

**DICTAMEN RELATIVO A LA SITUACIÓN
ACTUAL DE LA INTERINIDAD EN LA
DOCENCIA NO UNIVERSITARIA. MEDIDAS
DE SOLUCIÓN A NIVEL NACIONAL.**

POR

Gaspar Ariño Ortiz
Catedrático de Derecho Administrativo (UAM)

Y

Rafael Ariño Sánchez
Profesor de Derecho Administrativo (UAM)

Madrid, diciembre de 2004

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

ADVERTENCIA INICIAL DE LOS AUTORES:

Por FEDI - Federación Estatal de Docentes Interinos, en unión con Federación de Sindicatos Andaluces de Docentes Interinos (Federación SADI), Sindicato AFID-IGEVA Sector Docente, Sindicato de Docentes Interinos y Sustitutos de Canarias (INSUCAN) y Sindicato Plataforma de Interinos Docentes de Extremadura (PIDE), se nos solicita un Dictamen en derecho a fin de arbitrar una propuesta de solución sobre la altísima situación de interinidad actualmente existente en el ámbito de los Profesores de Enseñanzas no Universitarias. Para dar una respuesta a lo solicitado, hemos elaborado el presente Dictamen en dos partes claramente diferenciadas. En la primera parte se ha realizado un análisis previo de situación, que se limita a detectar las disfuncionalidades del sistema actual. En la segunda, hemos establecido una propuesta de solución para su discusión.

La propuesta de solución presentada tiene por objeto sentar las bases de un modelo estatal que reordene la insatisfactoria situación actual, desde las competencias estatales básicas. Pero la norma básica es claramente de “mínimos” y precisa el apoyo autonómico para su desarrollo. Se han elaborado dos actuaciones:

- a) Una a corto plazo, destinada a disminuir drásticamente las listas de personal temporal en las Comunidades Autónomas con exceso de oferta.
- b) Otra a medio plazo, encaminada a la creación de una figura intermedia entre el funcionario interino y el funcionario de carrera, que sería exclusiva de la docencia no universitaria.

La segunda medida es totalmente independiente de la primera. En su concepción, hemos procurado tejer una solución que se apoye en precedentes cuya eficacia ya ha sido probada, teniendo presente no sólo las demandas de los peticionarios del Dictamen sino, en especial, las necesidades de la Administración, en la seguridad de que únicamente se alcanzará una solución cuando esta sea útil para unos y otros.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Admitido el encargo, procedemos a dar cuenta del mismo con arreglo al siguiente

Índice

PRIMERA PARTE: DIAGNOSIS DEL PROBLEMA DE LA INTERINIDAD EN LA FUNCIÓN DOCENTE 5

- 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: SITUACIÓN ACTUAL DE LA DOCENCIA EN LAS ENSEÑANZAS NO UNIVERSITARIAS. _____ 5**
- 2. EL FUNCIONARIO INTERINO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. _____ 9**
 - A) Es propio de la relación funcional la permanencia en el empleo. El principio de estabilidad laboral se aplica a todos los trabajadores. _____ 11
 - B) Los interinos son verdaderos funcionarios, pero sin permanencia en el empleo. _____ 12
 - i) *Son verdaderos funcionarios.* _____ 12
 - ii) *Carecen de estabilidad en la función y en el puesto de trabajo.* _____ 13
 - C) Los funcionarios interinos son funcionarios con menores derechos que los funcionarios de carrera. _____ 14
 - D) Desde el punto de vista normativo, la situación de interinidad de un funcionario es excepcional, por los estrictos requisitos que se exigen y por la temporalidad de la misma. _____ 17
- 3. UN SISTEMA EDUCATIVO BASADO EN GRAN MEDIDA EN LA “INTERINIDAD CONTINUADA” DE UN NÚMERO IMPORTANTE DE DOCENTES NO ES ACEPTABLE NI DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONARIO, NI DESDE LA DEL ALUMNO, NI DESDE LOS PRINCIPIOS DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. _____ 21**
 - A) Derecho comparado: tendencia general a la laboralización. _____ 21
 - B) Sin embargo, en el ámbito de la docencia no universitaria se tiende al mantenimiento del carácter funcional de los profesores. _____ 23
- 4. SOMERO EXAMEN DEL MODELO DE EMPLEO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ¿CONSTITUCIONALIDAD DEL MODELO LABORAL? _____ 24**
- 5. SENTADA LA POSIBILIDAD, RESERVADA A LA LEY, DE OPTAR POR UN SISTEMA FUNCIONARIAL O LABORAL, LAS NORMAS QUE REGULAN LA EDUCACIÓN OPTAN POR EL MODELO DE FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE. _____ 27**
- 6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE. _____ 30**
 - A) Normativa estatal. _____ 31
 - i) *Ley 30/1984, de Medidas de Reforma para la Función Pública.* _____ 31
 - ii) *El Estatuto de la Función Pública Docente no universitaria.* _____ 32
 - B) Normativa autonómica. Competencias autonómicas y “simulación” de la figura del interino. _____ 33
 - i) *Mención a las competencias autonómicas.* _____ 33
 - ii) *Falseamiento de la figura del interino.* _____ 35

SEGUNDA PARTE: PROPUESTAS DE SOLUCIÓN. _____ 38

- 1. LA CONFIGURACIÓN DE LOS PROCESOS EXCEPCIONALES DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO. PROBLEMÁTICA ESPECIAL EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN. _____ 38**

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

A) Planteamiento.	38
B) Procesos previstos en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.	40
C) La Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla León.	43
D) La Ley 16/2001, de 21 de noviembre, por la que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario sanitario.	49
E) El sistema de consolidación previsto por el Real Decreto 414/1997.	50
i) <i>Provisión de un sistema de consolidación (artículo 7.2 del Real Decreto 414/1997)</i>	50
ii) <i>La STC 107/2003.</i>	51
F) Finalmente, el Acuerdo entre Administración y Sindicatos de 11 de noviembre de 2000.	58
2. MODELO DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO QUE SE PROPONE.	59
A) Competencia estatal para coordinar un modelo de consolidación de empleo interino a nivel nacional.	59
B) No es necesario aprobar una Ley.	60
C) Bases Estatales de la convocatoria.	61
D) Competencias autonómicas.	64
3. SISTEMA DE ESTABILIZACIÓN EN EL EMPLEO QUE SE PROPONE.	64
A) Situación de estabilización en el empleo a nivel de Comunidad Autónoma.	64
i) <i>Cataluña:</i>	65
ii) <i>Andalucía.</i>	66
iii) <i>Murcia.</i>	67
iv) <i>Sistema de “docente estable” en el País Vasco.</i>	68
B) Posible ilegalidad o inconstitucionalidad de los sistemas catalán, vasco, murciano o andaluz.	69
C) Modelo que se propone: el docente de complemento.	72
i) <i>Regulación de un sistema de cobertura de plazas temporales: docente de complemento como regla general, interino exclusivamente en casos de urgencia.</i>	72
ii) <i>Acceso a la condición de docente de complemento.</i>	73
iii) <i>Régimen del docente de complemento.</i>	82
a) <i>Notas generales a todos los docentes de complemento.</i>	82
b) <i>Notas exclusivas de la categoría de “docente estable”.</i>	83
iv) <i>El acceso a la condición de docente de complemento ha de producirse a nivel autonómico.</i>	84
4. SISTEMA DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DE CARRERA DESDE LA CONDICIÓN DE DOCENTE DE COMPLEMENTO (PROMOCIÓN INTERNA).	89
5. RÉGIMEN TRANSITORIO.	93
6. FINALMENTE: NECESIDAD DE INCORPORAR LAS PERTINENTES REFORMAS EN LA LOCE O EN EL FUTURO ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DOCENTE.	94
7. CONCLUSIONES.	96
PRIMERO: SOBRE EL ACOTAMIENTO DEL PROBLEMA Y SOLUCIONES OFRECIDAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.	96
SEGUNDO: SOBRE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS EN ESTE DICTAMEN.	99

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

DICTAMEN

PRIMERA PARTE: DIAGNOSIS DEL PROBLEMA DE LA INTERINIDAD EN LA FUNCIÓN DOCENTE

1. Planteamiento del problema: situación actual de la docencia en las enseñanzas no universitarias.

Con la finalidad de exponer cual es, en nuestro país, la situación de hecho en la docencia no universitaria en cuanto hace a los problemas de personal, pretendemos comenzar el presente dictamen con unas palabras formuladas en un foro administrativo dedicado al estudio de los problemas propios de las Administraciones Públicas, hace ya casi una década:

“Esta reseña nos sirve de base para efectuar algunas consideraciones generales sobre el modelo docente (...) Junto con lo anterior o, si se quiere, como consecuencia de ello hay algunos puntos de incidencia peculiar que mantienen a este sector en un plano de problemática propia. Así, **en lo que se refiere a la docencia no universitaria existe un problema de estabilidad en el empleo.** El número de personal interino es demasiado elevado y genera una continua reivindicación con perfiles propios. La entrada en vigor de la LOGSE genera una serie de nuevas demandas y convierte en obsoletas determinadas áreas de conocimiento. Las técnicas de reciclaje o reconversión profesional no están desarrolladas en nuestro Ordenamiento de la función pública, por lo que cualquier nueva necesidad genera una demanda de nuevo reclutamiento que, en épocas como la que se vive de restricción sobre el gasto público, se acaba convirtiendo en la imposibilidad de reclutamiento externo en fórmulas estables. Si la necesidad persiste – debe persistir ya que, si no, no habría necesidad- se acude a fórmulas precarias de cobertura.

Pues bien, **el manejo de una función pública precaria para la cobertura de necesidades permanentes es una técnica que debe meditar**, ya que, por esencia, y sin que esto pueda prefigurar una concepción general peyorativa para quienes desempeñan su función en las condiciones que les permiten, **el funcionario interino tiene como uno de sus objetivos esenciales el de la adquisición de fijeza y debe prestar a ello una atención adicional que puede llegar a redundar sobre el servicio prestado.** Si esto no ocurre el problema no es menor ya que entonces se consolida un volumen de empleo precario que debe mantenerse en dichas condiciones con un incremento de los problemas de gestión y de tensión de sus representantes. **El modelo español de función pública prevé que las necesidades permanentes se cubran con funcionarios dotados de un estatuto permanente.** Todo lo que no sea este

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

esquema y, sobre todo, si se traspasan determinados límites puede llegar a ser un problema en el servicio prestado”¹.

Pues bien, consideramos que esta problemática no solo subsiste en la actualidad sino que los fallos del sistema que se denunciaban en 1995 se han agravado en los últimos años y demandan soluciones urgentes. La gravedad de la situación es tal que el Defensor del Pueblo elaboró, en 2003, un contundente dictamen denominado precisamente “*Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*”. De él entresacamos unas líneas, que nos pueden servir, junto con las ya expresadas, como punto de arranque de nuestras reflexiones para la búsqueda de una solución desde el Derecho a la injusta, discriminatoria y jurídicamente aberrante situación de los docentes interinos en nuestro país. Dice así el mencionado informe del Defensor del Pueblo:

“6. ADMINISTRACION EDUCATIVA

6.1. **Niveles no universitarios**

Se ha producido en los últimos años un **considerable incremento del profesorado interino**, en los diversos cuerpos y especialidades del sistema educativo **en niveles no universitarios**.

Esta situación, es, en parte, consecuencia del período transitorio de implantación de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), así como de la ausencia de ofertas de empleo público suficientes, y **ha provocado en todas las administraciones educativas una pseudo profesionalización del empleo público docente de carácter eventual, modulando así la propia definición legal del concepto de interinidad** que, como se ha señalado, solo puede tener por finalidad atender provisionalmente especiales situaciones de urgencia y necesidad.

En la actualidad, al margen de los supuestos en que concurren estas circunstancias especiales para atender situaciones administrativas de excedencia, servicios especiales, permisos, licencias, bajas, etc., un gran porcentaje de nombramientos de interinos se realizan para cubrir provisionalmente plazas reales que responden a las necesidades del sistema educativo, pero que no son ofertadas para el empleo público.

En número de plazas provistas en régimen de interinidad –alrededor de setenta mil en toda España- y que suponen aproximadamente, en su conjunto, el 18% (en algunas comunidades autónomas más de un 28%) del total de las plantillas del profesorado, son provistas conforme determinan las normas reguladoras

¹ Palomar Olmeda, A.: Políticas Sectoriales: el personal al servicio de los entes instrumentales, Sanidad, Seguridad Social y personal docente” en Documentación Administrativa, nº 243 (septiembre-diciembre 1995). Págs. 241-243.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

de los procesos selectivos para acceder a un puesto de trabajo docente interino, integrándose los aspirantes seleccionados, en las correspondientes bolsas de trabajo, confeccionadas de forma periódica y ordenadas conforme a unos criterios de baremación en lo que, por lo general, se tienen en cuenta las pruebas selectivas convocadas para el acceso a los cuerpos correspondientes”.

El informe evoca un panorama caracterizado por una alta tasa de interinidad, lo que provoca no solo importantes disfunciones en el modelo profesional de los docentes, sino un perjuicio para todo el sistema educativo, y dentro de el, señaladamente, para los alumnos, a quienes se les puede llegar a mermar en la práctica, el correcto ejercicio del derecho a la educación, reconocido en el artículo 27 de la Constitución.

La finalidad del presente dictamen es precisamente esa: aislar los problemas del personal interino docente no universitario y ofrecer, desde el Derecho, fórmulas para su definitiva solución. Con ello creemos que se favorece la situación personal de quienes llevan, en algunos casos, muchos años, en un régimen previsto que el Ordenamiento configura con carácter excepcional. Pero ello redundará también en la mejora del sistema de empleo público en nuestro país, tanto a nivel global, en la idea de dar estricto cumplimiento a los postulados de las normas reguladoras de la Función Pública, como en relación con el trascendental sector de las enseñanzas no universitarias, y ello por cuanto, como proclama enfáticamente la Ley de Calidad de la Educación:

“El logro de una educación de calidad para todos (...) es un fin cuyas raíces se encuentran en los valores humanistas propios de nuestra tradición cultural europea. Y además constituye, en el momento presente, un instrumento imprescindible para un mejor ejercicio de la libertad individual, para la realización personal, para el logro de cotas más elevadas de progreso social y económico y para conciliar, en fin, el bienestar individual y el bienestar social”

Para ello comenzaremos por hacer un análisis sintético de la situación, que no por suficientemente conocida debe dejar de ser mencionada, para después estudiar las fórmulas posibles de estabilidad en el empleo, tanto desde la perspectiva del Derecho comparado, como partiendo de nuestro Ordenamiento, y finalmente, exponer el modelo por el que nos decantamos a la vista de los datos anteriores y

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

detallando las formas de articularlo a la luz de las normas de aplicación y de la doctrina jurisprudencial recaída sobre las mismas.

Como consideración previa debe remarcarse que los funcionarios docentes pertenecen a Cuerpos estatales únicos, hoy mencionados en la Ley de Calidad de la Educación. No obstante, ya el Decreto 850/1993, de 4 de junio, por el que se regulaba el ingreso y la adquisición de especialidades en los cuerpos docentes a que se refería la Ley Orgánica 1/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), disponía en su artículo 5 que el Ministerio de Educación y Cultura y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, una vez publicadas sus respectivas ofertas de empleo, procederían a realizar las correspondientes convocatorias para la provisión de plazas (hoy todas las convocatorias son a nivel autonómico dado que está transferida la gestión del personal afectado; vid. a este respecto punto 6.B).i) de la primera parte de este Dictamen, donde se analizan las competencias autonómicas en la materia.).

Así, distintos Decretos autonómicos han venido a desarrollar las formas de provisión de puestos en la enseñanza no universitaria, cifrándose además en las correspondientes ofertas de empleo público de cada autonomía el número concreto de plazas. Ahora bien, al margen de este procedimiento existe un “mercado paralelo” de docentes que trabajan con absoluta inestabilidad en el empleo, pues no solo tienen consideración de interinos, y por tanto, sometidos a temporalidad en su puesto de trabajo, sino a un sistema real de rotación entre los distintos centros educativos con carácter prácticamente anual. Se trata pues, de personas sometidas a unas condiciones de completa inestabilidad. Tendremos ocasión de verlo con más detalle posteriormente.

Como se apuntaba en las palabras que al comienzo del presente dictamen se citaban, el modelo de personal docente no universitario actual está caracterizado por un alto número de interinos, en todas las enseñanzas, que se llega a alcanzar una proporción a nivel nacional, aproximadamente, de un **20 por ciento del personal**. En algunas Comunidades Autónomas, además, se da también la presencia de sustitutos (por ejemplo en Canarias).

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

El sistema se completa con la presencia de las llamadas listas de interinos, integradas por todos aquellos que han participado en algún proceso selectivo, sin haber obtenido plaza y que desde ese momento logran tal interinidad rotando anualmente de puesto de trabajo, lo que agrava, aun más su situación, logrando **el más alto grado de inestabilidad posible: limitación temporal de su prestación de servicios y movilidad geográfica permanente.**

El modelo esta institucionalizado. Todas las Comunidades Autónomas lo tienen, en mayor o menor medida, y alcanza a un alto porcentaje de funcionarios. La cuestión se agrava, además, por la elevada edad media de estos docentes (mayores responsabilidades familiares, mayor distancia al momento en el que cursaron sus estudios, etc), lo que se erige en un factor determinante para impedir, en la práctica acceder por la vía de las convocatorias anuales a los cuerpos docentes con carácter de funcionarios de carrera, dado que las convocatorias siguen preparándose con temarios que son repetición de conocimientos adquiridos en la etapa universitaria.

