaparecidas —*iusuris et de iure*— al transcurso de ese plazo de tiempo (41).

(41) Aunque referente a personal interino *laboral*, es interesante traer aquí a colación una reciente reflexión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: «El plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP referido, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión. Así, dadas las circunstancias del presente caso, no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente [...] estamos ante un supuesto [...] [de] duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años)» [STS (Soc.) de 24-4-2019, FJ 3º.3].

En definitiva, las circunstancias habilitantes a las que se condiciona el nombramiento quedan integradas como cláusulas accesorias impropias del acto administrativo. En estos precisos términos lo ha reconocido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con el cese —extemporáneo— de quien obtuvo un nombramiento cuya convocatoria le imponía un plazo máximo de entre tres y dos años:

«[C]onforme a lo expuesto, superado el plazo previsto en la Orden de convocatoria [...], el actor fue cesado. Esto implica que[,] con superación manifiesta de los plazos previstos, se hizo efectiva la previsión del elemento temporal del acto de convocatoria, elemento que actúa a modo de cláusula accesoria de ese acto administrativo; a su vez tal circunstancia implica que desde el momento en que supera el tiempo previsto, el funcionario queda en una situación de mero interés —que no derecho— a seguir en el destino, de forma que la Administración puede acordar su cese».

[SAN (C/A) 2-6-2000, FJ 2º; reiterado posteriormente en SAN (C/A) 7-6-2002, FJ 2º, SAN (C/A) 5-6-2002, FJ 1º]

De acuerdo con este pronunciamiento, la superación del plazo máximo de tiempo establecido en las bases de la convocatoria para su nombramiento implica que el funcionario «queda en una situación de mero interés —que no derecho— a seguir en el destino, de forma que la Administración puede acordar su cese». Lo que bien puede calificarse, aunque no se diga expresamente, como una situación de precario: decaído el título habilitante —acto de nombramiento— por cumplirse el término incorporado a aquél como cláusula accesoria, la Administración mantiene al funcionario en su puesto.

¿A qué equivale la posición de precarista del funcionario temporal que lo es en virtud de un acto de nombramiento, inicialmente válido pero luego decaído en su vigencia por el cumplimiento sobrevenido de la condición o término a la que se subordinó su dictado? A diferencia de concesionarios y licenciatarios, el funcionario temporal incurso en la condición de precarista sí recibiría una denominación concreta: «funcionario de hecho».

2. La doctrina del «funcionario de hecho»

El titular de una concesión o de una licencia, decaída la vigencia de esta última por cumplimiento sobrevenido de la condición o término a la que se subordinó su dictado, adquirirá la condición genérica de precarista. Sin embargo, en el caso específico del acto de nombramiento de funcionario interino, la situación de precario administrativo se traduce en una concreta categoría jurídica de cuño jurisprudencial y doctrinal, la del «funcionario de hecho». Un concepto que ha sido genéricamente reconocido por la doctrina

académica (42) y, en lo que aquí interesa, también para describir la situación de aquellos funcionarios que, pese a haber sido formalmente designados como interinos, son mantenidos efectivamente por la Administración en su relación de empleo de manera indefinida, excediendo la habilitación de su acto de nombramiento temporal (43).

De hecho, alguna norma autonómica en materia de función pública avala textualmente esta posibilidad, como el artículo 87.5 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid. De acuerdo con el precepto, «[l]as plazas vacantes ocupadas por los [funcionarios] interinos y que no sean de reserva legal se incluirán preceptivamente en la primera y sucesivas convocatorias de pruebas selectivas realizadas por la Administración de la Comunidad. *El incumplimiento de este precepto determinaría la baja automática [!] de los créditos presupuestarios correspondientes, así como el cese [¿también automático?] de quien interinamente ocupara la plaza*».

Por lo demás, la figura del “funcionario de hecho” ha sido reconocida expresamente por el Consejo de Estado (44) y también por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (45). De su aplicación por la jurisprudencia ofrecemos varios ejemplos.

