

EL EMPLEADO PÚBLICO 2021. CRISIS DEL EMPLEO TEMPORAL: INTERINOS VS. INDEFINIDOS NO FIJOS

LOURDES MORATE MARTÍN¹.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Personal temporal. Situación actual; reivindicaciones contra el abuso de la temporalidad; derechos obtenidos en los últimos años: 2.1. La consolidación del grado de los funcionarios interinos. 2.2. El reconocimiento del derecho a la permuta de los trabajadores temporales de la administración. 2.3 Consolidación doctrinal del reconocimiento del derecho a la carrera administrativa de los interinos. Novedades en la materia. **3.- Derechos que amparan a los trabajadores indefinidos no fijos (cuyo nexo de unión con los interinos es la naturaleza temporal de su situación):** 3.1. Derecho a la promoción administrativa. 3.2. Derecho a la carrera administrativa de los trabajadores temporales (con vínculo laboral) de la Administración. 3.3. Derechos de los trabajadores indefinidos no fijos provenientes de cesión ilegal. 3.4. Derecho a la excedencia voluntaria. **4.- Nacimiento de un nuevo derecho del empleado público: el teletrabajo. 5.- Conclusión**

RESUMEN: El presente trabajo constituye un estudio detallado de la problemática generada por la temporalidad en la Administración y más concretamente por la situación de miles trabajadores interinos que, en los últimos tiempos, han planteado sus reclamaciones en los Tribunales, en los medios de comunicación, e incluso en las calles. Se analiza su situación actual, las perspectivas de futuro a la luz de la reforma normativa recientemente acometida, y la comparación de su situación con la de otro colectivo de trabajadores públicos temporales, no menos importante, como son los trabajadores indefinidos no fijos, destacando los derechos actualmente reconocidos a ambos colectivos, con especial referencia al teletrabajo.

PALABRAS CLAVE: Interinos, temporalidad, estabilización, indefinidos no fijos, equiparación de derechos, carrera profesional, teletrabajo.

1 Letrada Consistorial del Ayuntamiento de Oviedo. Académica de Número Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Asturiana y Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española.

1. INTRODUCCIÓN

Muchas noticias nos llevan estos días a plantearnos si existe una solución fácil a crisis del empleo temporal en la Administración, situación que a derivado en numerosas protestas en los últimos tiempos, del personal interino de las distintas Administraciones Públicas.

Resulta evidente que en los últimos años el personal temporal público ha sufrido un notable incremento a raíz la congelación de las plantillas públicas consecuencia de la tasa límite de reposición de efectivos, durante los años 2010 y siguientes, lo que motivó el abuso durante los años 2010 de programas temporales por parte de las Administraciones Públicas, ante la carencia de personal propio funcionario de carrera para gestionar sus servicios.

El panorama expuesto, modificó las plantillas de muchas Administraciones, en las que **se multiplicaron exponencialmente los trabajadores temporales, interinos o laborales, que ante los abusos en la contratación constatados por la jurisdicción social, devinieron en un notable incremento de los trabajadores laborales “inde inidos no ijos” en algunos casos con prevalencia en número sobre los interinos de vínculo administrativo y funcional.**

Esta tendencia permaneció hasta la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en la que se acomete un primer intento de revertir el proceso de “laboralización” de las Administraciones Públicas, y de salvaguardar nuevamente los principios fundamentales en el acceso al empleo público, con premisas como la prohibición de la declaración de la condición de indefinido no fijo en vía administrativa, e incluso responsabilidades para las autoridades o funcionarios que favorecieran dicha declaración. No obstante, la tendencia se revierte en la ley de Presupuestos para 2021, donde quizá por olvido del legislador se eliminó tal prohibición, que sin embargo, se ha retomado en la Disposición adicional décimoséptima del EBEP introducida por el Real Decreto Ley 14/2021, que vuelve a prever la exigencia de sanciones por actuaciones irregulares en la materia.

Este nuevo Real Decreto 14/2021, intenta revertir la temporalidad del sector público con previsiones novedosas como es la modificación del artículo 10 del RDL 5/2015 (EBEP, limitando a 3 años el nombramiento en el caso de interinos por vacante y programas) no aplicándose sin embargo tal límite en el caso de interinos por sustitución de los titulares y declarando la posibilidad de realizar procesos de estabilización para favorecer la consolidación de las plazas de empleo temporal (interinos y laborales) de las administraciones públicas.

En este estudio se abordará ello así como, someramente el diferente régimen jurídico de funcionarios interinos y trabajadores temporales laborales del sector público y las razones que han conllevado a la diversidad de respuestas de los Juzgados o Tribunales ante las reclamaciones de abuso en la temporalidad planteadas por ambos colectivos.

Por otro lado, en el ámbito de la equiparación de derechos nos encontramos en una encrucijada, cada vez más afectada por la nueva realidad en que nos encontramos, por situaciones novedosas no esperadas, como la irrupción imparable del teletrabajo a la Administración y una cada vez más complicada realidad jurídica, en el que la presión ejercida desde distintas instancias para acabar con la temporalidad en la Administración hace ver una realidad diferente para los distintos colectivos de trabajadores temporales; trabajadores interinos con vínculo administrativo vs. trabajadores de duración determinada con vínculo laboral.

2.- PERSONAL TEMPORAL. SITUACIÓN ACTUAL; REIVINDICACIONES CONTRA EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD; DERECHOS OBTENIDOS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Una de las cuestiones que más disquisiciones suscita en materia de empleo público actualmente, es la temporalidad en la Administración. La batalla de los interinos de larga duración ya no se lleva a cabo sólo en los Tribunales de justicia sino que ha saltado a la calle y a los medios de comunicación, dando lugar a una encrucijada donde la tensión, entre los derechos y la protección de estos trabajadores públicos temporales contra el abuso de la Administración contratante, y, por otro lado, el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, unido a los derechos de miles de opositores esperando una oportunidad para acceder al empleo público también tienen que ser valorados.