Como veremos, este no es un modelo querido por el Ordenamiento. La propia configuración normativa del personal interino revela la imposibilidad de generalizar su régimen. Por otro lado, el propio sistema de función pública docente diseñado por nuestras leyes parece chocar claramente con la práctica del reclutamiento del personal docente. A título de muestra, como expondremos con mayor extensión, la LOGSE intentó solucionar esta problemática estableciendo un modelo en su Disposición Transitoria Quinta un sistema excepcional y transitorio de acceso, que fue desarrollado con posterioridad por el Real Decreto 574/1991 y que a día de la fecha no ha conseguido acabar con el problema, tal y como demuestran las últimas estadísticas. Por el contrario, la LOCE, por su parte, no ha contemplado un sistema similar al apuntado, y nada dice sobre la posibilidad de establecer fórmulas de estabilidad en el empleo para los interinos.

2. El funcionario interino en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En nuestra legislación la interinidad aplicada a los funcionarios se encuentra plasmada en el artículo 5 de la parcialmente en vigor Ley de Funcionarios Civiles del

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que, tras la reforma operada por la Ley 24/2001, determina que

“2. Son funcionarios interinos los que, por **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.

Los funcionarios interinos serán cesados:

- a) Cuando la plaza ocupada interinamente se provea por funcionario de carrera por alguno de los sistemas de provisión previstos reglamentariamente.
- b) Cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido.
- c) Cuando por causas sobrevenidas la plaza sea amortizada.
- d) Cuando la Administración considere que ya no existen las razones de necesidad o urgencia que motivaron la cobertura interina.

Las plazas ocupadas por funcionarios interinos nombrados por razones de necesidad y urgencia deberán incluirse en la oferta de empleo público inmediatamente posterior a la permanencia de un año del interino en su puesto, sin perjuicio de lo contemplado en el apartado c) del párrafo anterior, para ser objeto de provisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley, a excepción de las plazas ocupadas por interinos para sustituir a funcionarios con derecho a reserva de puestos de trabajo.”

Por su parte el artículo 104 de la misma norma legal establece, en cuanto al nombramiento de funcionarios interinos, lo siguiente:

“Para nombrar funcionarios interinos será condición inexcusable que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera, debiendo justificarse estos extremos ante la Comisión Superior de Personal. El nombramiento deberá recaer en personas que reúnan las condiciones exigidas para el ingreso en el Cuerpo al que pertenezca el puesto de trabajo.”

Precepto que es desarrollado en el artículo 27 del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, a cuyo tenor

“El nombramiento del personal funcionario interino se efectuará, con arreglo a los principios de mérito y capacidad, por el Subsecretario del Departamento al que figuren adscritos los correspondientes Cuerpos y Escalas o por el Director General de la Función Pública, cuando se trate de Cuerpos o Escalas dependientes de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

El procedimiento deberá posibilitar la máxima agilidad en la selección , en razón a la urgencia requerida para cubrir transitoriamente los puestos de trabajo en tanto se destina a los mismos a funcionarios de carrera.

2.- Los funcionarios interinos deberán reunir, en todo caso, los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a los correspondientes Cuerpos o Escalas como funcionarios de carrera.

3.- Las normas sobre selección de los funcionarios de carrera serán de aplicación supletoria a la selección de los funcionarios interinos en cuanto resulte adecuado a la naturaleza de éstos.”

Así pues, del análisis de los preceptos mencionados, deben extraerse las siguientes conclusiones:

A) Es propio de la relación funcional la permanencia en el empleo. El principio de estabilidad laboral se aplica a todos los trabajadores.

En esta línea, tal y como señala la doctrina, uno de los motores capaces de hacer evolucionar el régimen jurídico legal de los funcionarios desde el sistema de cesantías y el sometimiento a los vaivenes de las luchas políticas hasta el régimen actual ha sido precisamente la garantía de una “estabilidad absoluta propia y real” en el puesto de trabajo frente a la “relativa e impropia” del resto de los trabajadores². La traducción de esta estabilidad pasa por la permanencia al servicio de la Administración³, de la cual, en principio solo pueden ser apartados mediante la incoación del oportuno expediente disciplinario, esto es, como sanción.

En cualquier caso, aun cuando lo propio del sistema funcional es la estabilidad en el empleo, lo cierto es que desde al óptica del Derecho del Trabajo tal principio tiene también su ámbito propio de aplicación. Así, se deduce desde antiguo de la jurisprudencia laboral, de la opinión de la doctrina más autorizada y de la propia redacción del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores que únicamente permite el contrato con duración determinada por causas tasadas

² Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Cruz Villalón, J. y Fernández López, M^a F.: Derecho del Trabajo, Tomo I, Vol. 2º. Sevilla, 1990, Pág. 259.

³ Fernández Rodríguez, J. J.: Acceso y movilidad de los funcionarios. Escola Galega de Administración Pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela. Pág. 498.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

operando, además, tanto en defecto de pacto expreso como en caso de nulidad del contrato temporal por fraude de ley, la fijación del contrato por tiempo indefinido (artículo 17 del Texto refundido)

Así pues, la estabilidad en el empleo o, dicho en términos de la relación funcional, la permanencia, son principios que rigen en nuestro Ordenamiento.

De ello debe extraerse como conclusión la de que cualquier relación de servicios profesionales con las Administraciones Públicas que carezca del requisito de permanencia debería tener carácter excepcional y limitado en el tiempo. Como veremos seguidamente, esta afirmación es predicable de los funcionarios interinos.

B) Los interinos son verdaderos funcionarios, pero sin permanencia en el empleo.

i) Son verdaderos funcionarios.

Sobre el hecho de que los interinos son verdaderos funcionarios, existe una abundante jurisprudencia sobre esta cuestión, pero a título de ejemplo, por su concisión y rotundidad podemos traer a colación el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 18 julio 1994, que manifiesta lo siguiente:

“En todo caso debe observarse que el fundamento esencial del auto recurrido se cifra en la negativa de la condición de funcionario público del recurrente, por su condición de interino, tesis que estimamos errónea, por cuanto que **los funcionarios interinos están incluidos en la categoría de funcionarios públicos**, según lo dispuesto en el artículo 3.º.3 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 315/1964, de 7 febrero.”

Ello no es más que la plasmación de los preceptos más significativos de nuestro ordenamiento jurídico, que no discuten la condición funcional de los interinos. Así, aparece reflejado preconstitucionalmente en la **redacción de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado**, aprobada por Decreto 315/1964, 7 de febrero, que en su artículo 3 establece:

“1. Los **funcionarios** que se rigen por la presente Ley pueden ser de carrera o de empleo.[...]”

3.- Los funcionarios de empleo pueden ser eventuales e **interinos**.”

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Tras la Constitución no se ha alterado la naturaleza funcional de los interinos, pues el artículo 5 de la misma norma, fue modificado por la Ley 24/2001, asumiendo tal condición:

2. Son **funcionarios interinos** los que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, [...]"

Finalmente, la **Ley 30/1984**, sobre medidas de reforma de la función pública. Determina esta norma en su Disposición Transitoria Sexta fórmulas de estabilidad en la función pública para los funcionarios interinos, pero partiendo de su consideración como tales funcionarios.

ii) Carecen de estabilidad en la función y en el puesto de trabajo.

Correlativamente la condición de funcionario lleva implícita inestabilidad en la propia función y en el puesto de trabajo. Ello es consecuencia de que el nombramiento de un funcionario interino (tal y como se concibe hoy en nuestro ordenamiento jurídico) se produce para en consideración a una concreta plaza presupuestariamente dotada, dependiendo dicho nombramiento de la existencia de la plaza y su falta de cobertura por funcionario de carrera (artículo 5 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado); por el contrario, el nombramiento de funcionario de carrera no depende de la "plaza"⁴. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que el funcionario interino carece de estabilidad. A título de ejemplo, la sentencia de 17 de mayo de 1996, determina expresamente que **"la inestabilidad es condición inherente a la interinidad"**.

Ahora bien, la contradicción que existe entre el concepto de funcionario y la falta de permanencia de su relación de servicios es tan grande que algún sector doctrinal ha llegado a considerar que tal falta de permanencia implica que los interinos no son funcionarios. Así, a título de ejemplo, entre los autores que postulan

⁴ De ahí la expresión "de carrera", que presupone que el funcionario está llamado a desarrollarse dentro de la Función Pública, algo imposible si su nombramiento quedara necesariamente anudado a una plaza concreta.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

esta tesis, puede encontrarse a Parada Vázquez ⁵, que viene a considerar que la Ley de 1964, a la que nos hemos referido con anterioridad, utiliza la expresión funcionarios de empleo para designar dos clases de personal que se distinguen por no tener empleo fijo por lo que, deduce dicho autor, no se trata, “*propiamente hablando*”, de funcionarios. Se refiere el citado autor los interinos y a los eventuales. De lo que se trata pues, en síntesis, es de establecer una equiparación entre “empleo fijo” y funcionario, de forma que parece entender dicho autor, no existe funcionario sin tal empleo.

En cierta medida, la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha venido a darle la razón, puesto que el artículo 86.2 a) contiene la siguiente excepción para el acceso del recurso de casación ante el Tribunal Supremo:

2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior:

- a) Las sentencias que se refieran a cuestiones de **personal** al servicio de las Administraciones públicas, **salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.**

La expresión “funcionarios de carrera” se ha utilizado por el Tribunal Supremo para negar sistemáticamente su conocimiento en materias relativas a funcionarios interinos, con lo que jurídicamente se ha establecido una línea divisoria trascendental entre los funcionarios de primer nivel (los de carrera) y los de segundo nivel (los interinos), línea divisoria en la que profundizamos.

C) Los funcionarios interinos son funcionarios con menores derechos que los funcionarios de carrera.

Efectivamente, como ya se ha expresado, los interinos carecen del derecho a la permanencia en el empleo que es propio de los funcionarios de carrera; tampoco pueden acceder nunca al recurso de casación ordinario ante el Tribunal Supremo. Ello sería suficiente para acreditar que gozan de un nivel de derechos inferior al de

⁵ Parada Vázquez, R.: Derecho Administrativo. Tomo II. Organización y Empleo Público. Madrid, 1994, Pág. 412.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

aquellos. Pero no solo no gozan de este derecho, sino que también en otros ámbitos el nivel de protección que les reserva el Ordenamiento es muy inferior al del resto de los funcionarios. Podría hacerse un listado amplio de las diferencias entre unos y otros, pero citaremos una interesante sentencia que de manera muy esquemática se refiere a tales diferencias, con cita del Decreto de aprobación de La Ley de 1964. Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Murcia núm. 75/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 29 enero, a tenor de la cual

“El funcionario interino aparece como una especie funcional **diferenciada esencialmente** del funcionario de carrera, fundamentalmente por el **elemento de permanencia** característico de estos últimos, no atribuible al funcionario interino, ya que están llamados a ocupar puestos de trabajo por razones de necesidad o urgencia, y en tanto los mismos no se provean por funcionarios de carrera (véanse los arts. 4 y 5.2 de la Ley de Funcionarios Públicos de 1964). Aunque el régimen jurídico de los funcionarios interinos no esté contenido de forma unitaria en una norma jurídica, sí cabe definirlo desde la perspectiva del art. 105 del Decreto 315/64, según el cual, "a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición el régimen general de los funcionarios de carrera, con **excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas**", así como otras normas sectoriales.”

En un sentido más amplio, haciendo un recorrido normativo de la evolución del régimen de los funcionarios interinos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 7 de abril de 2000, determina lo siguiente:

“En el presente recurso se trata de determinar si es factible aplicar a los funcionarios interinos lo dispuesto en el artículo 68 la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964.

El mencionado artículo 68 dispone que todos los funcionarios tendrán derecho a disfrutar, durante cada año completo de servicio activo, de una vacación retribuida de un mes, o a los días que en proporción le correspondan si el tiempo servido es menor. Este artículo se haya incardinado en la Sección 2ª «Vacaciones, Permisos y Licencias» del Capítulo VI «Derechos de los Funcionarios» del Título III «Funcionarios de Carrera».

CUARTO Es evidente que se ha producido una evolución legislativa en materia de funcionarios interinos encaminada a lograr una equiparación entre los funcionarios de carrera y los antiguos funcionarios de empleo en sus dos categorías de eventuales e interinos; la prueba más evidente de ello, es el artículo 24 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1993, Ley 39/1992, que prevé la retribución de estos funcionarios interinos al 100%, tanto en las retribuciones básicas como en las complementarias; los acuerdos celebrados entre Administración y Sindicatos representantes del profesorado, que se firma en noviembre de 1988, y en el Protocolo Adicional de 1989, y el Pacto en desarrollo del Acuerdo de noviembre firmado en febrero de 1990; pactos y acuerdos, que son la antesala de la situación actual, constituida por el disfrute de vacaciones por parte de los funcionarios interinos, antes de la terminación de la vigencia de su contrato, y por el tiempo que les pueda corresponder. **Ya, el artículo 105**

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, establecía la aplicabilidad por analogía del régimen general de los funcionarios de carrera a los funcionarios de empleo, y cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, estableciendo como excepciones únicas, del derecho de permanencia en la función, niveles de remuneración determinados o al régimen de clases pasivas. Por tanto, a la vista de la regla general establecida en este precepto, deberá hacerse una aplicación analógica de las normas reguladoras del régimen jurídico de los funcionarios de carrera en relación con los funcionarios interinos, con las exclusiones previstas en dicho artículo. Con lo cual, vemos la tendencia a lograr la equiparación total de estos funcionarios a los de carrera, con excepción de aquellas tres materias previstas ya en el artículo 105 del D. 315/1964. Lo que ha sucedido, es que ante la lentitud legislativa, tuvo que conseguirse esta equiparación por medio de convenios entre la Administración y los Sindicatos. Decimos esto en tanto en cuanto hay que determinar el alcance de lo dispuesto en norma contenida en el artículo 105 de la misma Ley cuando establece que a funcionarios de empleo les será aplicable por analogía en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados o al régimen de clases pasivas.

Si examinamos este precepto observaremos que existe una **limitación, con carácter general, a la aplicación analógica, cual es que la misma en algún aspecto no sea posible porque no es «adecuado a la naturaleza de su condición».** Acompañando a dicho pronunciamiento unas circunstancias en las que taxativamente no es posible la aplicación analógica y que son el derecho a la permanencia en la función, niveles de remuneración determinados o régimen de clases pasivas.

Vamos a especificar, pues, aquellos derechos derivados de las notas inherentes a condición de funcionario de carrera, que son la permanencia e inamovilidad, para poder concluir si la reclamación realizada en el presente recurso afecta a alguno de tales derechos propios, exclusivamente, de la condición de funcionarios de carrera.

Tales derechos previstos en la LFCE serían, pues, el Derecho al Cargo (63.2), el Derecho a la Protección por el ejercicio de sus cargos así como a los tratamientos y Consideraciones Sociales (63.1), los Derechos de Información y Participación en la Gestión (64 y 65), y los Honoríficos (66).

Hemos de concluir, que la reclamación de los actores no afecta a ninguno de tales derechos. A continuación analizaremos la naturaleza de la condición de interino como la de funcionario de empleo, que ocupa plaza de plantilla en tanto no se provea por funcionario de carrera, por razón de necesidad o urgencia, siendo inherente a su naturaleza la temporalidad y, por tanto, previsible la movilidad.

Estas son las notas que determinan las limitaciones en la aplicación analógica a que se refiere la limitación de carácter general y también los supuestos taxativos ya que todos ellos tienen como denominador común y razón de ser la condición de temporalidad en el desempeño de la función, característica de los funcionarios interinos.

Sin embargo, esta nota de temporalidad o falta de permanencia en el ejercicio de sus funciones, inherente a su propia naturaleza no hace inaplicable a esta clase de funcionarios el artículo 68 de la misma Ley, puesto que el mismo establece que será el tiempo servido el que determine los días (teniendo en cuenta que el período máximo de un mes corresponde a un año completo de tiempo servido) de vacación retribuida que al funcionario corresponda disfrutar, por tanto, es el hecho de servir a la Administración durante un tiempo el que genera el derecho a vacación retribuida en proporción al período de servicio, recayendo, pues, el origen del reconocimiento del derecho solicitado, en una nota común a funcionarios de carrera y de empleo, lo que determina que la norma de aplicación

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

análoga del Régimen General -en este caso el previsto en el artículo 68- establecido en el artículo 105 de la Ley sea el aplicable y no entren en juego las excepciones previstas, ni se aprecie colisión alguna con lo dispuesto en la Ley 30/1984, que pudiera impedir su aplicación.

La conclusión es que el funcionario interino ostenta el derecho, en proporción al tiempo servido efectivamente, a un período de vacación retribuida.”