En una reciente sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha rechazó expresamente la posibilidad de aplicar a los “funcionarios de hecho” la misma normativa que a los interinos, por considerar que son figuras con estatutos jurídicos diferenciados. Decía la Sala que «[a]l recurrente no le

(42) J. GASCÓN MARÍN, «Funcionario de hecho», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo X* [Seix Barral: Barcelona, 1968], pp. 511-512. F. GARRIDO FALLA, «Los motivos de impugnación del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 17 (1955), pp. 30-33.

(43) S. MARTÍN-RETORTILLO, «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 39, 1962, p. 57: «En el mismo terreno podríamos mantenernos para tratar de justificar la validez y eficacia de los actos de los funcionarios interinos cuando existiendo prescripción legal que señale plazo máximo durante el cual podrá tener validez ese nombramiento, se continúa en el desempeño de las funciones una vez transcurrido dicho plazo. Hay acaso, en cierto modo, una “conversión” del funcionario interino en funcionario de hecho».

(44) Consejo de Estado, Dictamen de 16-2-1989 [expediente n° 50598], apdo. II. Si bien es cierto que el expediente dictaminado versaba sobre la rehabilitación de un título nobiliario y no sobre una cuestión de función pública. La referencia a la categoría del «funcionario de hecho» la hace *obiter* y a título argumentativo por remisión a una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 1981, en un asunto en el que también se alegaba, a similitud del sometido allí a dictamen, la nulidad de un acto inscrito en el Registro Civil.

(45) STS (C/A) 19-12-1988, FJ 2º: «desde el punto de vista subjetivo resultan aplicables los principios que han inspirado la construcción de la figura del “funcionario de hecho”, que ya tuvo antecedentes en el Derecho Romano».

es aplicable el régimen de los interinos y que tiene una configuración especial como funcionario de hecho, asimilable, prácticamente, a los funcionarios de carrera» [STSJ CLM (C/A) de 28-9-2017].

El mismo Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en una sentencia poco anterior a la citada, los identifica expresamente con «lo que en otras ocasiones han sido llamados interinos históricos, o funcionarios de hecho». Y luego concluye que:

«Dicha denominación [...] pretende hacer ostensible [...] su clara diferenciación, en tanto regulada y con habilitación legal, de los funcionarios interinos [...]. Congruentemente con ello, estamos ante una realidad jurídica, que se perfiló en la doctrina científica, como funcionario de hecho [...] [y] cuyo régimen legal está prácticamente asimilado a los de Carrera; respecto de la cual, por la especificidad de su régimen legal, no es comparable ni asimilable, en ningún caso, al funcionario interino; cuyo régimen legal no le es aplicable».

[STSJ CLM (C/A) de 13-6-2017, FJ 2º]

También hace referencia a este concepto Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en otro pronunciamiento del año 2016, donde explica los presupuestos de su aplicación:

«Para que una persona sea considerada funcionario de hecho [...] se señalan las siguientes condiciones: que el cargo que ocupe tenga, cuando menos, una existencia de derecho o, por lo menos, esté reconocida por la ley; que el agente se encuentre realmente en posesión del mismo; y que lo detente bajo apariencia de legitimidad de título. A ello debería añadirse que, siendo la figura del funcionario de hecho perfectamente admisible, ello lo será siempre que quien ocupa el cargo con investidura irregular lo haga en beneficio de un interés público».

[STSJ Cat (C/A) de 9-6-2016, FJ 5º]

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, por su parte, también recurrió a la figura del “funcionario de hecho” para calificar la relación de empleo de quien venía prestando servicios de manera indefinida y durante un período prolongado de tiempo como secretario municipal, sin el amparo de un acto de nombramiento válido como funcionario *titular*. En opinión de la Sala:

«Resulta que cuanto menos se estaría ante la figura que la doctrina jurisprudencial y científica denomina “funcionario de hecho”, dadas las funciones que ha venido realizando (esto para el supuesto de que pueda dudarse de la habilidad del actor para alegar la condición de funcionario). Pues bien, siendo asimilable la condición de “funcionario de hecho” a la de funcionario, corresponde a esta Jurisdicción resolver las controversias derivadas de esta situación jurídica, lo que conduce a desestimar esta causa de inadmisibilidad opuesta en primer lugar».