Para poner la situación en el contexto adecuado debemos de partir de que de conformidad con el art. 10.1 del TREBEP 5/2015 *“Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se de alguna de las siguientes circunstancias (...) Existencia de vacantes, no siendo posible la cobertura por los titulares, sustitución transitoria, ejecución de programas de carácter temporal, exceso o acumulación de tareas (...).*

Son públicos y notorios los excesos cometidos por muchas Administraciones Públicas en la contratación de interinos en los últimos años, tanto por nombramiento de los mismos sin concurrir los requisitos legamente exigidos para ello, como por la duración de la situación de interinidad por encima de lo razonable (pues no es poco habitual encontrar funcionarios interinos que llevan largos años trabajando para la Administración, acumulando trienios al servicio de la misma). Tampoco es infrecuente encontrar personal (sobre todo en el ámbito de educación y sanidad) que acumulan innumerables nombramientos interinos para un mismo Ente Público o Administración.

La problemática de los trabajadores interinos de la Administración, y las vueltas que su situación jurídica ha dado, tiene en los últimos años su punto

de partida, en la confusión inicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre su régimen jurídico, mezclándolo con el de los trabajadores laborales de la Administración, resultando relevantes dos asuntos resueltos simultáneamente por Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, C-184/2015 (Caso Martínez Andrés) y C-197/2015, (Caso Castrejana López) en los que tal disquisición se evidenció.

La polémica doctrinal a la luz de dichas Sentencias, nos sirve para entender que la Doctrina Europea apreció desde un principio la existencia de un “abuso” en la situación de muchos trabajadores interinos de larga duración, y pretendió en un primer momento sancionar a la misma a fin de que se evitase incurrir en idéntica situación en el futuro, el problema se produjo al intentar equiparar la solución de los trabajadores temporales en situación de abuso o fraude de ley con la de los trabajadores con vínculo funcional sin tener en cuenta el diferente régimen jurídico entre unos y otros.

En uno de los dos casos resuelto por el TJUE en Septiembre de 2016; C-184/2015 (Caso Martínez Andrés) y C-197/2015, (Caso Castrejana López), fue enjuiciado el cese de una trabajadora, personal estatutario eventual del servicio de salud Vasco, que desempeñaba funciones de auxiliar administrativo y, en el otro supuesto, el de un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria. Ambos trabajadores impugnaron sus ceses, y en primera instancia el TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) anuló los mismos, aplicando directamente la doctrina del TJUE a raíz de la cuestión prejudicial planteada y resuelta, dictó dos Sentencias, que causaron un fuerte impacto jurídico por importar, a una relación funcional y otra estatutaria, formalizadas ambas al amparo del derecho administrativo, las consecuencias de un despido improcedente, impuestas por la normativa laboral.

En dichas Sentencias la vinculación de ambos trabajadores, fue declarada en fraude de ley, y paralelamente, como sanción a la Administración se reconoció el vínculo indefinido no fijo, pese a que se trataba, en un caso de personal estatutario, y en otro de un trabajador funcionario interino (con vínculo administrativo) del Ayuntamiento de Vitoria. Obviamente, ello originó una revolución en la doctrina por una aplicación estricta, de una figura creada y pensada jurisprudencialmente para sancionar los abusos en el ámbito laboral y trasladarla, al ámbito netamente administrativo, cuestión zanjada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias dictadas el 26 de Septiembre de 2016, estimó parcialmente los recursos de casación planteados, moderando la aplicación del derecho laboral al ámbito administrativo, al concluir éste que la consecuencia del abuso debía ser la continuación en la relación de empleo hasta que se valore si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a la decisión administrativa (obligación de convocatoria de la misma en el plazo de tres años del EBEP).²

2 Sentencias del TS, Sala C.A., números 1425/2018, Recurso 785/207 y 1426/2016 de 26 de septiembre. Recurso 1305/2017.

La aplicación directa y automática de la indemnización de los 20 días (correspondiente al despido por causas objetivas) prevista en el ordenamiento jurídico laboral, se rechazó para las relaciones de interinidad con vínculo administrativo al concluir el Alto Tribunal que, el estudio de si ha habido abuso en la contratación debe realizarse caso por caso, y enfoca para los trabajadores ligados con vínculo administrativo (funcionarios interinos en el caso de la Administración Local), a la figura de la responsabilidad patrimonial administrativa.

No obstante, y dicho esto, la problemática de los interinos en este punto no había hecho más que comenzar, y así la deriva judicial del asunto continuó mientras se sucedían las cuestiones prejudiciales planteadas por dicho colectivo de interinos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; En este sentido, la **Sentencia de 19 de marzo de 2020, C-103/18 (Sánchez Ruiz) y 429/18 (Fernández Alvarez y otras)**, discernía la cuestión planteada por los JCA nº 8 y 14 de Madrid en los que se planteaba si, ante un abuso de la situación de temporalidad, una vez declarado el mismo, como compensación el trabajador objeto del abuso tendría derecho a la permanencia de su puesto en condición de personal estatutario fijo (en equivalencia a la figura del “indefinido no fijo” de los contratados laborales de duración determinada), o por el contrario, era posible una indemnización como sanción a la Administración, concluyendo el TJUE, que corresponde a los Tribunales españoles determinar en cada caso si debe concederse una el conceder una indemnización al trabajador por el abuso cometido (que se canalizaría como una responsabilidad patrimonial) en otro procedimiento “ad hoc”.

A la luz de estas Sentencias tal y como refiere el autor Ignasi Beltran de Heredia³ se acaba concluyendo la obligación de la Administración de cobertura reglamentaria de la plaza pero, sin exigencia de que se lleve a cabo en un plazo determinado y sin previsión de consecuencia alguna en caso de incumplimiento de la misma. Refiere en este sentido el autor que de las mismas se concluyen las siguientes consecuencias:

“la obligación de cobertura reglamentaria de la plaza sin exigencia de que se lleve a cabo en un plazo determinado y sin previsión de consecuencia alguna en caso de incumplimiento de la misma; resultado incierto del

Refiere el Alto Tribunal que la consecuencia (del abuso en la contratación) “no debe ser la de la conversión en personal indefinido no fijo, sino la subsistencia y continuación de la relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos implícitos, (...), hasta que se valore si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a la decisión administrativa, en tal sentido la creación de la plaza, implicará por mor de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos actualmente vigente, la obligación de convocatoria de la misma en oferta pública de empleo en los plazos del art. 70 del TREBEP (tres años, bajo pena de caducidad). Se trata en todo caso, y según nuestro Alto Tribunal de “impedir que la situación de precariedad en el empleo se consolide en el tiempo.”