En definitiva, se ha avanzado en la equiparación de los interinos con los funcionarios de carrera; pero subsisten diferencias en relación con:

- a) El régimen de recursos (imposibilidad de acceder a casación).
- b) La estabilidad en el empleo (no existe estabilidad ni en la Función ni en el puesto de trabajo).
- c) La movilidad geográfica (consecuencia de lo anterior)
- d) El régimen de clases pasivas y las vacaciones.
- e) Y determinadas cuestiones remuneratorias, entre ellas la imposibilidad de disfrutar de trienios, pues los trienios se relacionan directamente con la estabilidad en el empleo -lo que es incompatible con la condición de interino-, sin perjuicio de que, los servicios prestados como interinos puedan ser computables a efectos económicos en el supuesto de que dicho funcionario alcanzare la condición de funcionario de carrera -vid. por ejemplo, STS de 6 de julio de 1995 (Ar. 1995\6624), dictada en un recurso excepcional de revisión frente a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana-.

D) Desde el punto de vista normativo, la situación de interinidad de un funcionario es excepcional, por los estrictos requisitos que se exigen y por la temporalidad de la misma.

Como ya se ha puesto de relieve, el hecho de que en el ámbito funcional existan relaciones de servicio no permanentes debe considerarse como un hecho **excepcional**. Esta excepcionalidad se deduce de los factores que hemos apuntado: la inaplicación de los principios de permanencia en el empleo y de estabilidad laboral que rige en el Derecho del Trabajo, la aplicación análoga limitada de sus derechos,

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

con exclusión de aspectos trascendentales, tales como las retribuciones, el régimen de clases pasivas y la inamovilidad, etc.

Este carácter excepcional constituye en las normas que regulan a los funcionarios interinos un **presupuesto de partida**. Así se deduce igualmente de la simple lectura de la definición del funcionario interino, consagrada en el ya citado artículo 5 de la Ley de Funcionarios Civiles.

Efectivamente, como requisitos necesarios para que pueda procederse al acceso de funcionarios interinos se exigen:

a.- La necesidad.

b.- La urgencia.

Pero además, tal y como se deduce del citado artículo 5 de la Ley de Funcionarios Civiles, tras su modificación en 2001, el desarrollo de tales funciones es posible con carácter subsidiario - esto es, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera- y temporal, - mientras permanezcan las razones de necesidad o urgencia-.

La concurrencia de tales factores determina sin lugar a dudas que la condición de funcionario interino de un colectivo amplio no puede prolongarse en el tiempo , lo que exige dar soluciones desde el Derecho, como las que seguidamente daremos en el presente Dictamen.

En resumen pues, de lo dicho hasta el momento presente, se extrae la conclusión de que el empleo de funcionarios interinos en alta proporción es un fenómeno excepcional que, por ello, debe solucionarse en situaciones de normalidad. Deriva dicha excepcionalidad de los siguientes factores:

a) Al contrario que el resto de los funcionarios, los interinos carecen de permanencia en el empleo. Pero además, no rige para ellos, como sí lo hace para los trabajadores sometidos al Derecho del Trabajo el principio de estabilidad laboral.

b) Igualmente, por contraposición a los funcionarios de carrera, los interinos no gozan de inamovilidad. En el caso de los docentes, la regla general es

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

precisamente que continuamente rotan de puesto de trabajo, lo que por otro lado, y como nos ocuparemos de explicar, el malo para el conjunto del sistema: no es beneficioso ni para los funcionarios, ni para los alumnos.

- c) Su situación es provisional: solo prestan servicios cuando concurren circunstancias debidamente justificadas de necesidad o urgencia.
- d) Su relación de servicios es temporal y vicarial de la de los funcionarios de carrera, de manera que solo pueden ocupar su puesto en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera.
- e) Por último, y no menos importante, tienen un nivel de derechos muy inferior al de los funcionarios, en aspectos tan importantes como las retribuciones, el régimen de clases pasivas o, incluso, las vacaciones.

Esta situación de excepcionalidad no es querida por el Ordenamiento, y constituye una retorsión de los principios que rigen las relaciones laborales y funcionariales en nuestro país.

Pero si la situación de interinidad de un funcionario es excepcional en relación a cada individuo concreto que la padece, **lo que ya resulta absolutamente contrario a los principios básicos que rigen las relaciones de los servidores públicos y también los trabajadores sometidos a Derecho laboral con sus empleadores, es que exista un servicio al público tan importante como la enseñanza basado en la interinidad y en la permanente rotación de un gran número de sus componentes.**

Efectivamente, lo cierto es que en el ámbito de las enseñanzas no universitarias estamos ante un fenómeno de una dimensión inexplicable: aproximadamente un 20 por ciento de los profesores son interinos, con las siguientes particularidades:

1. Una gran mayoría son interinos desde hace más de diez años.
2. Añaden a su situación de falta de permanencia en el empleo una rotación prácticamente anual en sus puestos de trabajo, lo que hace su situación aun más onerosa que la de otros colectivos, como el de los médicos, a los que se ha ofrecido un proceso de consolidación muy importante.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

3. La necesidad de formación continuada del profesorado exige que los docentes tengan la estabilidad suficiente para poder dedicarse a esa tarea, lo que no resulta posible y cada año, deben preocuparse por si tendrá continuidad su relación profesional con las Administraciones. Esta necesidad del profesorado de proceder a una formación continua es recogida en todos los estudios y recomendaciones efectuados a nivel europeo. A título de ejemplo, puede ser citada la Comunicación C 142/1 del Consejo, en la que se aprueba el Programa de trabajo detallado para el seguimiento de los objetivos concretos de los sistemas de educación y formación en Europa. En dicho Programa, el Objetivo Estratégico 1 se refiere a la necesidad de mejorar la calidad y la eficacia de los sistemas de educación y formación en la Unión Europea. Para ello el primer criterio es mejorar la educación y la formación de profesores y formadores. Se dice lo siguiente:

“Deben crearse las condiciones que permitan prestar el apoyo adecuado a los profesores y formadores para que puedan responder a las exigencias de la sociedad del conocimiento, en particular a través de la formación inicial y la formación continuada, dentro de la perspectiva de la educación permanente”.

4. Evidentemente, solo desde una perspectiva de estabilidad en el empleo puede plantearse un profesor, interino o no, una su formación permanente. En caso contrario, la preocupación exclusiva del funcionario interino será la de conseguir “renovar su interinidad”. Así la exigencia de permanencia en el empleo se constituye una necesidad para quien está obligado a una formación continuada, dentro de la perspectiva de la “educación permanente”.
5. Lo que, finalmente, tiene una proyección en relación con el derecho constitucional a la educación proclamado en el artículo 27 de la Constitución, que tiene por objeto –nada menos- que el “*pleno desarrollo de la personalidad humana*”, lo que sin lugar a dudas se favorece con profesores que conozcan a los alumnos a lo largo de su proceso educativo en cada nivel de educación, y no sólo curso a curso.

3. Un sistema educativo basado en gran medida en la “interinidad continuada” de un número importante de docentes no es aceptable ni desde la perspectiva del funcionario, ni desde la del alumno, ni desde los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

La afirmación que acabamos de realizar arranca de todo cuanto llevamos dicho, y nos encamina definitivamente a la búsqueda de fórmulas de estabilidad. Es por ello que, en este punto, comenzamos a dar un giro a este Dictamen para abordar decididamente soluciones a la problemática planteada.

Las fórmulas posibles se reducen a las dos susceptibles de generar estabilidad en el empleo: la sumisión al Derecho del Trabajo otorgando a los profesores la condición de “laborales fijos” y regulación de la relación de servicio con arreglo a normas de Derecho Público. Tradicionalmente en España se ha optado por lo segundo. Curiosamente, los países de nuestro entorno europeo están girando hacia lo primero.

Analizamos la cuestión.

A) Derecho comparado: tendencia general a la laboralización.

El análisis de derecho comparado demuestra cómo las Administraciones Públicas tienden, cada vez más, a la laboralización de su personal, si bien –como veremos en el punto siguiente– se suele excluir a la docencia. Hemos escogido los ejemplos de Alemania, Francia e Italia para confrontar dicho análisis.

En Alemania, por imposición de la Ley Fundamental de 23 de mayo de 1943, conviven dos modelos de personal al servicio de las Administraciones Públicas:

?? de un lado, el modelo de función pública cerrada y,

?? de otro, el correspondiente al Derecho Laboral⁶.

⁶ En nuestra Ley de Medidas de la Función Pública de 1984 esto también es así, si bien el modelo laboral se supone residual.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

En esta línea el artículo 33 de la Ley Fundamental reserva a los agentes de la Administración ligados a esta por una relación de servicio y fidelidad esto es, a los funcionarios , el ejercicio de prerrogativas de poder público⁷, lo que a contrario sensu supone que el resto de las funciones pueden ser, aun que no de forma obligada, desempeñadas por personal laboral. Esta clara concepción ha venido a ser ligeramente modificada por la Ley Federal marco de la función pública de 27 de febrero de 1985, cuyo artículo 2.2 reserva la función pública un límite positivo, al determinar que solo podrán ser desempeñados por funcionarios los puestos que supongan el ejercicio de potestades públicas y el ejercicio de autoridad pública o bien tareas que vinculadas a la seguridad del Estado o, en general de la vida ciudadana, que no pueden ser encomendadas a personas vinculadas a la Administración por un a relación laboral⁸.

En Italia, la experiencia emprendida ha sido establecida en un sentido muy similar, si bien con alternativas que podrían ser calificadas como creativas. Efectivamente , el Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993, ha venido a laboralizar la práctica totalidad de los empleados públicos, con excepción de determinados cuerpos: Jueces y Magistrados, Fiscales, Abogados y Procuradores del Estado, Militares y miembros de la Policía, Diplomáticos a partir de Secretario de Legación, los integrantes de la carrera Prefectoral desde Viceconsejero de Prefectura así como los denominados “dirigentes generales”, a los que corresponde la ejecución de los programas determinados por el titular de cada Departamento ministerial y la gestión financiera, técnica, administrativa y contable. Se trata pues, de una reserva estricta del estatuto de funcionario reservado en este caso, no tanto a quienes desempeñan potestades públicas, sino más bien, a los niveles superiores de la Administración.

Por otro lado, en Francia, debe señalarse que en estos momentos el debate sobre la naturaleza jurídica de la relación de los servidores públicos se encuentra en un

⁷ Lo que supone que los profesores no tendrían por qué ser funcionarios, dado que no ejercen “poder público” de ningún tipo.

⁸ De modo que el profesorado, ni siquiera en esta concepción más amplia, tendría por qué integrarse como funcionario.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

momento cumbre. Debe partirse de la idea básica de que en la actualidad, todo el personal al servicio de la Administración Pública, tanto funcionario como contratado, está sujeto al Derecho Público. Pero la sumisión a este régimen está encontrando ciertas quiebras: de un lado, ciertas decisiones del Consejo de Estado han negado naturaleza administrativa a contratos de alto nivel en establecimientos públicos administrativos cuya función no podía considerarse como servicio público estrictamente; de otro, existe una importante presión de ciertos colectivos en aras de su laboralización, que supone, en algunos casos, una mejora de su protección social y, casi siempre, un nivel retributivo más flexible, sobre todo al alza.⁹

Así pues, en nuestro entorno más inmediato encontramos tendencias decididas en relación a la laboralización.

B) Sin embargo, en el ámbito de la docencia no universitaria se tiende al mantenimiento del carácter funcional de los profesores.

Así, en los estudios efectuados por EURYDICE (Education Information Network in Europe) del Programa Sócrates de la Unión Europea, cuya última actualización es de junio de 2002, se extraen como datos relevantes que el sistema funcional es el seguido por los siguientes países:

- Irlanda (public servants),
- Italia (en un régimen de transición en la actualidad),
- Luxemburgo,
- Portugal,
- Suecia (empleados municipales),
- Alemania,
- Finlandia (municipales),
- Gran Bretaña,

⁹ El fenómeno es estudiado en profundidad por Cabanel, J., y Gourdon, J-L.: Les contractuels. París, 1991;

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- Grecia
- y Francia.

Únicamente, de los datos disponibles, tienen un empleo de carácter temporal los docentes no universitario en las Comunidades flamenca, Valona y alemana de Bélgica aun cuando, en todos los casos, pueden ser contratados con carácter permanente.

En **Dinamarca**, los profesores que prestan servicios en preescolar, folkeskole y Gymnasium están contratados con arreglo al Derecho laboral, pero con condiciones similares a las de los funcionarios públicos.

4. Somero examen del modelo de empleo público en el Ordenamiento Jurídico español ¿constitucionalidad del modelo laboral?

Si se analizan los modelos de empleo público desde la óptica del Constitucionalismo histórico, llegaremos rápidamente a la conclusión de que este es un aspecto al que se ha dedicado escasa atención normativa. Ciertamente, es constante, desde la promulgación de la Constitución de 1837 una referencia a los principios de mérito y capacidad como presupuesto para el acceso a los empleos y cargos públicos, pero al lado de esa genérica invocación, que también se encuentra en nuestra texto de 1978, podemos decir que apenas existen algunos pronunciamientos relacionados con la necesidad de autorización administrativa para procesar o encausar a los funcionarios públicos (Constituciones de 1869 y 1876). El único modelo claramente diferenciado de los demás es el de la Constitución de 1931, que dedica varios preceptos a detallar las reglas de inamovilidad, el respeto a las creencias de los funcionarios y la garantía del derecho a la asociación de los mismos. Especialmente interesante, a los fines de nuestro estudio es el artículo 48 de la misma (nótese que es un precepto nada menos que constitucional), en el que se viene a calificar el status de los profesores del sector público como funcional. Efectivamente, detalla dicho precepto que:

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

“Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos”.

En cuanto a la Constitución de 1978, sigue el modelo de sus predecesoras en cuanto a la escasez de sus previsiones en la materia, de modo que ha tenido que ser el Tribunal Constitucional quien ha ido perfilando y ajustando el modelo español de función pública, estableciendo sus aspectos esenciales en la numerosa jurisprudencia que sobre sus distintos ámbitos ha ido recayendo.

Sin perjuicio de esta limitación de sus pronunciamientos, la Constitución recoge en su **artículo 103.2 el sistema mismo de la función pública**, imponiendo una reserva de ley para la regulación del

“estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”

Además de esta alusión, **el artículo 149.1.18 atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de los funcionarios** a fin de garantizar a los administrados un tratamiento igual ante las Administraciones Públicas.

Sentado este marco constitucional de la función pública, debe analizarse la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, en particular en relación a la cuestión de si esta impone un modelo funcionarial para los empleados públicos o si, en el otro extremo, corresponde al ámbito de la mera discrecionalidad administrativa, la opción por un sistema funcionarial o laboralizado.

Como punto de partida, debe sentarse que la Constitución española, a diferencia de otras como la Ley fundamental de Bonn, no prevé expresamente el sometimiento al Derecho laboral de los empleados públicos, sino que únicamente se limita a mencionar el sistema de función pública, estableciendo su artículo 103.3 que

“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

De ello extrae alguna doctrina¹⁰ la conclusión de que si la Constitución no ha optado por un sistema dual, no es lícito al legislador adoptar tal solución doble para la determinación del régimen de los empleados públicos. Sin embargo, distintas sentencias han venido a precisar esta cuestión en un sentido distinto al apuntado. Así, en primer lugar, la **STC 99/1987**, de 11 de junio, en la que se enjuiciaba la constitucionalidad de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984, aun no pronunciándose explícitamente sobre esta materia, el TC no se cuestionó, esto es, pudiendo hacerlo, no se autoplanteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el **modelo bifronte administrativo-laboral** del que partía la mencionada norma. Por el contrario, **admitió dicho régimen al declarar, esta vez sí de manera expresa, que la aplicación del Derecho laboral a algunos empleados públicos no supone una discriminación arbitraria en los derechos de los funcionarios** y ello por cuanto, afirma la sentencia:

“se trata de regímenes jurídicos distintos aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatuario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable la distinción, ya que, como se dijo en la sentencia 57/1982, la igualdad de trato de los funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución, y de ello es prueba la también distinta regulación y previsión constitucional, cuyo artículo 35 remite al Estatuto de los Trabajadores y el artículo 103.3 al estatuto de los Funcionarios, lo que justifica regulaciones diferenciadas, que no parecen irracionales. Si la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucionalmente lícita del legislador, también lo será la diferencia en los elementos configuradores de los mismos, no justificándose por ello la sospecha de arbitrariedad”.

Sin embargo, la coexistencia de ambos regímenes dejando discrecionalmente a la Administración la opción por uno u otro, de modo que pudiera entenderse que se trataba de fórmulas intercambiables, no fue aceptada por el Tribunal Constitucional. Por el contrario, anuló por inconstitucional el precepto de la Ley de Medidas del año 1984, en el que se remitía a la potestad reglamentaria del Gobierno la determinación de cuales de las plazas eran de régimen administrativo y cuales otras se sometían al Derecho laboral. Se entendió que dicho precepto era contrario a la reserva de ley de la función pública.

¹⁰ Entre otros, Parada Vázquez, R.: Derecho Administrativo. Vol. II. Organización y empleo público. Marcial Pons. Ed. Octava Edición. Madrid, 1994. Pág. 422.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

En vista de tal pronunciamiento, el artículo 15 c) de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, determina expresamente que:

“c) **Con carácter general los puestos de trabajo de la Administración del Estado** y de sus Organismos Autónomos, así como de la Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, **serán desempeñados por funcionarios públicos**”.