[STSJ CyL (C/A) 10-11-2000, FJ 2º]

En términos generales, el reconocimiento judicial de la condición de funcionario de hecho equivale a reconocer la posición de precarista del interino que mantiene *de facto* una relación de empleo indefinida con la Administración pública empleadora, una vez decaído o caducado el acto administrativo de nombramiento que lo incorporó a ella.

Nótese que este reconocimiento no equivale a la conversión del acto administrativo de nombramiento del funcionario interino (incurso en fraude de ley en la temporalidad) en otro de funcionario titular. La conversión del acto de nombramiento es una alternativa, también posible (46), para remediar la situación de irregularidad del funcionario temporal. De hecho, esta solución ha sido considerada tangencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el reciente asunto Sánchez Ruiz (C-103/18 y 429/18). Aunque sólo le dedica el penúltimo párrafo de su sentencia y lo hace únicamente para declinar entrar a valorarla. Porque —afirma— «de la información facilitada por el juzgado remitente se desprende con claridad que tal transformación [léase: conversión] está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo» (47).

Claramente la información facilitada por el juzgado remitente ignora la aplicabilidad del artículo 50 de la LPAC. Y también los precedentes judiciales internos que —aunque escasos— han confirmado la posibilidad de conversión de los actos de nombramiento (48). No hará falta recordar aquí —para justificar esta interesante oportunidad perdida (49)— que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según una inveterada jurisprudencia (50), carece absolutamente de competencia para «cuestionar o comprobar la exactitud de

(46) Que el acto de nombramiento de funcionario es susceptible de conversión es algo aceptado por la más autorizada doctrina. A favor se pronuncian, como dijimos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 15^o ed. [Civitas: Madrid, 2011], p. 679; F. GARRIDO FALLA, «Los motivos de impugnación del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, n^o 17, 1955, p. 21; A. GUAITA MARTOTELL, «Eficacia del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, n^o 25, 1958, p. 164; y V. ESCUIN PALOP, *La conversión de los actos administrativos* [Civitas: Madrid, 2012], pp. 190-191.

(47) STJUE de 19-3-2020, asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18 y 429/18), ap. 130.

(48) Por ejemplo, la STS de 26-9-1994 y la STSJ Galicia (C/A) de 24-2-2010, citadas ambas por V. ESCUIN PALOP, *La conversión de los actos administrativos* [Civitas: Madrid, 2012], pp. 190-192.

(49) Lo que no excluye naturalmente la posibilidad de que el Tribunal de Justicia se pronuncie en el futuro sobre la conversión del acto de nombramiento en conexión con la cláusula 5^a de la Directiva 1999/70/CE, si una eventual cuestión prejudicial le llegara a plantear esta alternativa como una solución posible con cabida en el Derecho español.

(50) SSTJUE de 22-12-1964, asunto *Dingemans* (C-24/64) y 1-12-1965, asunto *Dekker* (C-33/65), que pueden considerarse las sentencias fundacionales de esta jurisprudencia. *Vid.* K. LENAERTS, I. MASELIS y K. GUTMAN, *EU Procedural Law* [OUP: Oxford, 2014], pp. 233-234.

la interpretación del Derecho nacional realizada por el juez nacional, ya que esta interpretación forma parte de la competencia exclusiva de este último». Por lo que el Tribunal de Justicia, en el marco de la cuestión prejudicial, «debe atenerse a la interpretación del Derecho nacional que le ha expuesto dicho órgano jurisdiccional» (51). En términos procesales, el Derecho interno y su interpretación se manejan como una cuestión de hecho (52), susceptible de prueba, cuyo conocimiento —o indagación de oficio— no se le presume al Tribunal de Justicia (53).

En definitiva, el asunto Sánchez Ruiz (C-103/18 y 429/18) no excluye la idoneidad de la conversión del acto de nombramiento interino en fijo como posible solución a la luz de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE. Simplemente deja imprejuzgada la cuestión porque el juzgado remitente parte de la premisa de su prohibición en Derecho español.