3 Blog Jurídico” *Una mirada crítica a las relaciones laborales*”; Boletín nº 47, entrada de 9 de Abril de 2021.

proceso selectivo, pues, está abierto a candidatos que no han sido víctimas del abuso; no imposición de una medida sancionadora del abuso adecuada (la indemnización de 20 días en caso de cobertura reglamentaria de la plaza se atribuye a todos los INF, con independencia de si dicha calificación proviene de una temporalidad abusiva o no; y tampoco parece que la responsabilidad que se prevé en la DA 43ª.TRES LPGE'18 pueda ser calificada como suficiente – de hecho, no me consta ninguna resolución que la haya aplicado)."

Parece no obstante, que los vientos soplan en buena dirección respecto a lo que la reducción de la temporalidad se refiere, pues el reciente R.D. 14/2021, prevé la necesaria convocatoria de las plazas de los interinos por vacante en el plazo de tres años e incentiva que se convoquen las plazas del personal temporal, estableciendo una valoración de la experiencia del 40% y preveiendo que en el caso de la Administración Local no haya que atenerse a los temarios mínimos establecidos en el R.D.896/91 (arts.8 y 9), lo que ciertamente posibilitará que se realicen procesos de estabilización del empleo temporal pero respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, de manera que, aunque habrá tentaciones de cada administración para tratar de favorecer la consolidación de los trabajadores propios, sin embargo no pueden establecerse previsiones en las bases discriminatorias con los méritos adquiridos en otras distintas, ni por supuestos con la concurrencia de los opositores en el turno libre. Todo ello hace un futuro incierto en la estabilización pretendida, que, en modo alguno puede considerarse garantizada. A mayor abundamiento las tentaciones en este sentido vienen recortadas por la por la previsión de la disposición adicional decimo séptima del EBEP que dispone expresamente que *"2.Las actuaciones irregulares en la presente materia dará lugar a la exigencia de responsabilidades (...)"*

Lo cierto es que la pretendida reducción de la temporalidad administrativa precisaba de una reforma legal, en tanto que la posibilidad de hacerlo a golpe de Sentencia judicial parece haber llegado a un punto muerto, al meno desde la perspectiva de los Tribunales Españoles se había mantenido ciertamente uniforme y contraria a la fijsa, salvo contadas excepciones, como fue la Sentencia de 8 de junio de 2020 dictada por el Juzgado Contencioso nº 4 de Alicante, que en una sentencia revolucionaria, sancionaba al Ayuntamiento de Alicante a reconocer la condición de empleado público fijo con derecho a la permanencia en el puesto de una trabajadora interina de larga duración con más de 13 años de antigüedad en el mismo puesto. La Sentencia dictada por dicho Juzgado era concluyente al afirmar que la solución jurídica aplicable a su situación, de acuerdo con la citada directiva comunitaria 1999/70/CE y con la jurisprudencia sentada al efecto por el TJUE, debía comportar el reconocimiento de su condición de **“empleado público fijo”** señala que la trabajadora llevaba 13 años en su puesto sin que por contrato se justificase, de alguna manera, las “necesidades urgentes, tran-sitorias o coyunturales” que motivaran la temporalidad.

-

Esta Sentencia sin embargo, ha sido recientemente revocada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de Mayo de 2021⁴ que, textualmente refiere que, *“la conclusión jurídica alcanzada en el fallo, en cuanto reconoce el derecho (de la actora) a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables”* (sin adquirir la condición de funcionario de carrera) con base al carácter fraudulento que aprecia en la contratación, **no alcanza a contar, en criterio de la Sala, con un respaldo fáctico, normativo o jurisprudencial lo suficientemente sólido que elude que no se trata de una sucesión de contrataciones sino de una única relación laboral prolongada en el tiempo, que aplica erróneamente la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 que ya el propio Tribunal Supremo vinculó a supuestos de sucesivos contratos o relaciones temporales de duración determinada (...)**”

En idéntico este sentido, negando la aplicación de fraude de Ley por la prórroga en nombramientos interinos de una trabajadora, auxiliar del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, se pronuncia la **Sentencia del 20 de enero de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia** en el recurso 280/20:

“A mayor abundamiento no considera la Sala que la solución jurídica sea la aplicación de la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, pues que aquellas se referían a supuestos de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.” (La misma conclusión se obtiene de la STS 602/2020, de 28 de mayo rec. 5801/2017) (ROJ: STS 1278/2020) en tanto relaciona la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco con la presencia de “sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” siendo que ante **“este dato fáctico de una única relación de servicios, consideramos que no debe analizarse la aplicación al caso (1) de la reciente Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (...)** puesto que las tres se refieren a supuestos de “sucesivos contratos o relaciones laborales” En el caso que nos ocupa, del relato de hechos contenidos en la Sentencia apelada, recogidos en la presente Resolución, se constata claramente, como reconoce la Interventora municipal, que la recurrente ha venido realizando las funciones propias de un auxiliar administrativo. Ha de recordarse que el primer nombramiento de la recurrente, es de fecha 18 de mayo de 2.010, efectuado por la Junta de Gobierno Local- y fue como funcionaria interina para la ejecución de un programa de carácter temporal, al amparo del art. 10.1.c) EBEP (...) De ese relato de hechos debe concluirse, a diferencia de lo concluido en las Sentencias de esta Sala y Sección anteriormente citadas, que **las sucesivas prórrogas en el nombramiento**

4 Sentencia TSJCV 371/2021, dictada en el Recurso de Apelación 315/2020.

de la recurrente, si bien excedieron del plazo legalmente establecido no se realizaron de manera fraudulenta (...) ⁵”

Resulta también muy representativa de la doctrina judicial imperante, contraria a la permanencia en su puesto de los interinos incluso en caso de que se constate fraude de ley por la Administración contratante, la Sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 13 de Mayo de 2021⁶, resolviendo la reclamación de una trabajadora interina con 17 años de antigüedad en su puesto de delineante para el Ayuntamiento de Bilbao, en el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el JCA n° 4 de Bilbao que desestimó su pretensión de fijeza, o subsidiariamente de indemnización como sanción por el abuso cometido por la Administración.