El mismo precepto viene a establecer que son desempeñables por personal laboral los siguientes puestos:

- ?? Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos otros cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.
- ?? Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;
- ?? Los puestos de carácter instrumental correspondientes a la áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;
- ?? Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; y
- ?? Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten el manejo de máquinas, archivo y similares.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que el precepto que mencionamos no tiene naturaleza de normativa básica (nótese que se refiere solo a la Administración del Estado), por lo que para la concreta determinación de los puestos reservados a uno y otro tipo de personal, funcionario y laboral, habrá de estarse a lo que dispongan las respectivas leyes autonómicas.

5. Sentada la posibilidad, reservada a la Ley, de optar por un sistema funcional o laboral, las normas que regulan la educación optan por el modelo de función pública docente.

La Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, intentó optar por un modelo más laboral que administrativo del personal al servicio de las Administraciones Públicas, de forma que, incluso se llegó a deslegalizar la determinación de los puestos de trabajo que en el sector público debían ser cubiertos

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

por funcionarios y personal laboral, respectivamente. Pero ya hemos visto que esta fórmula fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional que observó que esta deslegalización era contraria a la reserva de ley contenida en el artículo 103.3 de la Constitución.

No obstante esta importante corrección efectuada por el Tribunal Constitucional, la tendencia hacia la laboralización era palmaria en varios de los preceptos de la Ley de Medidas, al menos en los puestos de menor cualificación. Ocurre, sin embargo, que el ámbito docente es cualificado, lo que, en buena lógica, debía llevar aparejado un sistema de función pública; pero no todos los puestos son igualmente cualificados, motivo por el cual la Disposición Adicional Decimoquinta de la citada Ley, fijó un criterio que puede ser considerado como excepcional, en el sentido de que rompía con la tradición anterior, y, por otro lado, no ha sido seguido por normas posteriores. Decía aquella disposición:

“Los puestos de trabajo docentes serán desempeñados por funcionarios de los cuerpos y escalas docentes. **No obstante, podrán desempeñarse por personal laboral los puestos que en razón de su naturaleza no se correspondan con las titulaciones académicas correspondientes**”.

Se abría pues, una puerta para la laboralización de determinados puestos del sector docente. Sin embargo, esta posibilidad no fue explotada en por la Administración General del Estado, aunque sí por alguna Comunidad Autónoma, que ha permitido el ingreso de personal laboral al amparo de sus respectivas Leyes de Función Pública Autonómica. A título de ejemplo, puede citarse la Ley de la Generalitat de Cataluña, en su artículo 3, que posibilita la contratación laboral fija en este ámbito, y otras muchas normas autonómicas, de aplicación directa o supletoria según los casos a la función pública docente no universitaria, que vienen a habilitar competencialmente a las respectivas autoridades para dictar normas específicas de adecuación a las peculiaridades del personal docente.

Dejando atrás los modelos previos a **la Ley 1/1990**, de Ordenación General del Sistema Educativo, este última norma **opta claramente por un modelo funcional de los docentes de enseñanzas no universitarias**, regulando una serie de Cuerpos, algunos existentes desde antiguo y otros de nueva creación, en los cuales debería

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

encuadrarse todo el personal docentes. Así, la Disposición Adicional Novena establece que:

“Son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, además de las recogidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, las reguladas por esta ley para el ingreso, la movilidad entre los Cuerpos docentes y la adquisición de la condición de catedrático, la reordenación de cuerpos y escalas, y la provisión de puestos mediante concurso de traslados de ámbito nacional. El Gobierno desarrollará reglamentariamente las bases reguladas por esta Ley en aquellos aspectos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la Función Pública docente”.

Dicha regulación fue desarrollada por el **Real Decreto 850/1993**, de 4 de junio, por el que se regula el ingreso y la adquisición de especialidades en los cuerpos de funcionarios docentes.

Así pues, es claro el modelo por el que opta la LOGSE: función pública docente. A este planteamiento de partida no es óbice, sino por el contrario, un argumento a favor del modelo funcional, el hecho de que distintas leyes de presupuestos hayan autorizado el nombramiento de profesores interinos, en el ámbito de la docencia no universitaria, que desempeñen su función con horarios de trabajo inferiores a los establecidos con carácter general y, correlativamente, perciban una remuneración proporcionalmente inferior. Así por ejemplo, la Disposición Adicional Décimo Sexta de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1993, que reserva la posibilidad de estos nombramientos a tiempo parcial para los supuestos de dedicación directa a grupos completos de alumnos no sea superior a doce horas semanales.

En un sentido todavía más restringido la Ley de Presupuestos para el año 2002, viene a modificar la propia ley de medidas de Reforma de la Función Pública, atribuyendo a las contrataciones en tal régimen un carácter provisional y vicarial de la cobertura de plazas por funcionarios públicos.

En cuanto a la **Ley Orgánica de Calidad de la Educación** (LOCE), la fórmula es la misma. En este sentido, la **Disposición Adicional Octava** viene a señalar, reiterando, su precedente de la LOGSE que:

“Son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, además de las recogidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio d, las reguladas por esta ley para el ingreso, la movilidad entre los Cuerpos docentes y la adquisición de la condición de catedrático, la reordenación de cuerpos y escalas, y la provisión de puestos mediante concurso de traslados de ámbito nacional. El Gobierno desarrollará reglamentariamente las bases reguladas por esta Ley en aquellos aspectos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la Función Pública docente”.

Por su parte, el **Real Decreto 334/2004, de 27 de febrero**, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes que imparten las enseñanzas escolares del sistema educativo y en el Cuerpo de Inspectores de Educación, se determina que

“en la mejora de la calidad de la educación, objetivo primordial de dicha ley (se refiere a la LOCE), el profesorado desempeña un papel fundamental. Es la razón por la que debe ponerse especial atención en los procesos de selección de quienes acceden a **la función pública docente**”.

Cabe retener, pues, dos ideas: de un lado, la transcendencia del papel del profesorado y, por otro, y consecuentemente, la necesidad de atender a los mecanismo de acceso a la función pública docente.

6. Régimen jurídico de la Función Pública Docente.

Admitido que nos encontramos ante un régimen jurídico funcional, que es acorde con las más modernas tendencias de Derecho Comparado, procede estructurar el modo en que se encuentra concebido dentro del reparto competencial establecido por la materia. Así las cosas, a falta de un Estatuto de la Función Pública Docente, el régimen jurídico se encuentra concebido por normas de carácter general estatales (de carácter básico conforme al artículo 149.1.18 de la Constitución¹¹) y el pertinente desarrollo autonómico, según el esquema que se indica a continuación.

¹¹ El artículo 149.1.18 de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del **Régimen estatuario de sus funcionarios** que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

A) Normativa estatal.

Como es sobradamente conocido el concepto de lo básico es necesariamente poliédrico y cambiante. El tema ha sido abordado en repetidas ocasiones pero en síntesis, puede extraerse la conclusión, derivada literalmente de la STC 69/88, de 19 de abril de que

“la atribución al Estado de estas competencias (para definir el marco básico) ... tiene por objeto delimitar, con alcance general, el espacio constitucional y estatutario al que las CC.AA deben circunscribirse cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares, las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas”.

Así pues, sin ánimo de agotar una materia que dista mucho de ser pacífica ni doctrinal ni jurisprudencialmente, el concepto de básico significa que la atribución de las bases al Estado supone que las competencias legislativas autonómicas entran en concurrencia con las que corresponden al Estado para definir el “*marco básico dentro del cual deben aquellas ejercitarse*”. Las normas básicas delimitan el espacio normativo al que las Comunidades Autónomas deben circunscribirse, detallando los contornos esenciales de la institución o figura normativa de que se trate y estableciendo un “*mínimo común denominador*” que deben respetar todas las normas autonómicas.

En nuestro caso, por tanto, atribuir a una regulación concreta el carácter de básico supone establecer el régimen jurídico esencial sobre el cual las CC.AA no pueden alterar. Hecha esta afirmación debe analizarse cuales son las bases del régimen jurídico de los funcionarios docentes en general incluidos, por tanto, los interinos.

i) Ley 30/1984, de Medidas de Reforma para la Función Pública.

La citada Ley establece el marco general de la Función Pública. Algunos de sus preceptos constituyen legislación básica (vid. Art. 1.3 de la Ley). Señaladamente, nos interesan de esta norma dos preceptos genéricos:

- En primer lugar, el artículo 1.2, que determina que en aplicación de la Ley podrán dictarse **normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del**

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

personal docente. Esto supone la posibilidad de modular el régimen general de la misma en relación con dicho personal.

- Por otro lado, la propia Disposición Adicional Adicional Decimoquinta establece normas propias de la función pública docente, pero sin agotar la habilitación normativa establecida en el artículo 1.2.

Sentado lo anterior, interesa destacar especialmente dentro de la D.A. 15 de la Ley su apartado 2. Que textualmente señala lo que sigue:

“El acceso a la función pública docente, excluido el personal regulado en la Ley de Reforma Universitaria y en la Ley de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, **la promoción profesional, la promoción interna y la reordenación de los Cuerpos y escalas se regulará por disposición con rango de Ley,** acorde con la estructura y necesidades del sistema educativo. Hasta al entrada en vigor de la misma, cada uno de dichos Cuerpos y Escalas tendrá asignado un nivel de complemento de destino y les serán de aplicación las normas contenidas en esta disposición adicional, las que se dicten en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley y demás disposiciones vigentes en las respectivas materias.”

Con lo cual, el precepto remite a un Estatuto propio de la Función Pública Docente.

ii) El Estatuto de la Función Pública Docente no universitaria.

La remisión de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1984 se cubre por la la Ley General de Ordenación del Sistema Educativo (LOGSE) y la Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LOCE). Ambas normas regulan la materia que nos ocupa, y a su vez determinan las bases del régimen estatutario de la función pública docente, concretando el siguiente marco normativo:

- 1) Ley 30/1984, de Medidas para la reforma de la Función Pública.
- 2) Las establecidas en la LOGSE en las siguientes materias:
 - a) La adquisición de la condición de catedrático.
 - b) La ordenación de Cuerpos y Escalas.
 - c) La provisión de puestos mediante concurso de traslados de ámbito nacional (desarrollada por la LOGSE y la Ley 24/1994 de 12 de julio por la que establecen normas sobre concursos de provisión de puestos de trabajo.)

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

3) Las establecidas en la LOCE para:

- a) El ingreso en la función pública docente.
- b) La movilidad de los Cuerpos docentes.

Las normas reglamentarias de desarrollo de estas bases, constituidas hoy, en lo esencial por el Real Decreto 334/2004, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos docentes que imparten las enseñanzas escolares del sistema educativo y en el Cuerpo de Inspectores de Educación y por el Real Decreto.

Junto a dicha normativa básica se encuentra la normativa autonómica, que puede sintetizarse, por Comunidades, de la siguiente manera:

B) Normativa autonómica. Competencias autonómicas y “simulación” de la figura del interino.

i) Mención a las competencias autonómicas.

La totalidad de las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias en materia de educación en sus respectivos estatutos, los cuales dejan a salvo la legislación estatal básica, y la alta inspección estatal.

Estas competencias determinaron las subsiguientes normas de traspaso de funciones y servicios. Dependiendo de las fechas de las mismas, se puede observar un modelo inicial de reconocimiento de competencias para las Comunidades Autónomas que recibieron los traspasos en la década de los 80, y otro modelo más perfeccionado para las que lo recibieron a finales de los 90. En cualquier caso, se trata de una simple mejora técnica que no altera el fondo de la cuestión; así, por ejemplo, en el caso de Andalucía, el Real Decreto 3936/1982 de traspasos establece que corresponde a la citada Comunidad, respecto del personal transferido, los actos administrativos de personal que se deriven de la relación los funcionarios y la Comunidad Autónoma dentro de su ámbito territorial y entre ellos los relativos a

- a) la convocatoria específica y provisión de vacantes en la Comunidad Autónoma,

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- b) los nombramientos y ceses de los funcionarios para ocupar puestos de trabajo,
- c) los nombramientos para proveer interinamente vacantes,
- d) así como la facultad de formalizar contratos de colaboración temporal.

En cambio, si tomamos el ejemplo del Real Decreto 1982/1988, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de enseñanza no universitaria a la Comunidad Autónoma de Aragón, observamos como atribuye a la Comunidad Autónoma:

- a) la convocatoria para la provisión de los puestos vacantes que determine la citada Comunidad,
- b) la elaboración y aprobación de las previsiones de necesidades de personal,
- c) los nombramientos y ceses de los funcionarios para ocupar puestos de trabajo,
- d) los nombramientos para proveer interinamente vacantes,
- e) así como la facultad de formalizar contratos de colaboración temporal.

Las diferencias son sólo de matiz, como puede apreciarse. Con la anterior salvedad, se hace mención de la norma estatutaria que atribuye competencias a la Comunidad Autónoma y del Real Decreto original de traspaso de funciones y servicios (sucesivamente ampliado en los casos de las Comunidades Autónomas que recibieron sus transferencias en la década de los 80):

- 1) ANDALUCÍA: 19 Real Decreto 3936/1982, de 29 de diciembre.
- 2) ARAGÓN: 36 Real Decreto 1982/1988, de 18 de septiembre
- 3) ILLES BALEARS: 15.1 Real Decreto 1876/1997.
- 4) CANARIAS. 34.A) Real Decreto 2091/1983, de 28 de julio.
- 5) CANTABRIA. 26.1 Real Decreto 2671/1998, de 11 de diciembre
- 6) CASTILLA-LA MANCHA: 37.1. Real Decreto 1844/1999, de 3 de diciembre.
- 7) CASTILLA Y LEÓN: 35 Real Decreto 1340/1999, de 31 de julio
- 8) CATALUÑA: 15 Real Decreto 2809/1980, de 3 de octubre.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- 9) EXTREMADURA. 12.1 Real Decreto 1801/1999, de 26 de noviembre
- 10) GALICIA. 31 Real Decreto 1763/1982, de 24 de julio.
- 11) COMUNIDAD DE MADRID. 29.1 Real Decreto 926/1999, de 28 de mayo.
- 12) REGIÓN DE MURCIA. 16.1 Real Decreto 938/1999, de 4 de junio.
- 13) COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA. artículos 44, apartados 11, 19, 20 y 47 Real Decreto 1070/1990, de 31 de agosto.
- 14) PAÍS VASCO. 16 Real Decreto 2808/1980
- 15) PRINCIPADO DE ASTURIAS. 18.1 Real Decreto 2081/1999, de 30 de diciembre
- 16) LA RIOJA 12.1 Real Decreto 1826/1998, de 28 de agosto.
- 17) COMUNIDAD VALENCIANA.35 Real Decreto 2093/1983, de 28 de julio.

ii) Falseamiento de la figura del interino.

A la luz de sus competencias en relación con la convocatoria de plazas, cada Comunidad Autónoma ha dictado sus propias normas en la materia creando, con ello, una dispersión normativa que hace precisa la unificación. No es cuestión ahora de analizar las imaginativas soluciones planteadas por cada Comunidad Autónoma¹², basta con los efectos denunciados en el Informe del Defensor del Pueblo de 2003. La clave de la cuestión se encuentra en que el instrumento manejado (el del “funcionario interino”) no se adecua a la realidad del problema que se pretende atajar. Simplificando la cuestión, lo cierto es que la Administración Educativa precisa de un porcentaje de personal interino docente superior al necesario en otros ámbitos del personal funcionario, a fin de dotar las plazas que quedan vacantes. Es decir, esta es una necesidad ordinaria, real.

Pues bien, de conformidad con el artículo 5 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado el nombramiento de funcionarios interinos depende de “razones de

¹² Algunas veremos en el apartado 3. A) de la Segunda parte de este Dictamen.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

justificada necesidad y urgencia". Sin embargo, **estas razones de justificada necesidad y urgencia serán extraordinarias, cuando lo cierto es que en el ámbito de la Administración Educativa la necesidad de cobertura de plazas temporales es ordinaria.** A falta de una solución al problema que venga dado por la normativa actualmente vigente, se fuerzan la situación de hecho para encajar una figura (la del funcionario interino) que está pensada para otras cosas.

Conscientes las Comunidades Autónomas de que están pervirtiendo la figura del funcionario interino, han creado un sistema de Bolsas de Trabajo que pretende dar una cierta "estabilidad laboral" allí donde la figura elegida (la del funcionario interino) ha sido descrita por el Tribunal Supremo como inestable por naturaleza¹³. Sin embargo, es posible que lo que las Comunidades Autónomas precisen sea una figura jurídica *ad hoc* que resuelva el doble problema, aparente inconciliable, cual es:

- a) de una parte, el interés de la Administración en contar con un conjunto de funcionarios que puedan cubrir los puestos de trabajo que quedan vacantes con cada curso escolar.
- b) de otra, el interés de estos funcionarios en lograr una "estabilidad en el empleo".