Sea como fuere, queda claro que la conversión del nombramiento es una posibilidad distinta a la planteada aquí. Como se ha dicho, atribuir la condición de funcionario de hecho equivale a reconocer la posición de precarista del interino que mantiene *de facto* una relación de empleo indefinida con la Administración pública empleadora, una vez decaído o caducado el acto administrativo de nombramiento que lo incorporó a ella.

En el caso de que la relación llegara a extinguirse —por ejemplo, por la adjudicación de la plaza ocupada por el funcionario o por su amortización—, se cumple también aquí la regla general que identificó en su día R. MARTÍN MATEO, a saber: que «[l]a extinción a que da lugar el juego de la precariedad es independiente de la conducta del afectado, que no se supone contraria a las previsiones del acto del que deriva su situación» (54).

Esta precisión es importante porque significa que la condescendencia del funcionario con el desempeño de su puesto de trabajo durante un periodo

(51) STJUE 6-10-2015, asunto *Târșia* (C-69/14), ap. 12-13; repetido textualmente en la STJUE de 14-7-2016, asunto *Promoimpresa* (C-458/14), ap. 28-29. Por citar un caso español, en el mismo sentido, véase STJUE de 15-4-2010, asunto *Fundación Gala-Salvador Dalí* (C-518/08), ap. 21.

(52) Lo explica un magistrado del Tribunal de Justicia: Siniša RODIN, «Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 64, nº 4, 2016, pp. 815-840; en particular, p. 825: «Indeed, the CJEU considers itself bound by legal interpretations of national law submitted to it by a referring national court. And it is precisely for this reason that the CJEU understands the national law of member states as fact, not as law».

(53) STJUE de 20-3-2013, asunto *El Corte Inglés c. OEPM* (T-571/11), ap. 35: Sólo al Derecho de la Unión Europea «se [le] aplica el principio *iura novit curia*, mientras que el primero [el Derecho interno] se sitúa en el plano de la carga de la alegación y de la prueba de los hechos, de modo que su contenido debe, en su caso, documentarse mediante la presentación de pruebas».

(54) R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, nº 56, 1968, pp. 93-122.

indefinido de tiempo (es decir, su permanencia en el puesto más allá del margen de tiempo legalmente admisible) no le impone el deber jurídico de soportar el daño que le suponga su eventual cese (55). La precariedad —y su conocimiento por parte del funcionario en cuestión— no elimina la antijuridicidad del funcionamiento anormal de la Administración respecto a su plaza.

La precariedad no excluye ni delimita necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como concluyó A. DE ASÍS ROIG sobre esta cuestión, la precariedad no implica la eliminación de los eventuales derechos indemnizatorios del precarista. Antes bien, su procedencia dependerá «de los derechos e intereses afectados y del grado de consolidación de las situaciones que se originen con el acto otorgado a precario» (56). En este sentido, para el autor, «la previsión expresa de la exclusión de indemnización parece ser suficiente para la eliminación de aquélla, sin perjuicio que esta regla [excluyente] deba ser corregida [...] con los principios constitucionales vigentes» (57).

Respecto a los derechos y bienes afectados, en el supuesto de cese de un funcionario que ha permanecido durante un periodo significativamente prolongado de tiempo en el desempeño de su cargo, la procedencia de su indemnización encontrará fundamento en el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo [ex art. 35.1 CE] y en el mandato constitucional para la protección social y económica de la familia [ex art. 39.1 CE].

En cuanto al segundo factor relevante que apuntaba A. DE ASÍS ROIG para valorar su procedencia, el grado de consolidación de la situación se corresponderá con el período de tiempo durante el que el funcionario ha permanecido en el desempeño de su cargo. Desde luego, la jurisprudencia europea sobre trabajo temporal ha atribuido ya relevancia a este factor, al imponer a los órganos jurisdiccionales internos la consideración de la «duración inusualmente larga» de la relación de empleo y el carácter «imprevisible» de su finalización, en orden a valorar jurídicamente la situación de un empleado público (58).