Considera el Tribunal en esta interesante sentencia que de ninguna manera puede asumirse la pretensión de que se la nombre funcionaria de carrera y, mucho menos, que se cree una categoría nueva de empleados públicos (empleado público fijo) con los mismos derechos y condiciones que los funcionarios de carrera, pero con una designación diferente. Hemos de tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 63 EBEP, el primer requisito que ha de cumplir una persona para que adquiera la condición de funcionario de carrera es la superación del proceso selectivo

La afirmación de la recurrente sobre superación de un proceso selectivo para acceder a la interinidad, no considera la Sala que sea equiparable a un concurso-oposición o una oposición organizados con la finalidad específica de seleccionar a un funcionario de carrera que va a ser titular de la plaza en cuestión. Considera la Sala que *“Los funcionarios interinos, como su propio nombre indica, acceden a la plaza de forma meramente transitoria. De tal modo que los requisitos exigidos para acceder a ella son más laxos que los impuestos para quienes pretenden adquirir la condición de funcionario de carrera. Es por ello que es fácil ver que acceder a la pretensión de la actora podría dar lugar a evidentes abusos destinados a ahorrar a determinadas per-sonas el superar un proceso selectivo.”⁷*

5 *Se concluye así, al igual que la Sentencia apelada, toda vez que en el caso que nos ocupa, la tarea para la que fue contratada la recurrente era para realizar tareas como auxiliar administrativa en el Departamento de Intervención, debido, como reseña la Sentencia apelada, no a necesidades estructurales, sino a la entrada en vigor de normas que requerían un esfuerzo adicional para su implementación; en segundo término, la falta de personal necesario para desarrollar esa tarea, pero no porque las previsiones de la RPT se hubiesen quedado obsoletas, sino por indisponibilidad transitoria de diverso personal funcionario que ocupaba esos puestos (bajas laborales, jubilación), haciendo necesaria la continuidad en la prestación del servicio por parte de las dos auxiliares administrativas inicialmente nombradas para una interinidad, no por vacante, sino por ejecución de un programa temporal de nueve meses de duración consistente en la realización de tareas de actualización y puesta al día de las operaciones patrimoniales que no tenían reflejo en la contabilidad del Concello y dar cumplimiento a lo establecido en la normativa de contabilidad.*

6 Recurso de apelación n° 752/2020, Sentencia número 191/2021.

7 *“Pero es que, además, en el caso que nos ocupa, la interesada se presentó al concurso-oposición convocado para cubrir, entre otras, la plaza por ella ocupada. Sin embargo, no fue*

En esta línea estábamos cuando en otra vuelta de tuerca, se dicta la Sentencia de 3 de junio de 2021, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto (C 726/19), en que se enjuicia el cese en la relación de servicio de una interina por vacante de larga duración del IMIDRA, (ente público de la Comunidad de Madrid) que llevaba desde el 2003 ocupando la misma plaza sin que se proveyera la misma y con solución de continuidad hasta su cese, respondiendo la Sentencia a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entre ellas, si puede considerarse conforme al efecto útil de la Directiva 1999/70, cláusulas 1 y 5 el establecimiento de un contrato temporal como el de interinidad por vacante, que deja al arbitrio del empleador su duración, al decidir si cubre o no la vacante, cuándo lo hace y cuánto dura el proceso.

Responde el TJUE que en el caso de autos parece que no se trata “stricto sensu” de una sucesión de dos o de varios contratos de trabajo, sino de una prórroga automática de un contrato de duración determinada inicial y, en este sentido, se muestra contrario a una interpretación estricta que considere que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada (...) considera el TJUE que *“el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración de-terminada se debe al incumplimiento por parte del empleador su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir de inicitivamente esa plaza vacante”* de modo que, por consiguiente, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente durante varios años, lo que puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco, sin que pueda excusarse la Administración en razones presupuestarias o de otro tipo que hayan impedido la convocatoria de la plaza.

Concluye la Sentencia que: *“La normativa nacional controvertida en el litigio principal, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, no parece comportar (...) medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5”*.

En un acertado análisis sobre la Sentencia, realizado en su Blog Jurídico, el autor D. Federico Castillo Blanco⁸ concluye: *“En primer lugar, el Tribu-*

capaz de superar esas pruebas y pretende ahora obtener, por esta vía, aquello que no fue capaz de lograr en concurrencia con los demás aspirantes. Y ello pese a que, tratándose de un concurso-oposición, se le valoró específicamente la experiencia adquirida en los años de servicio para la administración. Es más, dado que esa experiencia la había adquirido trabajando para el Ayuntamiento de Bilbao, se le otorgó una puntuación superior a aquella que correspondía a los demás aspirantes que hubieran trabajado para otras administraciones ...” le reconocieron facilidades para convertir la relación temporal en estable. Ahora bien, ese reconocimiento no puede entrar en colisión con el derecho que a todos los ciudadanos reconoce el artículo 23 de la Constitución de acceder a los puestos públicos (...)

8 <https://www.acsls.com/blog/2021/06/el-galimatias-de-la-interinidad-en-nuestro-ordenamiento-y-la-necesaria-respuesta-del-legislador>. Considera el autor que *“El Tribunal, a la vista de las consideraciones que realiza, recuerda al órgano jurisdiccional remitente la obligación que tiene, al aplicar el Derecho interno, de interpretarlo en la medida de lo posible*

nal europeo va a rechazar uno de los posicionamientos que la jurisprudencia española (por todas la STS de 9 de junio de 2020, [rec.4845/2020](#)) hasta este momento, había convertido en una especie de paradigma, me explico, que un sólo contrato o renovación contractual, por sí sola, no implicaba un encañamiento de contratos que era lo penalizado por la normativa europea en dicha Cláusula 5ª. Se opone a la interpretación de nuestro Tribunal Supremo que en doctrina consolida, considera que el plazo establecido en el artículo 70 TREBEP (de ejecución de la oferta de empleo público) puede ser incumplido sin que ello tenga consecuencia alguna sobre la transformación del contrato en fijo o indefinido no fijo (STS de 18 de mayo 2021).”