Creemos que resulta posible dar una solución a este dilema, y en eso consiste el análisis que estamos realizando. Ahora bien, pensamos que para evitar la dispersión normativa del régimen estatuario de los funcionarios docentes se hace **necesario dictar una norma única que contenga el régimen básico de tales funcionarios, tanto de los de carrera como de los interinos** y que es en esa norma donde deberían introducirse las modificaciones que seguidamente se proponen.

Evidentemente, el modelo al que debe tenderse para la búsqueda de una solución al elevado número de interinos docentes es el de incorporarlos en determinadas condiciones a la función pública. Las posibles respuestas globales a esta cuestión pasan por tres puntos independientes entre sí y, a la vez, compatibles:

¹³ Recuérdese la STS sentencia de 17 de mayo de 1996, a la que antes nos referimos, cuando afirma tajantemente que: "*la inestabilidad es condición inherente a la interinidad*"

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

1. Establecer un sistema de consolidación de empleo, inaugurado en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Medidas de 1984, ya utilizado en distintos sectores y sobre el cual existe una rica jurisprudencia constitucional.
2. Crear una figura nueva que concilie la estabilidad laboral del trabajador con las necesidades de la Administración en orden a la cobertura de vacantes. Ello es posible distinguiendo entre estabilidad en la Función Pública y movilidad geográfica, según explicamos más adelante.
3. Finalmente, incorporar una vía que, tímidamente, parece estar abriéndose camino y que denominamos el sistema de “doble acceso” a la Función Pública. Este sistema no es invención nuestra, sino que ya se encuentra plasmado en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, y pensamos que es un buen medio para ofrecer la tan deseada estabilidad compatibilizada con los principios de mérito y capacidad.

Desde esta triple perspectiva se aborda la segunda parte de este Dictamen.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

SEGUNDA PARTE: PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

Efectuado el diagnóstico de la situación, las propuestas que se presentan y razonan tienen una triple perspectiva:

- a) A los efectos de paliar la alta situación de interinidad actualmente existente, se propone la realización de un proceso de consolidación en los términos que luego se verán, razonando su constitucionalidad.
- b) A los efectos de conciliar el interés de la Administración en contar con un conjunto de funcionarios que puedan ocupar plazas vacantes, a la par que el interés de estos trabajadores en obtener una cierta estabilidad en el empleo, se propone la creación de una categoría que hemos llamado “docente de complemento”, caracterizado básicamente por una estabilidad en el empleo (limitada al ámbito autonómico en que adquiere dicha categoría), pero no por una estabilidad en el puesto de trabajo.
- c) Finalmente, se propone que la categoría de “docente de complemento” permita acceder por promoción interna a la de funcionario de carrera, razonando la constitucionalidad de esta tercera medida a la luz del precedente de nuestro ordenamiento jurídico en que se inspira.

Comenzamos por la primera de las medidas propuestas, la de la consolidación en el empleo.

1. La configuración de los procesos excepcionales de consolidación de empleo. Problemática especial en el ámbito de la Educación.

A) Planteamiento.

Bajo la fórmula de la denominada consolidación de empleo, el Ordenamiento Jurídico Administrativo ha incluido una pluralidad de situaciones, caracterizadas todas ellas por un objetivo común: otorgar permanencia en el empleo a distintos grupos de personal al servicio de las Administraciones Públicas. Ahora bien, la consolidación puede alcanzarse desde distintos puntos de partida:

?? *trabajador*, sometido al Derecho laboral,

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

?? la condición de personal *estatutario* interino, como en el caso del existente en las Instituciones Sanitarias de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud,

?? o la situación de los *funcionarios* interinos, caso en el que se encuentran los docentes no universitarios.

Dentro del primero de los ámbitos citados los procesos de consolidación de empleo son ciertamente frecuentes en la Administración española. Ya la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública determinaba en su Disposición Transitoria Decimoquinta, la “*funcionarización del personal laboral fijo*” detallando que:

“El personal laboral fijo que la entrada en vigor de la Ley 23/1988, de 28 de julio de hallare prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios en la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, así como en las entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o el que hubiese adquirido esta condición en virtud de pruebas selectivas convocadas antes de dicha fecha, siendo destinado con ocasión de su ingreso a puestos reservados a funcionarios en el mencionado ámbito, podrá participar en las pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, **debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados** en su condición laboral, y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma.”

La redacción de esta Disposición transitoria procede de la Ley 23/1988, excepto el primer párrafo que fue incorporado por el artículo 121 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Interesan del apartado a nuestro juicio dos elementos básicos:

1. De un lado, la tendencia a la funcionarización del personal laboral existente en los distintos departamentos ministeriales y sus organismos autónomos.
2. De otro, la necesidad de tener en consideración como mérito, los servicios efectivos prestados a las Administraciones Públicas.

Al amparo del mencionado precepto se han efectuado numerosos procesos de funcionarización y consolidación de empleo.

En cuanto se refiere a los procesos de consolidación de empleo de personal cuya **situación de partida estaba basada en el sometimiento al derecho administrativo,**

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

ya sea como personal estatutario con sus propias normas, ya sea como funcionarios interinos, existen también precedentes de interés.

Debe citarse, como precedente normativo de todas las situaciones que vamos a analizar, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que en un marco concreto y limitado concretaba fórmulas para proceder a la funcionarización de determinado personal. Efectivamente, comenzaba por expresar el precepto citado la obligación impuesta al Gobierno para realizar la clasificación de las funciones desempeñadas hasta ese momento por el personal contratado administrativo por la Administración, para a continuación expresar lo siguiente:

“Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación.

En todo caso, estas convocatorias de acceso, deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por ese personal”.

Esta previsión dio lugar a una multiplicidad de procedimientos sobre todo por la creación de nuevos cuerpos y plazas en las Comunidades Autónomas, dictándose abundante jurisprudencia sobre los requisitos exigidos en cada caso, así como, sobre la aplicación de los principios de mérito y capacidad, jurisprudencia que debemos tener presente a los efectos que ahora nos ocupan. Citaremos seguidamente distintos casos en los que se han producido los denominados procesos de consolidación.

B) Procesos previstos en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

Interesa destacar del contenido de esta norma dos procesos diferenciados, ambos con conexión con el supuesto que aquí se analiza y ambos aceptados por el Tribunal Constitucional, como luego se verá:

1. De un lado, el proceso previsto en la Disposición Transitoria novena establecía las condiciones básicas para la **realización de pruebas de idoneidad para el acceso a las categorías de Profesor titular de Universidad y de Profesor titular de Escuela Universitaria**. Dicho procedimiento fue expresamente admitido por el Tribunal

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Constitucional en la trascendental sentencia de 26/1987, de 27 de febrero, en la que enjuiciaba otros aspectos de la misma norma -a los que seguidamente nos referiremos- pero en la que, pudiendo hacerlo, no cuestiona la constitucionalidad de los mecanismos y fórmulas para el acceso a que más arriba se hizo alusión.

2. En segundo lugar, se estudiaba en la mencionada sentencia otro proceso de consolidación consistente en el **acceso de los denominados profesores agregados a la condición de catedráticos**. En relación a este aspecto, la STC 26/1987 contiene los siguientes fundamentos de derecho relevantes:

“Se tratara por todo ello -refundiendo los preceptos constitucionales cuya lesión se invoca- de **examinar si en el tratamiento dado a esta específica provisión de plazas de Catedráticos universitarios reguladas por la transitoria primera de la Ley 11/1983 se ha producido o no discriminación en perjuicio de los recurrentes**. Al respecto debe ante todo partirse de la significación de la propia Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, que incorpora, como medida transitorias de la propia reforma: A) la plena equiparación de Profesores Agregados y Catedráticos de Universidad; B) como consecuencia, la transformación en plazas de catedráticos de Universidad de las plazas de Profesores Agregados de Universidad que en el momento de publicación de la Ley se encuentren vacantes y no estén en trámites de oposición o de concurso para provisión, así como las que queden vacantes en el futuro, y C) la misma transformación para las plazas de Profesores Agregados de Universidad ocupadas en propiedad en el momento de entrada en vigor de la Ley o sujetas a concurso-oposición de traslado convocados con anterioridad a dicha entrada en vigor, permaneciendo en tales plazas sus titulares o quienes las obtengan por virtud de los expresados concurso-oposición o concurso de traslado, ya convocados.

Los recurrentes reconocen la fundamental del 23.2 queda identificada -como especificación del art. 14 C. E.- con la del principio mismo de igualdad. Se tratara por todo ello -refundiendo los preceptos constitucionales cuya lesión se invoca- de examinar si en el tratamiento dado a esta específica provisión de plazas de Catedráticos universitarios reguladas por la transitoria primera de la Ley 11/1983 se ha producido o no discriminación en perjuicio de los recurrentes. Al respecto debe ante todo partirse de la significación de la propia Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, que incorpora, como medida transitorias de la propia reforma: A) la plena equiparación de Profesores Agregados y Catedráticos de Universidad; B) como consecuencia, la transformación en plazas de catedráticos de Universidad de las plazas de Profesores Agregados de Universidad que en el momento de publicación de la Ley se encuentren vacantes y no estén en trámites de oposición o de concurso para provisión, así como las que queden vacantes en el futuro, y C) la misma transformación para las plazas de Profesores Agregados de Universidad ocupadas en propiedad en el momento de entrada en vigor de la Ley o sujetas a concurso-oposición de traslado convocados con anterioridad a dicha entrada en vigor, permaneciendo en tales plazas sus titulares o quienes las obtengan por virtud de los expresados concurso-oposición o concurso de traslado, ya convocados.

Los recurrentes reconocen la justificación material, desde el punto de vista de los principios de mérito y capacidad, de la equiparación, correspondiente sin duda a la sustancial identidad de los requisitos hasta ahora exigidos para el acceso a los Cuerpos

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

de Catedráticos y de Profesores Agregados. Siendo correlato de esa equiparación, ninguna objeción parece oponerse tampoco frente a la transformación de plazas descrita bajo la anterior letra B). En cuanto a la transformación de la letra C), que resultaría así la cuestionada por los actores, **su justificación, frente a la discriminación que se le imputa, obliga a señalar:**

1.º Que se trata de una determinación normativa congruente con las medidas anteriores, puesto que, **reconocida la justificación de la plena equiparación entre Catedráticos y Agregados**, difícilmente puede reputarse exigencia constitucional el sometimiento a nuevas pruebas, que lo serían no para el acceso a una nueva plaza, sino para mantenerse en la que ya se ocupaba -o a la que se haya accedido en virtud de concurso-oposición o concurso de traslado convocados-, con anterioridad a la vigencia de la Ley 11/1983, bien que, a partir de ahora Catedrático, categoría en la que se engloba a los hasta el momento Profesores Agregados;

2.º **Que la medida responde a su significado transitorio:** tratándose de plazas ya ocupadas, el sometimiento de las mismas -se insiste no para su nueva provisión, sino para que sus titulares las mantengan en la nueva condición de Catedráticos a que con carácter general han resultado equiparados los Profesores Agregados- a nuevos concursos con arreglo a cualquiera de las distintas variantes postuladas por los actores (hoja 23 vuelta de sus alegaciones), no sólo no vendría exigido por los principios constitucionales de mérito y capacidad, sino que obstaculizaría considerablemente la efectiva implantación de la reforma universitaria, sometiendo a un elevado número de plazas a un innecesario proceso de concursos y traslados; la situación de precariedad o interinidad a que todo ello conduciría aparece así como razón objetiva y suficiente del precepto legal;

3.º Que, en atención a ese carácter transitorio de la norma legal discutida, se ha de concluir la imposibilidad de configurar como *tertium comparationis*: i) ni el régimen normativo, toda vez que la modificación de dicha legislación anterior (en el sentido de equiparar Catedráticos y Agregados, poniendo fin a su distinción), existente para los traslados y promoción de Agregados a plazas de Catedráticos en la legislación anterior es precisamente la que determina la necesidad de la medida transitoria; ii) ni tampoco la situación de hecho en que, tras la reforma, se sitúa a los Catedráticos de Universidad, ya que la modificación introducida por la nueva legislación -conversión de las plazas que ocupaban como Agregados en plazas de Catedráticos- se produce únicamente en relación a las plazas ocupadas por Agregados y no en las de Catedráticos, las cuales, lógicamente, permanecen inalteradas;

4.º Que, por último, dado el **específico significado de la medida transitoria impugnada, la misma se agota en el tiempo y, justificada para posibilitar la implantación de la reforma** -el mantenimiento de sus propias plazas por los Agregados a partir de ahora Catedráticos-, no se proyecta como regla de vigencia futura ni supone, por tanto, que para las cátedras vacantes, existentes o que en el futuro se produzcan (núm. 1 de la transitoria séptima), rijan criterios distintos de los generales contemplados en el título V de la propia Ley Orgánica 11/1983 y, en particular, en su artículo 38;

Ha de concluirse, en consecuencia, que atendida su justificación, objetiva y razonable, como medida específica y de alcance transitorio, precisa para la efectiva implantación de la reforma universitaria en punto a la integración de Catedráticos y Agregados de Universidad, nos encontramos en una hipótesis semejante a la contemplada por el

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

fundamento jurídico 6.º de la STC 121/1983, de 15 de diciembre[...]. La significación transitoria de la medida no sólo configura su justificación, sino que impide tomar como parámetros de comparación actuaciones de hecho anteriores a la modificación legislativa producida, o menos aún, alternativas de *lege ferenda* que, en definitiva, desbordarían el ámbito del control constitucional de la discriminación para transformarse en valoraciones sobre la propia modificación legal sustantiva que hace necesaria la regla transitoria: aquí la equiparación de Catedráticos y Profesores Agregados de Universidad.”

Los aspectos que nos interesa destacar de la sentencia del Tribunal Constitucional que analizó el sistema previsto en la mencionada Ley de Reforma Universitaria son básicamente tres:

1. **Absoluta conformidad con la Constitución del proceso de consolidación de empleo**, aun cambiando de categoría profesional y de Cuerpo, pues se pasa de agregado a catedrático.
2. La ratio decidendi de la sentencia, **el fundamento de la admisibilidad del acceso de agregado a catedrático no es la previa condición de funcionarios de que gozaban los profesores agregados**, -lo que, por cierto, les diferenciaba de los interinos no universitarios -, sino **la evitación de “la situación de precariedad o interinidad”** que se produciría si las plazas que tras la LRU debían ser reservadas a catedráticos pero están ocupadas por agregados fueran sometidas a nuevos concursos. Evitar una situación de interinidad justifica todo el sistema de transformación operado por la Ley en este punto.
3. Por último, destaca también la **naturaleza temporal o provisoria de las medidas previstas en la citada LRU**, que se agotan en sí mismas, de forma que para que se justifique un proceso de la índole del que se contempla en la citada norma, es necesaria la adecuación entre los fines previstos y las medidas implementadas.

C) La Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla León.

La Disposición Transitoria Cuarta de la citada norma autonómica fijó lo siguiente:

“1. Con carácter excepcional, transitorio y por una sola vez, el acceso a la condición de funcionario de las distintas Escalas Sanitarias de los Cuerpos a que se refiere el artículo 20.3 de la Ley de la Función Pública de Castilla y León se efectuará mediante el procedimiento de concurso, el cual consistirá, de una parte, en la calificación de los méritos

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

aducidos y acreditados por los aspirantes conforme al baremo que se contiene en el apartado 4 de esta Disposición, y de otra en la realización de un Trabajo-Memoria mediante la cual se valorarán los conocimientos sobre los contenidos propios de las funciones a desempeñar y el dominio sobre los aspectos prácticos y organizativos de las mismas. La puntuación de dicho Trabajo-Memoria no podrá exceder de un 25% de la puntuación máxima total del concurso.

2. La Junta de Castilla y León, a través de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, realizará las convocatorias correspondientes conforme a las distintas titulaciones, especialidades u otros requisitos exigibles para el desempeño de las funciones propias de las mismas, no pudiendo ofertarse en cada proceso selectivo más que el número total de plazas no cubiertas por funcionarios al día de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley.

3. Asimismo, tras la entrada en vigor de esta Ley, el personal que supere el proceso selectivo señalado en los apartados anteriores accederá a la condición de funcionario en situación de destino provisional con obligación de concursar en los procesos de provisión de puestos de trabajo que a tal efecto se convoquen. En el supuesto de que la Resolución de los Concursos a que se refiere el apartado 1 de esta Disposición fuera anterior o simultánea a las correspondientes convocatorias de concurso de traslados para personal funcionario de carrera que necesariamente deberán producirse tras la entrada en vigor de esta Ley, el personal de nuevo ingreso deberá participar forzosamente en aquéllas, en cuya Resolución tendrá preferencia absoluta el personal funcionario de carrera en activo a la entrada en vigor de esta Ley.

4. La calificación de los méritos se realizará de acuerdo con el siguiente baremo:

- a) Tiempo de servicios prestados para la Administración de Castilla y León por personal que a la entrada en vigor de esta Ley se encuentre en activo y con más de un año ininterrumpido de antigüedad. La puntuación por este apartado no podrá exceder de un 40% de la puntuación máxima total del concurso a razón de 0,30 puntos por mes.
- b) Tiempo de servicios prestados en cualquier Administración Pública, en el territorio de la Comunidad de Castilla y León. La puntuación por este apartado no podrá exceder de un 15% de la puntuación máxima total del concurso a razón de 0,10 puntos por mes.
- c) Tiempo de servicios prestados en otras Administraciones públicas en el resto del territorio nacional. La puntuación por este apartado no podrá exceder de un 10% de la puntuación máxima total del concurso a razón de 0,05 puntos por mes.
- d) Expediente académico y título de especialista. La puntuación por este apartado no podrá exceder de un 10% de la puntuación máxima total del concurso.