(55) Contrariamente al criterio de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ourense de 3-9-2018 [FJ 7º], que alude a la aquiescencia de la funcionaria interina respecto a su permanencia en el cargo para negar la responsabilidad patrimonial de la Administración, bajo una aplicación implícita del principio —iusprivatista— *volenti non fit iniuria*.

(56) A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 116 (1988), pp. 131-156; p. 145.

(57) A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 116 (1988), pp. 131-156; p. 145.

(58) STJUE de 5-6-2018, asunto *Montero Mateos* (C-677/16), ap. 64. De este pasaje y de sus consecuencias hace una reflexión detallada I. BELTRÁN DE HEREDIA, «El apartado 64 del caso *Montero Mateos*: impacto en las relaciones laborales», en: XXX Jornades Catalanes de Dret Social (9 y 10 de mayo 2019), en prensa. El manuscrito está disponible online en academia.edu.

En estos casos, la situación del funcionario en cuestión bien puede catalogarse como un precario de primer grado. Recuerde el lector que la doctrina administrativista ha venido diferenciando entre dos grados de precariedad. Como lo resumió R. MARTÍN MATEO (59), cabría distinguir entre una precariedad relativa o de primer grado —que lleva aparejada indemnización— y una precariedad absoluta o de segundo grado. Esta última, según el autor, sería de carácter excepcional frente a la primera y respondería a «circunstancias de carácter provisional marcadamente transitorias», basadas llanamente en «una mera tolerancia por parte de la Administración y [en] una situación efímera y transitoria» (60).

Sólo una última consideración se opondría a la posibilidad de atribuir automáticamente un derecho indemnizatorio al funcionario interino devenido en situación de precario. Y es la de que varias normas autonómicas de empleo público prohíben expresamente que el cese del interino genere derecho a indemnización. Tal es el caso, por citar un par de ejemplos, del artículo 24.3 de la Ley 2/2015, del Empleo Público de Galicia (61); y el del artículo 9.4 de Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

No obstante, pueden enumerarse, al menos, tres argumentos en contra de que esta previsión legal elimine el derecho indemnizatorio del funcionario precarista. De entrada, su interpretación constitucionalmente conforme con los artículos 24, 106.1 y 117.3 CE. Pues no parece posible atribuir a estas previsiones legales el efecto de limitar o cercenar la competencia del orden contencioso para ejercer su control jurisdiccional sobre la actuación de la administración y conferir su tutela judicial al funcionario en cuestión.

En segundo lugar, recordaremos la afirmación de A. DE ASÍS ROIG, ya citada, acerca de que «la previsión expresa de la exclusión de indemnización parece ser suficiente para la eliminación de aquélla, sin perjuicio que esta regla [excluyente] deba ser corregida [...] con los principios constitucionales vigentes» (62). En el caso del funcionario que ha permanecido un periodo significativamente prolongado de tiempo en el desempeño de su cargo, son varios los principios constitucionales, antes citados, que abogarían por la salvaguarda de su derecho indemnizatorio derivado del cese frente a su exclu-

(59) R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, n° 56, 1968, pp. 93-122.

(60) R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, n° 56, 1968, pp. 93-122; p. 121.

(61) Esta norma autonómica fue precisamente una de las razones invocadas para negar la responsabilidad patrimonial de la Administración frente a la funcionaria temporal cesada en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1 de Ourense de 3-9-2018 [FJ 7°].

(62) A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 116 (1988), pp. 131-156; p. 145.

sión legal. En particular, el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo [art. 35.1 CE] y el mandato constitucional de protección social y económica de la familia [art. 39.1 CE].