En consecuencia, y aunque habrá que esperar a que el órgano jurisdiccional nacional se pronuncie sobre ello, los tribunales españoles (tanto los contencioso-administrativos cómo los sociales ya que las conclusiones de ambos resultan afectadas), a falta de un cambio en la normativa legal española, deberán reinterpretar las consecuencias que el transcurso del plazo de tres años establecido en el TREBEP tiene sobre la situación jurídica de los interinos por vacante que, en cualquier caso, no puede conducir a la situación actual que, a juicio del Tribunal, es contraria a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco.”

En este punto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de junio de 2021, ha sido la que, interpretando la citada Sentencia del TSJUE de 3 de junio de 2021, ha rectificado su doctrina sobre los **interinos por vacante** considerando que una duración superior a tres años de la interinidad es "inusitadamente larga" y ello comportará que ante este abuso el trabajador deba ser declarado "indefinido no fijo". Considera además que la paralización de las ofertas por motivos presupuestarios no justifica la demora en la convocatoria. Dicha obligación de convocatoria se ha visto refrendada por el RD Ley 14/2021, que modifica el art. 10 del EBEP 5/2015 para establecer taxativamente dicha limitación en tres años para los interinos por vacante.

En el ámbito de la Jurisdicción Social hemos comprobado la diversidad en la respuesta de los Tribunales de Justicia a la cuestión de los trabajadores temporales de la Administración, toda vez que la legislación laboral les otorga, en caso de abuso el derecho a una indemnización (en el supuesto de cese en su relación laboral, o en otros caso, su derecho a la permanencia en condición de indefinido no fijo (concepto que, de suyo implica la naturaleza “temporal” de la declaración), que no impedirá la convocatoria de las plazas ocupadas por dicho colectivo.

La citada Sentencia del TS de 28 de junio 2021, pone fin a la disquisición sobre si, cabría en caso de abuso procede sancionar el mismo con un declaración de permanencia en el puesto en condición de "indefinido fijo", como había sido declarado en algunas ocasiones, incluso aunque esa categoría fuera ciertamente impactante en materia de empleo público.

a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE (...)"

Consideración a la que con carácter general nuestros Tribunales se mostraron contrarios, salvo contadas excepciones, como el TSJ de Galicia (Sala de lo Social) que mantuvo una opinión discrepante en la materia, en su Sentencia de 28 de junio de 2018 ante el recurso planteado por empleados públicos del Ayuntamiento de la Guardia que entendió que en ese caso, al haber accedido por un proceso selectivo de libre concurrencia, en la forma de concurso-oposición donde no estaba adecuadamente publicitado que era para un puesto temporal y no para uno fijo, siendo la oposición con la forma de un examen, procedía el reconocimiento de la fijeza y así les reconocía como "indefidos fijos" al entender que la limitación impuesta por el EBEP al ser empleados públicos estaba proporcionalmente superada.

Consideraba la Sala de lo Social del TSJG que, precisamente, el hecho de que se haya celebrado un proceso selectivo para una plaza temporal (aunque sea de mínimos) que ello era suficiente para garantizar que el empleado público ha accedido conforme los principios de igualdad, mérito y capacidad, entiendo que, en estos casos no procede la declaración de la condición de indefinido no fijo del trabajador sino que **debe procederse al reconocimiento de la fijeza**. En este sentido, las SSTSJ Galicia 27 de noviembre 2020 (rec. 1476/2020) y 9 de diciembre 2020 (rec. 1631/2020) y ATSJ Galicia 19 de enero 2021.

No obstante sobre esta cuestión ha sentado doctrina nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su Sentencia de 30 de Septiembre de 2020⁹, ante reclamaciones por parte de los empleados temporales de la Junta de Andalucía que habían visto estimada su pretensión por Sentencia del TSJA, que los declaró personal laboral fijo, y cuya situación ha sido declarada abusiva, considerando sin embargo nuestro alto tribunal que *“los trabajadores no eran trabajadores fijos cuando pasaron a tener como empleador al Servicio Andaluz de Empleo, ni lo son ahora, sin que la naturaleza de su relación pueda depender de los informes de vida laboral, de la excedencia de algunos de ellos o del capítulo y concepto presupuestario con los que reciban sus retribuciones. Si alguna de las circunstancias examinadas supone una actuación no ajustada a derecho las consecuencias serán las que procedan, pero **entre tales consecuencias no se encuentra la de adquirir por ello la condición de trabajadores fijos. Para la adquisición de dicha condición tendrían que haber realizado y superado los concursos y pruebas establecidos** y no los procesos de selección que realizaron”*. La calificación de estos empleados, remarcan los magistrados, es la de *“indefinidos no fijos”*, que como es de sobra sabido implica un vínculo temporal con la Administración.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, rectifica en los últimos tiempos la doctrina por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de Social) que fija su doctrina en la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 9

9 Sentencia 822/2020; Recurso 112/2018.

de diciembre 2020 (rec. 1631/2020) califica una relación como "*indefinida no fija*" de una trabajadora que mantiene una relación de interinidad por vacante durante 13 años (aunque la relación tiene su origen en 1997) – no obstante, téngase en cuenta que, pese a afirmar, que confirma el criterio de la instancia, el Juzgado Social, había declarado la relación como «fija». La STSJ Galicia 2 de noviembre 2020 (rec. 1503/2020) también procede a la declaración de indefinida no fija a una relación laboral formalizada a través de un contrato de obra y servicio al que se ha accedido a través de un proceso de selección para la provisión interina de la plaza (rechazando que un proceso de esta naturaleza sea suficiente para adquirir la condición de fijo, como pretendió la sentencia de instancia).

Finalmente, ha sido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de junio de 2021, la que, interpretando la Sentencia del TSJUE de 3 de junio de 2021, ha rectificado su doctrina sobre los interinos por vacante considerando que una duración superior a tres años de la interinidad es "inusitadamente larga" y ello comportará que ante este abuso el trabajador deba ser declarado "*indefinido no fijo*". Considera además que la paralización de las ofertas por motivos presupuestarios no justifica la demora en la convocatoria. Dicha obligación de convocatoria se ha visto refrendada por el RD Ley 14/2021, que modifica el art. 10 del EBEP 5/2015 para establecer taxativamente dicha limitación en tres años para los interinos por vacante.