El tiempo de servicios expresado en los apartados anteriores se computará siempre y cuando las funciones desempeñadas sean equivalentes a las de la Escala a que se aspira acceder y se correspondan con titulación y, en su caso, especialidad idénticas a las exigidas por la Administración de Castilla y León.

4. Ningún período de tiempo podrá ser computado más de una vez aun cuando durante el mismo el interesado hubiera prestado servicios simultáneos en una o más esferas de la misma Administración o en Administraciones Públicas diferentes.”

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Así pues, se viene a establecer un proceso por una sola vez, de acceso a la condición de funcionario, basado en el siguiente sistema:

- 1) El procedimiento es el de **concurso**, el cual consiste en dos pruebas:
 - a) La calificación de los méritos aducidos y acreditados por los aspirantes conforme a un baremo.
 - b) Realización de un Trabajo-Memoria mediante la cual se valorarán los conocimientos sobre los contenidos propios de las funciones a desempeñar y los aspectos prácticos y organizativos de las mismas. La puntuación de dicho Trabajo-Memoria no podrá exceder de un 25% de la puntuación máxima total del concurso.
- 2) El procedimiento es por una sola vez y a él pueden presentarse tanto funcionarios interinos, como libres.
- 3) Por último, y en cuanto ahora nos afecta, este procedimiento valora el tiempo de servicios prestados en las Administraciones, que se pondera hasta un cuarenta por ciento de la puntuación total del concurso.

Pues, bien dicho procedimiento fue llevado hasta el Tribunal Constitucional , quien tuvo ocasión de pronunciarse sobre la conformidad del mismo a la Carta Magna en su sentencia de 11 de febrero de 1999 de la siguiente forma:

“El problema que se nos plantea ha dado lugar a una serie de Sentencias cuya doctrina hemos sistematizado y confirmado recientemente en la STC 16/1998. Recordábamos entonces [fundamento jurídico 5º A)], con palabras de la STC 27/1991, que **estos sistemas de acceso «han de considerarse como un procedimiento proscrito por el art. 23.2 CE, si bien no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración»**. En particular, hemos entendido en esa misma Sentencia que estos sistemas no son contrarios al art. 23.2 de la Constitución si las normas que los establecen **«contemplan medidas de carácter transitorio y excepcional para resolver una situación singular y derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir de forma inmediata a personal en régimen de Derecho**

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Administrativo cuando ni existían plantillas de funcionarios ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera».

Sin embargo, es también doctrina reiterada (SSTC 27/1991 y 60/1994) que esta solución no es generalizable ni puede extenderse a otros supuestos, insistiéndose siempre en el carácter excepcional de este singular sistema de acceso. Entre las condiciones que han de darse para que no quepa apreciar infracción alguna del art. 23.2 de la Constitución hemos señalado las siguientes: primera, y según se ha dicho, que se trate de una situación excepcional; segunda, que sólo se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional para una situación igualmente excepcional; y, tercero, que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal.

4. Dicho esto, hay que subrayar que en el presente caso no nos encontramos propiamente ante un proceso de selección restringido, pues no se impide el acceso al concurso a quienes no ocupen interinamente las plazas ofertadas. Ciertamente, el sistema de valoración de méritos cuestionado prima de manera muy notable los servicios prestados en la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma frente a los que lo hayan sido en otras Administraciones o en otras partes del territorio nacional. La excepcionalidad de la solución adoptada es, por tanto, menor que en aquellos supuestos en los que sencillamente se excluye del proceso selectivo a quienes no tengan una previa relación de servicio con la Administración convocante. De otro lado, a través de esta convocatoria pretende resolverse una situación singular que tiene su origen en la puesta en planta de la Administración sanitaria de Castilla y León, de manera que, como en el supuesto planteado en la STC 16/1998, concurriría el primero de los requisitos antes señalados.

La Sala proponente pone en cuestión, sin embargo, tanto la razonabilidad del trato de favor dispensado a los interinos como la necesidad misma de dispensarles ese trato. En cuanto a lo primero, es de señalar, de un lado, que no se excluye de entrada la participación en el proceso selectivo de quienes no sean interinos. De otro lado, el trato de favor dispensado a los interinos si bien genera importantes diferencias, éstas no son desproporcionadas, teniendo en cuenta que lo pretendido es, precisamente, primar los servicios prestados en la Administración autonómica habida cuenta de la necesidad de resolver la situación excepcional generada por la creación de una Administración sanitaria propia.

Esta situación excepcional, sin embargo, es cuestionada con el argumento de que la Ley 1/1993 no tiene por objeto principal y directo la ordenación de los derechos y deberes de los funcionarios sanitarios al servicio de la Comunidad Autónoma. Tal apreciación no puede ser compartida; se opone a ello el hecho de que, como veremos a continuación, la Administración sanitaria de Castilla y León ha funcionado hasta la Ley 1/1993, en lo que al régimen de sus funcionarios se refiere, en una situación de clara provisionalidad; además, es objeto declarado de la propia Ley 1/1993 la regulación general de las actividades sanitarias en la Comunidad Autónoma, la constitución del Sistema de Salud de Castilla y León y la creación de una Gerencia Regional de Salud. Todo ello implica, obviamente, una ordenación del régimen de acceso de los servidores de la Administración sanitaria, que se instrumenta mediante el proceso impugnado.

5. Queda por ver, sin embargo, si la convocatoria de un proceso selectivo como el cuestionado es también excepcional en el tiempo, pues, como acabamos de recordar, este Tribunal sólo admite la constitucionalidad de procesos selectivos que primen con esta intensidad la condición de interino cuando se verifican «por una sola vez» (SSTC 27/1991, 151/1992, 185/1994 y 16/1998).

No es ésta la primera ocasión en que la Junta de Castilla y León trata de resolver la situación excepcional representada por la creación de su Administración sanitaria. Así, por

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Orden de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de 21 de julio de 1989 se convocaron pruebas selectivas para el acceso a la función pública en el ámbito sanitario. En dicha Orden, sin embargo, se primaba hasta tal punto la condición de interino que fue declarada nula por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 22 de abril de 1991. Con posterioridad a esa Orden, las disposiciones transitorias segunda y cuarta del Decreto Legislativo de Castilla y León 1/1990, de 25 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Función Pública de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, contemplaban también la situación del personal interino o contratado estableciendo la posibilidad de que pudiera acceder a la condición de funcionario por medio de concurso-oposición libre, especificándose que «en la fase de concurso únicamente se tendrán en cuenta como mérito los servicios prestados a la Administración autonómica y preautonómica, así como a la Administración del Estado, en el caso del personal transferido» (disp. transit. cuarta.3).

Por consiguiente la convocatoria del proceso selectivo que ha dado lugar al procedimiento del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad, es la primera que se realiza tras la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de la Función Pública de Castilla y León y después de la anulación de la convocatoria llevada a cabo por la Orden de 1989. Por tanto, aunque no se trata del primer intento para resolver la situación excepcional de los interinos, sí es el único que, hasta el momento, no ha sido declarado contrario a Derecho. A los efectos que aquí importan, y a diferencia de lo que sucedió en el caso resuelto por la STC 16/1998, la convocatoria impugnada satisface, por tanto el segundo de los requisitos establecidos por nuestra jurisprudencia: que se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez. Finalmente, se cumple también con la tercera de las condiciones expuestas, pues el procedimiento en cuestión aparece previsto y regulado en una norma con rango de ley.

En definitiva, la Administración sanitaria de Castilla y León ha contado hasta el momento con un personal interino cuya estabilización funcional podría haberle inclinado a la convocatoria de un concurso restringido. Sin embargo, ha querido conseguir esa estabilización con un sistema de selección en el que, aun primándose la condición de interino, no se hiciera imposible el acceso de profesionales que hubieran prestado servicios en otras Administraciones, por lo que se dan las condiciones que, según nuestra ya citada doctrina (especialmente, STC 185/1994), derivan del art. 23.2 de la Constitución.”

Así pues, las líneas maestras de la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia son las siguientes:

1. En primer lugar, con carácter general, están proscritas por el artículo 23.2 de la Constitución las pruebas restringidas para el acceso a la función pública.
2. No son pruebas restringidas, sino que deben considerarse libres, aquellas en las que no se impide acceder a quienes no sean funcionarios interinos, aun cuando la baremación de méritos beneficie a quienes han prestado servicios previos a la Administración ofertante. En este sentido, ya la sentencia 16/1998, citada en la que comentamos, detallaba expresamente que “*la específica alusión a los servicios*

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

prestados” como interinos hacen pensar que la norma está contemplando una convocatoria libre, no restringida, “pues estos méritos adquieren relevancia sobre todo respecto de aquellos que no se encuentran en esta situación”.

3. Aun cuando estamos ante pruebas que deben reputarse a todas luces como restringidas, como sucede cuando se impide que participen personas que no son funcionarios interinos, existen circunstancias en las que es posible acudir a dicho procedimiento con carácter excepcional y por una sola vez, de forma que la diferencia de trato establecida en la ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, **siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración.** En este caso, los requisitos que deben cumplir dichas pruebas restringidas son los siguientes:

- a) Que se trate de una situación excepcional;
- b) Que sólo se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional para una situación igualmente excepcional; y
- c) Que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal.

Esta doctrina es mantenida por el Tribunal Constitucional en la actualidad; a título de ejemplo la última sentencia es muy reciente: **STC de 11 de marzo de 2004**, luego la veremos en detalle.

Desde el punto de vista normativo merece la pena destacar que sobre esta problemática se ha pronunciado el artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social en los siguientes términos:

“la convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino y consolidación de empleo temporal estructural y permanente se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición. En este último caso, en la fase de concurso podrán valorarse, entre

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”

Por tanto, a la existencia de una doctrina constitucional consolidada, debemos añadir la existencia de previsión legal al respecto.

D) La Ley 16/2001, de 21 de noviembre, por la que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario sanitario.

Estamos, sin lugar a dudas, ante el antecedente más próximo en relación con las posibles soluciones a las altas tasas de interinidad existentes en un colectivo concreto¹⁴. No obstante, adelantamos ya que entre el caso del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud y los Profesores existen notables diferencias. Para empezar, existe una diferencia de naturaleza jurídica (el personal sanitario no es personal *funcionario*, sino *estatutario*). Pero, sobre todo, existe una diferencia de base; en el caso del personal estatutario sanitario, se producía una situación caracterizada por más de 10 años sin convocatorias concluidas¹⁵ para acceder a la condición de estatutario fijo; en tales circunstancias, el sistema necesariamente había tenido que recurrir a la contratación de personal interino para subsistir. Llegó un punto en que la situación se hizo totalmente insostenible y así, la presión social unida a un acuerdo entre todos los sectores implicados (asociaciones, sindicatos, Administración y partidos políticos¹⁶) culminó en el proceso excepcional de la citada Ley.

Con todo, aunque la situación es diferente, hemos de decir que sí que podemos aplicar algunos aspectos de interés que luego se comentarán.

¹⁴ Se trata de un texto sobradamente conocido por este despacho, dado que asumimos la defensa de la Asociación Nacional de Facultativos Especialistas Interinos (ANFEI), principal colectivo interesado en alcanzar una solución a la altísima tasa de interinidad que la citada Ley pretendía atajar.

¹⁵ Primero fue por ausencia de convocatorias. Luego por anulación ante los Tribunales de las realizadas.

¹⁶ Se desmarcaron únicamente alguna Asociación que defendía intereses contrarios, y determinados Sindicatos que pretendieron hacer de la cuestión un “caballo de batalla” a destiempo, lo que sólo ocasionó su descrédito.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

E) El sistema de consolidación previsto por el Real Decreto 414/1997.

i) Previsión de un sistema de consolidación (artículo 7.2 del Real Decreto 414/1997)

Los procesos de consolidación mencionados en los apartados anteriores han sido de carácter excepcional, establecidos por Ley, bajo el criterio de “por una sola vez”, y atendiendo a situaciones excepcionales.

En el caso de los docentes interinos no universitarios, se ha producido una “adulteración” del sistema de contratación eventual (posiblemente justificada en necesidades reales y en la falta de instrumentos para atajar tales necesidades) que ha dado lugar al exceso de personal interino en el que nos encontramos. Ahora bien, para solucionar este problema (simplemente, el exceso de personal interino) no es necesario una Ley, basta con una simple norma reglamentaria tal y como se hizo en el precedente más inmediato: el Real Decreto 414/1997.

El Real Decreto citado supuso un intento de “solución global” al hilo de la aprobación de la oferta de empleo público para 1997, norma que pretendía poner freno a la alta tasa de interinidad entonces existente (situación asimilable a la que ahora analizamos). El artículo 7 de dicho Real Decreto comenzaba pretendiendo un freno a la contratación de personal temporal (si bien preveía la especialidad del personal docente¹⁷). Su número 1 decía así:

“Artículo 7. Personal de carácter temporal

1. Durante 1997 no se procederá a la contratación de nuevo personal temporal ni al nombramiento de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, con autorización conjunta de los Ministerios de

¹⁷ El artículo 8 decía:

“Artículo 8. Personal docente

*En atención a las necesidades de personal docente, derivadas de las exigencias de desarrollo de la Ley Orgánica General del Sistema Educativo (LOGSE), se autoriza al Ministerio de Educación y Cultura la convocatoria de pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Maestros hasta un máximo **de 2.000 plazas en el año 1997, cubiertas actualmente por personal interino.**”*

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda y en el marco de los criterios establecidos en política de personal.

Podrán nombrarse funcionarios interinos docentes y de personal de administración y servicios destinados en centros docentes públicos, siempre con la autorización conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda.

Los contratos para cubrir necesidades estacionales finalizarán automáticamente al vencer su plazo temporal.”

Pero todo ello se combinaba mediante la cobertura jurídica a procesos de consolidación de empleo temporal. Así rezaba el artículo 7.2 y 3:

“2. Los procesos de **consolidación de empleo temporal, de naturaleza estructural y permanente**, podrán llevarse a cabo, tanto en el marco de los correspondientes planes de empleo como a través de convocatorias al efecto, exigiendo en este último caso la autorización del Ministerio de Administraciones Públicas, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, excepto en los procesos de consolidación previstos expresamente en el presente Real Decreto.

Los procesos selectivos a que se refiere el párrafo anterior respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y su iniciativa corresponderá a los Departamentos u organismos a los que afecten. **El conjunto de procesos de consolidación de empleo que se inicien en 1997 supondrán como máximo el 25 por 100 de los puestos o plazas en cómputo global, que estando presupuestariamente dotados o incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, catálogos o plantillas aprobadas, se encuentren desempeñados interina o temporalmente.**

3. Las relaciones de empleo de quienes desempeñan con carácter temporal las plazas que hayan de convertirse en fijas en el marco de un proceso de consolidación, se prolongarán hasta que finalicen los procesos selectivos correspondientes a la convocatoria de las plazas de carácter fijo. Para ello se podrá transformar la relación de empleo inicial en otra de naturaleza interina, en los términos previstos en el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, o en la normativa de función pública.”

Al amparo del artículo 7.2, se procedió a la convocatoria de procesos de consolidación diversos, procesos que han sido estudiados por el Tribunal Constitucional en la reciente STC 107/2003, de la que ha sido ponente la recientemente nombrada Presidente del Tribunal Constitucional, Excm. María Emilia Casas Baamonde.

ii) La STC 107/2003.

El caso analizado por esta sentencia se refiere, precisamente, a un procedimiento de consolidación de empleo al amparo del Real Decreto 414/1997.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Concretamente, se trataba de un procedimiento por el que se convocaron pruebas selectivas para cubrir 1.077 plazas del cuerpo auxiliar de la Administración de la Seguridad Social, en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal, mediante el sistema de concurso-oposición y distribuidas entre las cincuenta y dos provincias¹⁸.

La cuestión de fondo planteada en el Recurso Contencioso-Administrativo inicial –y reproducida ante el Tribunal Constitucional– consistía en determinar si si resultan lesivas del art. 23.2 las bases de la convocatoria en cuanto que:

1. establecían una distribución provincial de las plazas convocadas y
2. valoraban como mérito el haber prestado servicios como funcionario interino o laboral eventual en la Administración de la Seguridad Social,
3. así como la aplicación de las bases referidas a la fase de oposición, en referencia a la decisión del Tribunal coordinador de las pruebas selectivas de situar en 22 respuestas acertadas la puntuación exigible para aprobar el primer ejercicio de la oposición.

Como es sobradamente conocido, el artículo 23.2 de la Constitución determina la traslación del principio de igualdad en el ámbito del acceso a la Función Pública. Su contenido es el siguiente:

“2.- Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos , con los requisitos que señalen las leyes”

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional comienza recordando que dicho precepto:

“[...] no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que **garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio**, y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último

¹⁸ Orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales de 10 de diciembre de 1997 (publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 23 de diciembre de 1997).