Pero el argumento tal vez más convincente, en tercer y último lugar, es precisamente la principal tesis sugerida aquí. La de su catalogación como funcionarios de hecho por haber devenido en situación de precario su acto de nombramiento. De tal manera que, por su propia categorización, el funcionario de hecho «no es comparable ni asimilable, en ningún caso, al funcionario interino; cuyo régimen legal no le es aplicable» [STSJ CLM (C/A) de 13-6-2017, FJ 2º]. Así, el precario administrativo coloca al funcionario, que deja de ser interino en sentido técnico-jurídico por decaer su acto de nombramiento, fuera del supuesto de hecho de la norma legal que excluye la indemnización por cese.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

El fraude en la temporalidad no implicará siempre la precariedad del nombramiento. Pero, a la inversa, la precariedad del nombramiento sí implicará (casi) siempre fraude en la temporalidad. En efecto, por fraude de ley en la temporalidad se entiende el recurso a normas que habilitan excepcionalmente la constitución de relaciones temporales de empleo sin concurrir el supuesto de hecho habilitante previsto en la norma. O si, pese a concurrir al momento inicial de su constitución, el supuesto de hecho habilitante decae sobrevenidamente sin conllevar la solución de continuidad de la relación de empleo.

A la vista de esta definición, la relación de empleo del funcionario interino puede acusar fraude en la temporalidad sin necesidad de que su acto de nombramiento incurra en una situación de precario. Tal será el caso, por ejemplo, cuando las razones justificadas de «necesidad» y «urgencia», que constituyen su presupuesto habilitante, no concurrieran al momento de dictarse el acto de nombramiento. Aquí no existirá un título jurídico válido susceptible de caducar o decaer en su vigencia. El acto es ilegal desde su inicio. Y el funcionario temporal lo será en fraude de ley ya desde su mismo nombramiento.

A la inversa, sin embargo, precariedad administrativa y fraude en la temporalidad serán situaciones coextensas cuando el acto administrativo de nombramiento, inicialmente válido, decae en su vigencia por la desaparición de su presupuesto habilitante. Incurso así en precario el acto de nombramiento, el funcionario interino lo devendrá de hecho.

Nótese que el funcionario de hecho, como el indefinido no fijo laboral, seguirá estando comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE en cuanto su relación de empleo es indefinida en el tiempo, pero no fija. Se beneficiará, por lo tanto, de la prohibición de discriminación por

razón de la temporalidad establecida en su cláusula 4 (63). Pero la principal ventaja de este planteamiento radica, no obstante, en lo adelantado al inicio. De un lado, permite caracterizar la posición jurídica del funcionario temporal afectado como un precario de los de segundo grado. Con lo que éste quedaría exento de la carga de probar la existencia —no su cuantificación— del daño ocasionado por la actuación irregular de la Administración. Lo que facilita su tutela judicial en el proceso contencioso a la hora de reivindicar una eventual responsabilidad patrimonial.

Por otro lado, este planteamiento permite conceptualizar jurídicamente la situación en la que se encuentran los funcionarios temporales en fraude de ley. En efecto, bajo la figura del «funcionario de hecho», estos empleados públicos pueden reivindicar un estatus jurídico diferenciado del funcionario interino. Desde el punto de vista de la Directiva, sería un sucedáneo del indefinido no fijo para las relaciones de Derecho administrativo. Una categoría a la que vincular los derechos profesionales adicionales que les ha venido reconociendo la jurisprudencia por la anomalía en la duración de su relación de empleo con la Administración. Con ello se normalizaría o, cuando menos, se haría jurídicamente manejable la posición jurídica de estos funcionarios y se cerraría, aunque sea parcialmente, el desfase existente entre la realidad de los hechos y el texto de la ley.

(63) En el asunto *Vernaza Ayovi* (C-96/17), la Abogada General J. KOKOTT niega expresamente que «la existencia de un abuso sea un requisito para aplicar el Acuerdo Marco». Y enfatiza que «[n]o debe desdibujarse el límite que separa los requisitos de aplicación del Acuerdo Marco, *por una parte*, de las disposiciones en materia de lucha contra la discriminación (cláusula 4) y los abusos (cláusula 5) recogidas en el Acuerdo Marco, *por otra parte*». [Conclusiones de 25-1-2018, asunto *Vernaza Ayovi* (C-96/17), ap. 48, cursiva añadida].