Pese a todo, si una cuestión es evidente, es que **la equiparación de derechos entre trabajadores fijos y temporales en el sector público está prácticamente conseguida** y consolidada a través de la conquistas doctrinales de los últimos años (Así en este sentido, podemos hablar de plena equiparación en los siguientes derechos):

2.1. La consolidación del grado de los funcionarios interinos

El derecho a la consolidación del grado fue reconocido por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2018 (rec.1781/2017). En este asunto, el Alto Tribunal enjuiciaba el supuesto de un médico que había ocupado durante más de tres años, una plaza de nivel 26 en condición de interino y, ulteriormente al acceder a la condición de funcionario de carrera lo hace en un puesto con nivel 24 de complemento de destino. Ante la denegación del reconocimiento del grado consolidado planteó la correspondiente demanda finalizando su periplo judicial en el Tribunal Supremo que, a medio de la sentencia aludida que confirmó el derecho del demandante a la consolidación de grado personal del complemento de destino adquirido durante el desempeño de sus funciones en condición de funcionario interino, obviando lo dispuesto en el 70.2 del RD 364/1995 (que establecía que la adquisición del grado personal sólo es aplicable a los funcionarios interinos) y todo ello, en aplicación, de la Directiva 1999/70 a la luz del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada.

Concluye nuestro Tribunal Supremo lo siguiente:

“El artículo 70.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995, que establece el modo de adquisición del grado personal, resulta de aplicación no sólo a los funcionarios de carrera, sino también a los funcionarios interinos, y ello a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación 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.”

2.2. *El reconocimiento del derecho a la permuta de los trabajadores temporales de la Administración*

La **Sentencia 149/2017, de 18 de diciembre del Tribunal Constitucional configura una plena equiparación entre trabajadores interinos y trabajadores laborales fijos de la administración** mediante el reconocimiento del derecho a la permuta del personal interino. El profesor **D. Eduardo Rojo**¹⁰, en su análisis doctrinal sobre **“La función pública y la equiparación del personal laboral fijo temporal”** (marzo de 2018), sobre este extremo, refiere:

“Hace suya el TC la tesis de las recurrentes respecto a la no toma en consideración por el TSJ de una ponderación adecuada del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, ya que para las trabajadoras dicha permuta les permitía un mejor ejercicio de las responsabilidades familiares (...)”.

En suma la utilización del criterio de la temporalidad para justificar la diferencia de trato, una vez rechazadas todas las razones objetivas aducidas por el TSJ, llevará al TC a la estimación del recurso, anular y dejar sin efecto la sentencia de aquel y el posterior auto del TC, y declarar la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense.”

Supone en definitiva el mantenimiento, por el Tribunal Constitucional de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, pues debe recordarse que la equiparación entre el personal laboral temporal con respecto al personal fijo ya llevaba tiempo siendo objeto de discusión jurídica, recuérdese el **derecho a los trienios** reconocidos por la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la U.E. Sentencia del “Cerro Alonso” de 13 de Septiembre de 2007** así como el **derecho a sexenios del personal de educación**, reconocido en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012**.

10 EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES *“Se van diluyendo las diferencias jurídicas entre el personal laboral fijo y el interino en el ámbito público. Reconocimiento del derecho a permuta de dos trabajadores interinas. Notas a la sentencia del TC de 18 de diciembre de 2017.”* Entrada de 9 de enero de 2018.

2.3. *Consolidación doctrinal del reconocimiento del derecho a la carrera administrativa de los interinos. Novedades en la materia*

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 227/2019 de 21 de febrero, Rec.1805/2017, ha considerado que: “(...) *el personal interino no puede ser excluido de la carrera profesional siguiendo la línea establecida por otra Sentencia de nuestro Alto Tribunal en, de 18 de diciembre de 2018 (REC 3723/2017). Se adecúa el Tribunal Supremo a la doctrina sentada por el TJUE en el Asunto C-177/2010, en su Sentencia de 8 de Septiembre de 2011, que ya exigía la supresión de toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables de un Estado miembro, basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas justifique un trato diferente.*”

A todos estos derechos reconocidos a los trabajadores interinos se unen otros que ya les vienen siendo reconocidos desde hace años como es **el reconocimiento a la situación de servicios especiales de los trabajadores interinos** confirmada por la **Sentencia de 20 de diciembre de 2017 del TJUE en el asunto Vega González vs Principado de Asturias (C-158/16)**, reconoce este derecho al resolver la cuestión prejudicial interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo al TJUE de la UE, en el que se planteó por dicho Juzgado al TJUE, si un funcionario interino quedar en situación de servicios especiales al ser nombrado parlamentario autonómico, dado que la Administración Autonómica había previamente denegado dicho derecho a la funcionaria interina nombrada parlamentaria, por entender que el derecho a la reserva de puesto de trabajo está vinculado a la situación administrativa de servicios especiales, situación que la Ley no recoge para los funcionarios interinos.

No obstante, sobre esta cuestión parece que el primer borrador de la reforma que planea el Ministerio competente en materia de Función Pública augura novedades en este punto, previendo el mismo que cuando un interino supere un proceso selectivo para convertirse en funcionario de carrera “*se procederá al reconocimiento del periodo de interinidad previo a efectos de carrera profesional*”. Ahora bien, “*dicho reconocimiento solo desplegará los efectos económicos y administrativos que corresponda a partir de fecha de la toma de posesión como personal funcionario de carrera en la Administración Pública*”. Cual será el recorrido de éste artículo previsto en el borrador enviado a los Sindicatos, y si va a alcanzar a consolidarse legalmente, es algo que en el momento actual desconocemos.