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4 ; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 9; 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 5; 200/1991, de 13 de mayo, FJ 2; 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 99/1999, de 31 de mayo, FJ 4; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6; y 166/2001, de 16 de julio, FJ 2, por todas).

[...] el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos señalados en las leyes tiene un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo; de manera especialmente relevante, que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. De este modo, se produce una intersección, en este momento, del contenido del art. 23.2 CE con el del art. 103.3 CE, que **impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también vulneradores del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los aspirantes.** A partir de aquí se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso (por todas, SSTC 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b; 99/1999, de 31 de mayo, FJ 4; y 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.b)."

Dicho lo anterior, que es doctrina conocida, comienza la Sala a analizar la concreta cuestión de la valoración del tiempo de servicios como mérito evaluable. Y, en este sentido, recuerda la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual:

"Esta conexión entre acceso en condiciones de igualdad, por un lado, y el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, por otro, nos ha llevado también a controlar, para evitar una "diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes" (STC 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4), la valoración dada a algún mérito en concreto, cual es, particularmente y a los efectos que interesan en el presente caso, el relativo **a la toma en consideración de la previa prestación de servicios a la Administración. Esta última circunstancia, en efecto, si bien se ha reconocido que puede ser tomada en consideración para evaluar la "aptitud o capacidad"** (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3, y 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.b) **del aspirante, ni puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el "límite de lo tolerable"** (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4, 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.c, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b)."

Con ello, el Tribunal Constitucional recuerda que es perfectamente posible incorporar un procedimiento de acceso a la Función Pública que valore el tiempo de servicios prestados, si bien con ello no puede impedirse –de facto– que otros

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

aspirantes que carezcan de la condición de interinos puedan acceder al puesto de que se trate.

En el concreto supuesto analizado por la reciente sentencia, la recurrente estimaba que se lesionaba el artículo 23.2 de la Constitución por cuanto las bases de la convocatoria establecían una distribución provincial de las plazas convocadas y valoraban como mérito el haber prestado servicios como funcionario interino o laboral eventual en la Administración de la Seguridad Social. En concreto, las citadas bases establecían que, de resultar aprobado:

- a) El opositor obtendría destino en la provincia que hubiera seleccionado en su solicitud de participación y que estará necesariamente comprendida en el ámbito geográfico correspondiente al lugar de examen elegido (base 1.2).

Como se comprenderá, con ello, se perseguía consolidar en la medida de lo posible a los funcionarios interinos que se encontraban en un ámbito territorial concreto. El sistema también se empleó en la Ley 16/2001, pues el opositor debía optar por un ámbito muy concreto, sin posibilidad de acudir a un ámbito diferente.

- b) Las plazas que no se cubran en cada ámbito geográfico no podrán incrementar las de ningún otro ámbito (base 1.3).

Se trata de una medida complementaria de la anterior. De no existir esta previsión, desde la óptica del opositor sería indiferente presentarse en un lugar u otro, pues siempre se podría confiar en el incremento de plazas resultante de las vacantes producidas. Ahora bien, el sistema no sólo busca solucionar el problema de estabilidad en el empleo de los funcionarios interinos¹⁹, sino que también busca solucionar las necesidades de la Administración. Y la Administración necesita cubrir unas plazas concretas, motivo por el cual las plazas ofertadas en cada localidad no pueden ser más que las que la Administración precisa.

¹⁹ Sin impedir el acceso de otros ciudadanos que no tengan la condición de interino. Esto es esencial, pues en la sentencia del Tribunal Constitucional se toma en consideración como dato relevante para determinar la constitucionalidad del proceso que en Madrid habían aprobado 38 opositores sin computar méritos por servicios prestados en la Administración.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Y así, **el Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de que las Administraciones Públicas apliquen su potestad organizativa para convocar las plazas atendiendo a criterios territoriales:**

“Teniendo en cuenta que las Administraciones públicas disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de consolidar, modificar, o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio (SSTC 57/1990, de 29 de marzo, FJ 3; 293/1993, de 18 de octubre, FJ 3; y 9/1995, de 16 de enero, FJ 3, por todas), no resulta objetable que la gestión de recursos humanos de las organizaciones públicas se lleve a cabo atendiendo a las necesidades efectivas de personal en el ámbito geográfico correspondiente. No hay que olvidar en este sentido que el art. 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en la redacción resultante de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, contempla los planes de empleo como instrumentos prioritarios para cubrir las necesidades de recursos humanos, pudiendo contener incluso medidas de movilidad geográfica. Asimismo se establece que las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de la oferta de empleo público, conforme a los criterios de planificación que señalen las Leyes de presupuestos generales del Estado para cada ejercicio, sin que en ningún momento se impida que la oferta de destinos al personal de nuevo ingreso pueda determinarse en las convocatorias públicas para seleccionar a dicho personal.”

En segundo término, la recurrente sostenía que la valoración de la antigüedad como funcionario interino o laboral eventual vulneraba el art. 23.2 de la Constitución, al favorecer claramente a los interinos. En este sentido, el procedimiento ideado por la convocatoria contaba con dos fases, a saber:

- a) Una fase de concurso, no eliminatoria, en la que se valoraban los servicios prestados ante la Administración como personal laboral temporal o funcionario interino en el grupo D, en una escala gradual que otorgaba 8 puntos por año de antigüedad hasta un máximo de 40 puntos por cinco años o más, y la posesión de una titulación académica superior a la exigida para participar en la convocatoria (Graduado Escolar, Formación Profesional de primer grado o equivalente, conforme a la base 2.1.3), que se valorará en 5 puntos.
- b) La fase de oposición constaba de dos ejercicios sucesivos (ambos de carácter eliminatorio), uno teórico y otro práctico.

Todo ello se complementaba afirmando que únicamente se valoraría la fase de concurso a los aspirantes que hubiesen superado la fase de oposición, que en ningún

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

caso la puntuación obtenida en la fase de concurso podría aplicarse para superar los ejercicios de la fase de oposición y que el orden definitivo del proceso selectivo, dentro de cada ámbito geográfico, vendría determinado por la suma de las puntuaciones obtenidas en las fases de oposición y concurso, atendándose en caso de empate a los criterios que por orden decreciente señala el anexo I de la convocatoria (en último lugar, la puntuación alcanzada por el mérito antigüedad).

Desde esta perspectiva, se trataba de analizar si se había producido el llamado "efecto mochila", (sumar dos veces los puntos por servicios previos, utilizando la puntuación obtenida en la fase de concurso para superar la fase de oposición, algo declarado inconstitucional por SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 5; 93/1995, de 19 de junio, FFJJ 6 y 7; 185/1994, de 20 de junio, FJ 2; y 11/1996, de 29 de enero, FJ 4, entre otras). La Sala concluye que no se produce este efecto –como es obvio–.

Asimismo, rechaza que nos encontremos ante un supuesto enmarcable en las oposiciones y turnos restringidos, cuyo rechazo, como regla general, proclama el art. 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 151/1992, de 19 de octubre, FFJJ 3 y 4; 302/1993, de 21 de octubre, FFJJ 2 y 3; y 16/1998, de 26 de enero, FFJJ 5 y 6).

En cuanto a la valoración en sí misma considerada de la antigüedad o servicios previos en la fase de concurso (con 8 puntos por año de servicio completo hasta un máximo de 40 puntos por cinco años o más, como se ha visto), la Sala recuerda doctrina ya consolidada:

"la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues **el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados**" (STC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3). De este modo, no plantea problema de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso (**aunque la valoración como mérito único de los servicios prestados tampoco sería por sí sola contraria al art. 23.2 CE**, como señalan las SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 6, y 67/1989, FJ 4, **pues lo determinante es si la ponderación de los servicios previos ha sido tan desproporcionada e irracional que ha desconocido el derecho a la igualdad**) o se hayan tenido en cuenta otros méritos en dicha fase. Desde la perspectiva de la igualdad, la valoración constitucional de esta regla ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio de diferenciación utilizado."

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Dicho lo anterior, la Sala **admite que la consolidación de empleo temporal** es una finalidad que justifica suficientemente la valoración de los servicios prestados, en el modo en que lo hizo la convocatoria. Concretamente, la Sala es explícita afirmando que un peso del tiempo de servicios del 27,58 % en la puntuación final no es desproporcionado:

“La valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública. Por otra parte, **tampoco se advierte que la ponderación de los servicios previos haya sido tan desproporcionada e irracional** que vulnere el art. 23.2 CE . En efecto, al margen de que la antigüedad no era el único mérito valorable en la fase de concurso (pues también se valoraba con 5 puntos el estar en posesión de una titulación académica superior a la exigida para participar en la convocatoria, como se vio), la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables, aunque es cierto que otorga una sustancial ventaja a estos aspirantes (en mayor grado cuantos más años de servicios prestados acreditasen, con el máximo indicado), no excluye de la competición a quienes, como la recurrente, carecen de dicho mérito, pese a que imponga a estos opositores "por libre", para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración de la Seguridad Social. **La máxima puntuación que puede obtenerse por servicios previos (40 puntos con cinco o más años de servicio) supone un 27,58 por 100 de la puntuación máxima que podría obtenerse en total en el proceso selectivo (hasta 100 puntos en la fase de oposición, más 5 puntos por poseer un grado académico superior al exigido en la convocatoria, más un máximo de 40 puntos por servicios previos). De ahí que la relevancia cuantitativa otorgada a dicho mérito no pueda considerarse desproporcionada ni que traspase "el límite de lo tolerable"** (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4 EDJ 1989/4160; 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.c EDJ 1994/14449; 11/1996, de 29 de enero, FJ 6 EDJ 1996/41; y 83/2000, de 27 de marzo, FJ 4 EDJ 2000/3836). El examen de la relación definitiva de aspirantes aprobados muestra que, **en total, aprobaron 136 opositores sin puntos por antigüedad** (más otros 28 del turno de discapacitados, también sin servicios previos), observándose que en la práctica totalidad de esos casos los opositores "por libre" aprobados obtuvieron en la fase de concurso los cinco puntos del mérito referido a poseer un grado académico superior al exigido.”

Es significativo también este último dato: aprobaron 136 opositores sin puntos por antigüedad, lo que significa que el resto, hasta las 1.077 plazas de que constaba el procedimiento selectivo, eran o habían sido interinos.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

F) Finalmente, el Acuerdo entre Administración y Sindicatos de 11 de noviembre de 2000.

Respecto de la Administración General del Estado, el Real Decreto 222/2004, de 6 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2004, establece en su artículo 9 la necesidad de autorización conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Hacienda para la contratación excepcional de personal interino, teniendo en cuenta que los nombramientos computarán a efectos de cumplir el 100% de la tasa de reposición de efectivos de la oferta de empleo público del año siguiente al que se produzcan (tal y como prevé la Ley 61/2003, para 2004 y otras leyes de presupuestos autonómicas –vid. por ejemplo, artículo 52 de la Ley 3/2003 de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Cantabria-).

El artículo 10 prevé, conforme al Acuerdo Administración-Sindicatos de 15 de noviembre de 2002, **procesos de consolidación de empleo temporal**, mediante convocatoria ad hoc, que afectarán a los funcionarios interinos que ocupen puestos de trabajo de forma continuada y desde antes del 2 de diciembre de 1998, salvo que dicho personal sustituya a titulares con reserva de puesto. Estos procesos de consolidación son consecuencia del *Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública*, en el que se recoge lo siguiente:

“TÍTULO IV. MEDIDAS ENCAMINADAS A FAVORECER LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

CAPÍTULO XI. CONSOLIDACIÓN

Durante el período de vigencia de este Acuerdo, la Administración se compromete a adoptar las medidas necesarias para la **consolidación definitiva del empleo temporal de naturaleza estructural anterior a 2 de diciembre de 1998**, de manera que al final de dicho período se hayan convocado todos los procesos de consolidación que en los ámbitos de negociación correspondientes se entiendan necesarios para la consecución de ese fin.”

En definitiva, el Acuerdo entre la Administración y los Sindicatos viene a darnos un dato esencial, cual es el de determinar el grupo de funcionarios interinos que deben consolidar su puesto de trabajo. Como hemos visto, dicho acuerdo se

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

firmó en noviembre de 2002 y, en definitiva, venía a proponer la consolidación de todo empleo temporal de, al menos, 45 años de antigüedad (depende del período en que se realice el proceso de consolidación).

Pues bien, a la luz del mismo, y suponiendo que el proceso de consolidación se efectuara en el año 2005, entendemos que el grupo llamado a consolidación estaría formado, al menos, por los interinos contratados desde antes del 1 de enero de 2000. Teniendo en cuenta que en el ámbito en que nos movemos la contratación suele realizarse por curso académico, deberían incorporarse en dicho grupo todas aquellas personas que acrediten, al menos, contrataciones para cinco cursos académicos.

2. Modelo de consolidación de empleo que se propone.

A) Competencia estatal para coordinar un modelo de consolidación de empleo interino a nivel nacional.

Los Reales Decretos de traspaso de competencias en materia de educación reconocen a las Comunidades Autónomas la competencia para efectuar las convocatorias correspondientes. Por ejemplo, si tomamos el Real Decreto 1340/1999, de 31 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Castilla y León en materia de enseñanza no universitaria, observamos que se establece lo siguiente:

“g) **Respecto del personal traspasado**, corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de las bases generales del régimen estatutario de los funcionarios públicos y de las normas básicas específicas aplicables al personal docente, los actos administrativos de personal que se deriven de la relación entre los funcionarios y la Comunidad de Castilla y León, y entre ellos los siguientes:

1. **La convocatoria para la provisión de los puestos vacantes que determine la Comunidad Autónoma.**

2. La **elaboración y aprobación de las previsiones de necesidades de personal.**

3. La **convocatoria y resolución de los concursos de traslado** dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma.

4. Los nombramientos y ceses de los funcionarios para ocupar puestos de trabajo.

5. Los **nombramientos para proveer interinamente vacantes**, así como la facultad de formalizar contratos de colaboración temporal.

6. Concesión de compatibilidades.

7. Reconocimiento de trienios y, en su caso, sexenios.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

8. Reconocimiento de situaciones administrativas, de las que se dará cuenta a la Administración del Estado.
9. Concesión de licencias y permisos.
10. Concesión de comisiones de servicio.
11. Régimen de trabajo y vacaciones.
12. Régimen de retribuciones.
13. Reconocimiento de dietas y gastos de viaje.
14. Elaboración y desarrollo de planes y actividades de formación y perfeccionamiento.
15. Concesión de premios y recompensas.
16. Iniciación, tramitación y resolución de los expedientes disciplinarios.
17. Resolución de recursos administrativos y ejecución de sentencias en materia de personal.
18. Nombramiento y formación de Directores y demás cargos directivos de los centros públicos.”

Asumido que la convocatoria y determinación de las necesidades de plazas a cubrir es competencia de la Comunidad Autónoma, esto no obstante, **el Estado se reserva la competencia de coordinación a nivel estatal**:

“Seguirán siendo ejercidas por los órganos correspondientes de la Administración del Estado las siguientes funciones:

[...]

- p) Los actos de administración de personal no atribuidos a la Comunidad de Castilla y León, así como el **establecimiento de normas generales de coordinación**, de conformidad con lo previsto en el art. 149.1.18ª de la Constitución.”

Por consiguiente, resulta posible coordinar, desde la Administración General del Estado, un proceso de consolidación a nivel estatal que aglutine a todas las Comunidades Autónomas.

B) No es necesario aprobar una Ley.

No resulta necesario aprobar una Ley para establecer las Bases de la Convocatoria de un proceso de consolidación de empleo docente no universitario a nivel nacional; esto es evidente tras la STC 107/2003, que analiza un proceso de consolidación realizado por Real Decreto.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

C) Bases Estatales de la convocatoria.

Las bases del proceso de consolidación, en uso de la potestad coordinadora, corresponden al Estado. En uso de esta competencia el Estado puede:

1. Establecer un **proceso de consolidación, abierto**²⁰, que se celebre a nivel nacional en un mismo día, con el objeto de impedir que los interesados puedan presentarse a procesos realizados por diferentes Comunidades Autónomas, o a diferentes especialidades en la misma Comunidad Autónoma.
2. **Configurar el grupo de funcionarios interinos favorecidos por el cómputo –como mérito- de su tiempo de trabajo.** En principio, hemos señalado que nos parece razonable seguir el mismo criterio que el Acuerdo Administración-Sindicatos de 11 de noviembre de 2002, esto es, acreditación de –al menos- 4/5 años de antigüedad, que no tiene por qué ser continuos, sino computados por curso académico. Ahora bien, estos 4/5 años no deberán determinar el tope de puntuación obtenible, sino que habrá de tenerse en cuenta la necesidad de premiar a quienes se encuentran prestando servicios por tiempo realmente amplio (diez años o más)²¹.

²⁰ Esto es, no sólo participarán interinos, sino cualquier interesado.

²¹ Este punto tiene importancia. Se observa habitualmente que en este tipo de procesos se limitan los méritos a partir de un determinado tiempo, normalmente cinco años, de tal modo que en el 5º año se alcanza el límite máximo de puntos otorgado. Con ese tipo de sistemas, se premia a los funcionarios interinos de menos tiempo, perjudicando a quienes por razón del tiempo transcurrido prestando servicios a la Administración acreditan, objetivamente, un mérito mayor.