3.- DERECHOS QUE AMPARAN A LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS (CUYO NEXO DE UNIÓN CON LOS INTERINOS ES LA NATURALEZA TEMPORAL DE SU SITUACIÓN)

La declaración de “indefinido no fijo”, no supone sin embargo merma alguna de los derechos de estos trabajadores en relación a los funcionarios permanentes del Ente Local, en consecuencia les corresponden todos los derechos reconocidos a los trabajadores interinos, y anteriormente mencionados, pero **también podemos hablar de los siguientes derechos reconocidos especialmente reconocidos a los empleados públicos ligados a la misma con vínculo laboral temporal.**

3.1. Derecho a la promoción administrativa

La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo Sentencia N° 352/2018, Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Rec 27/2017 de 02 de Abril de 2018 *“La Sala no aprecia inconveniente en admitir que un trabajador indefinido no fijo pueda participar en concursos para la provisión de puestos de trabajo, conservando dicha condición en el nuevo destino, y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno derecho.”* Ello no empece a la obligación de convocar dichas plazas de trabajadores indefinidos no fijos viene dada por una doctrina consolidada de nuestro Tribunal Supremo, valga por todas la STS 28 de junio de 2007 (Rec.2461/2006), que en ese sentido dispone:

“(el hecho de) que cerca de 250 personas (trabajadores de un organismo público vinculado a la Junta de Andalucía) puedan quedar privadas de su derecho a la promoción profesional, al padecer durante muchos años, como consecuencia de la pasividad del legislador (que ni amortiza ni convoca sus plazas) (...) constituye un resultado contrario al derecho constitucional y legal a la promoción profesional, casa mal con la equiparación de derechos a que debe tenderse entre los colectivos de referencia y no encuentra amparo en nuestra actual doctrina (...).”

3.2 Derecho a la carrera administrativa de los trabajadores temporales (con vínculo laboral) de la Administración

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-315/17, Auto de 22 de marzo de 2018 (Asunto Pilar Centeno) reconoció el derecho a la carrera administrativa de los trabajadores eventuales de la Administración al concluir que *“(...) no hay razones objetivas que puedan justificar el diferente tratamiento aplicado al personal fijo y a los contratados temporales que reúnan el número de años necesarios para progresar en su carrera profesional.”*

Continuando con dicha línea doctrinal la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante Sentencia 178/2019 de 6 de marzo,

rec.8/2018, que ha reconocido el derecho de los trabajadores con contratos temporales de la Administración del Principado de Asturias a acceder a la carrera profesional y percibir el complemento correspondiente en los mismos términos que el personal fijo; en idéntica línea doctrinal continúa nuestro Tribunal Supremo que ha tenido la oportunidad de consolidar doctrina en torno al derecho a la carrera profesional horizontal que ostenta el personal interino (en este sentido, las sentencias dictadas con fechas 28 de mayo de 2020, rec. 4753/2018; 18 de febrero de 2020, rec. 4099/2017; 29 de octubre de 2019) (...).”

3.3. Derechos de los trabajadores indefinidos no fijos provenientes de cesión ilegal

Es preciso plantearse esta pregunta a luz de la novedosa conclusión del TSJUE en una cuestión que se refiere al régimen de derechos de los trabajadores incorporados a la Administración a través de la declaración de cesión ilegal de trabajadores. Esta nueva consecuencia se desprende de la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de junio de 2019 en el caso Cátia Correia Moreira** (que afecta a Gobierno de Portugal)⁶, que puntualiza que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y en particular su artículo 2, apartado 2 letra d), debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una normativa nacional que los trabajadores afectados (por una cesión ilegal y siendo cesionario un Ayuntamiento), por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección** y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.

En otros comentarios ya aventuré que esta Sentencia suscitaría mucho debate en nuestro país, y ciertamente así ha sido donde ha sido argumentada ante los Tribunales en múltiples ocasiones precisamente, para evitar que la convocatoria de las plazas de personal indefinido no fijo proveniente de cesión ilegal, salieran a oferta pública de empleo, adaptación de la normativa Cátia Correia Moreira, no es extrapolable al caso español, como muy acertadamente se dilucidó en este asunto proveniente del JCA nº 4 de Oviedo en la Sentencia dictada con fecha 19 de octubre de 2019 en la Sentencia dictada en el P.O. 197/2019 (Ponente D. David Ordóñez Solís) en la cual textualmente se refiere:

“(...)es preciso enjuiciar la alegación de la parte actora conforme a la cual la Administración no puede convertir el puesto que ocupa la recurrente en una plaza amortizable o de funcionario, obligándola a superar una oposición y por ser contrario a la Directiva 2001/23 sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas y de la sentencia de 13 de junio de 2019, Correia Moreira, C-317/18, del Tribunal de Justicia, que impide que los trabajadores subrogados tengan que hacer una oposición.

Ahora bien, la adopción de la Oferta de Empleo del Ayuntamiento para 2018 incluye las plazas resultantes en función de las necesidades del Ayuntamiento (...) pretende aplicar particular, para el caso del «personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial» al que se refiere la Ley de 2018 y que, en definitiva, pretende aplicar el principio constitucional de acceso al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal como consagra el artículo 23.2 de la Constitución, en particular para los funcionarios, y el artículo 55.1 EBEP conforme al cual: «Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico».

En casos como este no es de extrañar el indisimulado intento de quienes ocupan temporalmente unos puestos del empleo público de perpetuar una situación a la que, entre otras, la Oferta de Empleo Público constituye un paso necesario para que las plazas afectadas sean cubiertas de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos y que respeten los referidos principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.”

3.4. Derecho a la excedencia voluntaria

El TREBEP contempla en el art. 89.1.a) la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular, si bien se refiere exclusivamente a los funcionarios de carrera, por lo que hemos de acudir al Estatuto de los Trabajadores, y más concretamente al art. 46 del E.T. De conformidad con el mismo, el personal laboral de la Administración tendrá derecho a solicitar una excedencia voluntaria o forzosa en los siguientes términos:

“1. La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. (...)

2. El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.

(...) 5. El trabajador en excedencia voluntaria conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa...”.

Igualmente, el art. 15.6 ET/15 señala que:

“Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida (...)...”.

En esta línea se dicta la Sentencia de 2 de marzo de 2021 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que, **como bien refiere D. José Ramón Chaves¹¹** “aborda la espinosa cuestión de si los trabajadores indefinidos no fijos tienen

¹¹ Blog jurídico “De la Justicia.Com” Entrada de 4 de mayo de 2021.

o no derecho a la excedencia voluntaria y, de ser así, si existen límites razonables y proporcionados respecto a los trabajadores fijos. Se trata de una importante sentencia, tanto por su impacto en el colectivo de trabajadores laborales indefinidos no fijos, como por el posible reflejo sobre la situación del colectivo de funcionarios interinos de larga duración. (...)

La STS 17-07-2020, rcud. 1373/2018 (plantea) si la excedencia voluntaria otorga un derecho preferente de reingreso a vacante de igual o similar categoría, el trabajador interino puede ostentar ese derecho en tanto que la plaza vinculada al contrato esté vacante o no se hubiera reincorporado el sustituto al momento de finalización del periodo de excedencia. De forma que, con esta precisión, no se estaría desnaturalizando el contrato ni contraviniendo las reglas que lo rigen. Con ello, además, no se está obligando al empleador a reservar el puesto de trabajo ya que esa vacante deberá seguir su curso ordinario de cobertura y, en caso de cubrirse la misma definitivamente ello conllevaría, de producirse antes de conclusión del periodo de excedencia concedido, que el contrato de interinidad del excedente habría incurrido en causa legal de extinción y, por ende, la excedencia quedaría ya sin contenido.”

En conclusión la excedencia voluntaria indicada no obligaría a la Administración a reservar al trabajador excedente el puesto desempeñado, pudiendo disponer de la vacante producida, bien procediendo a su sustitución o cobertura o incluso amortizando la misma.

A estos derechos tradicionales de los funcionarios públicos, ha de unirse otro, no menos importante, que ha impactado con especial intensidad en el empleo público a raíz de la Pandemia Covid 19 y sus trágicas consecuencias en todos los ámbitos, con la consecuente obligación de guardar distancias interpersonales en desempeño de las relaciones laborales, lo que ha conducido a la configuración del mismo en el siguiente sentido:

4. NACIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO DEL EMPLEADO PÚBLICO: EL TELETRABAJO

Diferente tratamiento jurídico entre los empleados públicos con vínculo laboral de los empleados públicos con vínculo administrativo: **¿Cuál es la legislación aplicable en uno u otro caso? Contraposición entre el art. 34.8 del ET y el artículo 47 bis del EBEP.**

El Real Decreto Ley 28/20 configura los derechos de los trabajadores a distancia en sus artículos 9 a 17 de la siguiente manera:

- Derecho de formación y a la promoción profesional.
- Derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad.

- Derecho a que el desarrollo del trabajo a distancia sea sufragado o compensado por la empresa.
- Se reconoce el derecho a flexibilizar el horario de prestación de servicios.

Esta normativa es de aplicación a todos los trabajadores, bien sean trabajadores públicos o privados, lo que nos conduce necesariamente a tratar de resolver la existencia de una disfunción entre la diferente regulación del Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público en la materia, así concreto, respecto de los trabajadores, dispone el artículo 34.8 del ET en su redacción por el artículo 2.8 del R.D. 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la ocupación que *“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.”*

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”

Parece por tanto, que tal precepto establece el teletrabajo como un auténtico derecho del trabajador con hijos a su cargo menores de doce años, íntimamente vinculado con el derecho a la conciliación familiar, canalizando las discrepancias entre empresa trabajador en este ámbito en un procedimiento especial de tramitación preferente regulado en el art. 139 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social.

Este artículo, sin embargo, se contraponen con lo dispuesto en el artículo 47 bis del EBEP 5/2015, que no vincula el teletrabajo con el derecho a la conciliación familiar, sino que prima la potestad autorganizativa de la Administración, y las necesidades del servicio a la hora de resolver o denegar su concesión.

Así, se observa desde un primer momento, el diferente enfoque en la redacción del precepto que, textualmente dispone: *“Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación... señalando además que “La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial.”*

Ante la regulación más rígida del precepto, cabe preguntarse cuál es la regulación aplicable para el personal laboral de las Administraciones Públicas y, más concretamente, al personal vinculado con contratos de duración deter-

minada, toda vez que, tal están sometido a su propio convenio, al Estatuto de los Trabajadores y al propio EBEP.

En este punto, una Sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de Oviedo de 28 de enero de 2021¹² confirma que, el hecho de que se trate de personal laboral de la Administración no determina la aplicación preferente del art. 34.8 del ET sino que debe estarse a lo dispuesto en el art. 7 del EBEP (RDL 5/2015) que, textualmente dispone que: *“El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo disponen.”* Por otra parte, aquella señala que la introducción del **artículo 47 bis, por el R.D. Ley 29/2020 se aplica a todos los empleados públicos sin distinción de régimen jurídico** en tanto que expresamente dispone *“El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo”*. Confirma la sentencia que serán las necesidades del servicio y, a mayores, la naturaleza de funciones que desempeña el trabajador público solicitante (compatibles o no con el teletrabajo) las que determinen si el mismo tiene o no derecho a que le sea autorizado con preferencia incluso a razones de conciliación familiar que justificarían en otorgamiento, en caso de trabajadores de empresas privadas.

5.- CONCLUSIÓN

Si bien la equiparación de derechos entre trabajadores temporales y permanentes de la Administración es prácticamente completa, ello sin embargo no se corresponde con la diferente respuesta que da el ordenamiento jurídico en caso de fraude o abuso en la contratación para los trabajadores interinos con respecto a los restantes trabajadores temporales, encontrándonos actualmente abocados a buscar una solución necesaria a la temporalidad de las Administraciones Públicas, y más concretamente a la situación de miles de trabajadores interinos, que pasa por el difícil equilibrio entre la protección derechos de los trabajadores temporales ante el abuso administrativo, y la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Independientemente de las previsiones del nuevo R.D. 14/2021, queda por comprobar qué va a ocurrir con los procesos de estabilización de empleo temporal; si se van a convocar o no en todas las Administraciones o, al no establecerse como una obligación preceptiva, van a quedar al albur de cada una de ellas (con la inseguridad jurídica que, nuevamente esto acarreará al colectivo de trabajadores temporales públicos) y por otro lado, si ello va a contribuir realmente a poner fin a la temporalidad de la Administración y al difícil equilibrio entre un eventual derecho a la consolidación (no garantizada) con el respeto a los principios de los principios constitucionales en el acceso al empleo público.

12 Sentencia 46/2021 dictada en el Procedimiento 26/2021.