De lo que se trataría, precisamente, es de valorar el mérito en su justa medida. Es cierto que si se realiza un escalado muy amplio (15 años, por ejemplo) se perjudica al colectivo interino, que difícilmente alcanza el tope de puntuación. Sin embargo, ello se puede corregir realizando una escala decreciente, de manera que los méritos que se vayan obteniendo sean cada vez menores. Con ello se consigue favorecer a los interinos de menos tiempo, a la vez que se consigue diferenciar a los interinos de mas tiempo.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

3. **Establecer la obligación de pruebas diferenciadas por especialidad**, lo que, a la luz de la STC 107/2003, sería perfectamente posible dado se asemeja a la distribución provincial que allí se declaró constitucional.
4. **Establecer la valoración de la fase de concurso**. El punto esencial es el cómputo del tiempo de servicio. A la luz de la STC 107/2003, sabemos que un 40% máximo de puntuación por este concepto es perfectamente constitucional. Asimismo, conviene establecer un elemento diferencial que puntúe un 5%, consistente en “*poseer un grado académico superior al exigido en la convocatoria*”. Recordemos que este apartado fue considerado decisivo por el Tribunal Constitucional. El resto de puntos podrían repartirse en criterios objetivos comunes a cualquier interesado.
5. **Establecer un sistema objetivo en la fase de oposición. Este punto es esencial**. No cabe duda de que un examen del tipo habitual (prueba memorística de desarrollo) favorece a los aspirantes que tienen más cercano los estudios de fin de carrera, motivo por el cual sería conveniente descartar este sistema si lo que pretendemos es un proceso de consolidación. Dicho lo anterior, sabemos que la fase de oposición podría consistir en la celebración de una prueba práctica (admitido por la STC 107/2003), o en una entrevista²². No obstante,

²² A título de ejemplo, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1993 (Ar. 3892/1993), en la que se expresa:

“Nuevamente hemos de distinguir entre la validez de la norma y la eventualidad de aplicaciones desviadas, a lo que parecen referirse más bien las alegaciones de la recurrente y que no pueden tenerse en consideración al enjuiciar la norma.

*No estimamos que la entrevista desnaturalice el concurso, ni que sea contraria a su estructura, debiendo compartir sobre el particular la tesis del Abogado del Estado porque se trata tan sólo de un **medio de comprobación de méritos alegados, y en el tal sentido sirve para hacer efectivos los principios de mérito y capacidad.***

Resulta excesivo cualificar la entrevista de examen secreto sin garantías, pues en ella, si se efectúa correctamente, cual debe presumirse, tan sólo se deben evaluar los méritos alegados por el concursante, lo que es base de objetividad suficiente.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

creemos conveniente un sistema objetivo que permita diferenciar con claridad y rapidez de corrección la puntuación obtenida por cada aspirante. En este sentido, un sistema tipo test cuenta con dos ventajas significativas:

- i. Elimina el riesgo de subjetivismo en el Tribunal calificador, pues la corrección es totalmente objetiva.
 - ii. Facilita la rapidez en la corrección, al poder utilizarse sistemas mecánicos de corrección.
6. **Establecer reglas de convocatoria.** Como dijimos en su momento, la competencia para la realización de las convocatorias es autonómica. No obstante, pudiera analizarse la posibilidad de que el Estado fijara límites mínimos de plazas que deben ser ofrecidas en el proceso de consolidación.

El inevitable subjetivismo de la ponderación no es de signo cualitativamente distinto de cualquier otra ponderación del mérito, sin que pueda darse por sentado que el grado de subjetivismo debe ser superior en el mecanismo de control que constituye la entrevista, y aún en la hipótesis de que pudiera serlo, ello no sería elemento decisivo para su rechazo, pues no es aceptable que de por sí tenga que ser vicioso.

La especial idoneidad de la entrevista para comprobar con ella que determinados méritos alegados corresponden en efecto al aspirante, y no se simulan con simples apreciaciones documentales (piénsese, por ejemplo, en estudios y trabajos científicos que pueden aportarse como propios y cuya elaboración puede ser de terceros), compensaría el posible mayor grado de subjetivismo en la ponderación, si es que realmente lo hubiera.

*Por lo demás, **que entre entrevista y concurso de méritos, como medio aquélla para el control de éstos, no existe incompatibilidad conceptual**, lo revela el hecho de que en nuestra legislación de rango superior existen previsiones de esos mecanismos, como es de ver en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 313, párrafo 5)".*

En un sentido similar, debe señalarse que la Ley 16/2001, de 21 de noviembre de consolidación del empleo del personal estatuario de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social, se concreta como prueba la "realización de un ejercicio , que consistirá en la redacción de una memoria" (art. 6.2). Dicha fórmula ha sido aceptada por reiterada jurisprudencia (básicamente, por obvias razones competenciales, de la Audiencia Nacional).

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

D) Competencias autonómicas.

Tal y como hemos visto anteriormente, a las Comunidades Autónomas les correspondería la determinación de las plazas a convocar así como la corrección de las pruebas y el nombramiento de los funcionarios que adquirieran la plaza.

En este punto, el aspecto más conflictivo es el del número de plazas a convocar. Teniendo en cuenta que de lo que se trata es de proceder a un proceso de consolidación real, el número de plazas debería ser el máximo posible –de lo contrario no se cumplirían los objetivos-. Ello debe compaginarse, necesariamente, con la congelación de los procesos ordinarios de convocatoria en tanto no culmine el proceso de consolidación.

Expuesto lo que antecede, no con ello se soluciona el problema. Simplemente se aporta una suerte de “*balón de oxígeno*” para solventar la problemática actual; sin embargo, para ofrecer una solución de futuro, hemos de atender a algún sistema que evite que la aglomeración de interinos vuelva a reproducirse. Esto es, se precisa realizar un análisis sobre un modelo de “estabilidad” en el empleo público partiendo de la situación de interino, para aquellos casos en que el interino demuestra –por el tiempo de servicios- su utilidad al sistema. A ello dedicamos el siguiente apartado.

3. Sistema de estabilización en el empleo que se propone.

A) Situación de estabilización en el empleo a nivel de Comunidad Autónoma.

En el momento actual, a nivel de Comunidad Autónoma, se pueden diferenciar dos grandes sistemas. La mayor parte de las Comunidades Autónomas están realizando pactos sindicales que luego se reflejan normativamente a fin de proporcionar una cierta “estabilidad” en el empleo temporal. Sin embargo, de esta dinámica se descuelgan, salvo error por nuestra parte, cinco Comunidades Autónomas, a saber:

- Madrid.
- La Rioja.
- Castilla-León.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- Asturias.
- Aragón.

En el resto de Comunidades Autónomas se están produciendo mecanismos que buscan, de uno u otro modo, obtener una cierta estabilidad en el empleo para los interinos. Analizamos algunos ejemplos:

i) Cataluña:

Resolución ENS/1186/2004, de 26 de abril, por la que se dictan instrucciones relativas a la gestión de la bolsa de trabajo para prestar servicios con carácter temporal como personal interino docente para el curso 2004-2005.²³

Establece una lista única conforme al artículo 5 del Decreto 133/2001, de 29 de mayo, sobre la regulación de la bolsa de trabajo para prestar servicios con carácter temporal como personal interino docente. El orden de *prelación* es el siguiente:

1. El personal que haya prestado servicios como interino de algún cuerpo docente no universitario en la Administración de la Generalidad de Cataluña, ordenados en función del tiempo de servicios docentes prestados en centros públicos no universitarios.
2. Quienes formen parte de la lista de admitidos de alguna de las convocatorias de concurso público realizadas por el Departamento de Enseñanza para cubrir plazas vacantes o substituciones en régimen de interinidad y que aún no han sido nombrados como personal interino docente, o no han estado con posterioridad en su último ingreso a las listas de aspirantes. Estas personas se ordenan según el año de la

²³ La norma reguladora de la Bolsa de Trabajo se complementa por la Resolución ENS/1185/2004, de 22 de abril, por la que se dictan las instrucciones sobre los desplazamientos forzosos por modificación de las plantillas de los centros docentes públicos de enseñanzas infantil y primaria y secundarias, y sobre las adjudicaciones de destinos provisionales al personal funcionario e interino del cuerpo de maestros y de los cuerpos de profesorado de enseñanzas secundarias para el curso 2004-2005.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

convocatoria en que participaron y, dentro de éste, según el número de orden asignado en función del baremo establecido.

Se prevé, asimismo, una división funcional de la lista, por servicios territoriales, a fin de evitar que un mismo aspirante sea propuesto para dos puestos de trabajo. De este modo, cada aspirante no puede presentarse más que a una sola convocatoria.

Como puede verse, el sistema catalán pretende otorgar estabilidad en el empleo a todos aquellos que hayan sido contratados como funcionarios interinos, al menos, por una vez (dado que, automáticamente, pasan a formar parte del orden de prioridad “1”).

Para el resto, se convocan simples “concursos” (que no concurso-oposición) para cubrir plazas en régimen de interinidad. En el momento en que alguna persona hubiera superado el concurso, obtiene prioridad “2” a través de un mecanismo de “antigüedad” que le hace prevalecer frente a quienes sean obtengan la prioridad “2” en convocatorias sucesivas (independientemente de la nota) y así, más pronto o más tarde, obtendrán el nombramiento de interino siempre que las plazas no sean cubiertas por los aspirantes con prioridad “1”.

Naturalmente, tan pronto como algún interesado con prioridad “2” sea nombrado interino, habrá cumplido el requisito a fin de pasar a la lista de prioridad “1” en la subsiguiente convocatoria.

En resumen, se pretende con ello garantizar una cierta estabilidad en el empleo a quienes obtienen prioridad “1”, pues siempre que haya necesidad de cubrir plazas, estas serán cubiertas primeramente por quienes tienen aquella prioridad “1”. Al tiempo, se otorga la esperanza de pasar a engrosar dicha lista a quienes van superando los concursos ad hoc que se convocan anualmente.

ii) Andalucía.

Resolución de 11 de abril de 2003, de la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos, por la que se establece el procedimiento para la adjudicación de destinos provisionales al personal docente para el curso académico 2003-2004.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

El sistema actual se haya constituido por diversas Bolsas de Trabajo en función de la especialidad del profesor de que se trate. El artículo 8º de la Resolución identifica como personal docente interino a

“[...] el personal interino de las bolsas de trabajo con tiempo de servicios reconocido por la Administración Educativa Andaluza **con anterioridad al 30 de junio de 2002** o haya prestado servicios para dicha Administración Educativa durante el curso académico 2002-03.”

Como puede verse, los interinos anteriores a 30 de junio de 2002 tienen reconocida una precaria “estabilidad” en el empleo, al menos en cuanto al curso 2003-2004, pero nada les asegura que dicha situación seguirá igual en el curso académico 2004-2005.

Asimismo, la norma permite obtener la condición de “*aspirante a interino*” a quienes no formando parte todavía de las Bolsas o encontrándose en una Bolsa de diferente especialidad superen al menos una prueba en las convocatorias correspondientes (artículo 9). Si obtuvieran posteriormente un puesto de trabajo, adquirirían la condición de interino (pero no sabemos por cuanto tiempo).

iii) Murcia.

Con matices, en otras Comunidades Autónomas se pretenden otros sistemas de estabilización más o menos amplios. En la Región de Murcia, por ejemplo, la reciente Resolución de 5 de marzo de 2004 (Diario de 24 de marzo) publica el Acuerdo alcanzado por diversos sindicatos del sector y la Consejería de Educación a fin de producir una estabilidad en el empleo al estilo “catalán”; es decir, integran automáticamente la Bolsa de Interinos quienes figurando en las listas inmediato anteriores han trabajado en centros públicos de la Región de Murcia. A continuación se colocarán el resto de aspirantes que supera alguna prueba en las consiguientes convocatorias. El régimen tiene algunas discordancias en lo que se refiere a las prioridades de los distintos interesados, pero esta cuestión no interesa ahora.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

iv) Sistema de “docente estable” en el País Vasco.

Por su parte, el Decreto 158/2004, de 27 de julio, por el que se aprueba el compromiso de estabilidad del personal docente interino no universitario de la Comunidad Autónoma de Euskadi, establece un cupo de 1.500 docentes estables para cada curso escolar, y regula el acceso a esa condición de “estable”, mediante un Acuerdo de estabilidad 2004-2006, si bien se advierte expresamente en el punto 6º que:

“[...] se mantendrá el compromiso de estabilidad más allá del 31 de agosto de 2006 para un número de docentes que habrá de precisarse con anterioridad a dicha fecha.”

Parece, en definitiva, que se ha buscado crear una figura intermedia entre el funcionario interino y el funcionario de carrera, si bien se le otorga un carácter “a prueba”, hasta agosto de 2006. Las líneas fundamentales son las siguientes:

“3

Anualmente se elaborará la relación de interinos/as estables para cada curso escolar.

La definición de los cupos de nuevos estables correspondientes a cada nivel educativo, vendrá determinada por el número de vacantes de impartición de docencia existentes en cada uno de ellos.

Los mecanismos determinantes para el acceso a la condición de estable serán la lista única de candidatos/as y la capacitación lingüística PL2 (Decreto 47/1993 de 9 de marzo), conjugada con la correspondencia con las necesidades docentes del precitado sistema educativo. A estos efectos, se entenderá que atienden necesidades docentes del sistema educativo, quienes ocupan plazas vacantes de impartición de docencia.”

Aunque el Acuerdo no lo expresa bien, la elaboración anual parece que toma como referencia los funcionarios estables del ejercicio precedente. De no ser así, no se entendería la adquisición de una condición de “estable” que dura sólo un año (con lo que no sería estable, sino temporal). Debe ser así, porque inmediatamente se dice:

“4

La condición de estable se extingue, en todo caso, con el cumplimiento de 65 años de edad o, en su caso, la finalización del curso escolar en que dicha edad se alcance.

También por el hecho de dejar de prestar servicios en el sistema educativo público vasco. En este sentido serán de aplicación criterios análogos a los establecidos en la normativa de gestión de candidatos/as.”

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

De lo que queda claro que la condición de “estable” se arrastra año a año. Perfecto. Se verá luego que coincide con nuestra propuesta. Continúa el acuerdo elaborando unas líneas de la condición de “estable”:

“5

La garantía de estabilidad recogida en este artículo estará condicionada a:

- a) La movilidad, si fuera necesaria, dentro del sistema educativo, de acuerdo con las titulaciones requeridas.
- b) La movilidad geográfica, si fuera necesaria, dentro de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- c) La participación obligatoria en las pruebas que se convoquen por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación para acceso a los correspondientes Cuerpos y Escalas docentes, en las condiciones que se establezcan en las correspondientes convocatorias.
- d) La cobertura obligatoria, en primer lugar, de las vacantes de plantilla que hubiere a comienzo de curso o que se generen durante el mismo.
- e) La realización de sustituciones o tareas de apoyo que les fueren encomendadas por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación.

Quien perdiera la estabilidad por algunos de los motivos señalados en este epígrafe no podrá volver a integrar nuevamente la relación de personal estable.”

En definitiva, el “estable” tiene derecho al empleo, pero no al puesto de trabajo. Es más que el interino (porque tiene reconocida estabilidad) pero menos que el funcionario de carrera (porque carece de un puesto fijo, y está –en consecuencia- sujeto a movilidad obligatoria, no voluntaria). Estamos de acuerdo, pues es una figura útil a la Administración, y que –a la vez- conjuga la aspiración a la estabilidad de los actuales interinos.

B) Posible ilegalidad o inconstitucionalidad de los sistemas catalán, vasco, murciano o andaluz.

A la vista de los ejemplos a que hemos hecho referencia (existen otros similares en diferentes Comunidades Autónomas), esta clara la voluntad política de las Comunidades Autónomas en orden a lograr algo que se contradice con la propia noción de “interino”, como es la estabilidad en el empleo.

En efecto, recordemos las palabras de la STS de 17 de mayo de 1996 a las que ya hicimos referencia en otro punto de este Dictamen:

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

“[...] la inestabilidad es condición inherente a la interinidad.”

parece claro que los sistemas catalán, andaluz y murciano intentan soslayar estas palabras del Tribunal Supremo, pretendiendo que se adquiriera la condición de interino se alcanza por el sólo hecho del transcurso del tiempo, por eso no pueden decir a las claras que se otorga estabilidad en el empleo a los interinos, y lo que le proporcionan es sólo una suerte de “prioridad” en el orden de acceso a la condición de interino.

Sin embargo, hoy en día una solución de este tipo es dudosamente legal, toda vez que contradice el artículo 5.2 de la Ley de Función Pública, según el cual:

“2. Son funcionarios interinos los que, por 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 Ley pretende que el interino se anude a un concreto puesto de trabajo exigido por razones de urgencia. Sin embargo, los sistemas catalán, andaluz y murciano parten del sistema inverso:

- a) se da por supuesta la urgencia (esto es, se reconoce como “normal” lo que por Ley debiera ser “extraordinario”),
- b) así se puede predesignar como “interino” al personal que lleva un determinado número de años de servicio. Esta designación se produce por el expediente de otorgarles “prioridad” para ser contratado en régimen temporal.
- c) una vez designado es cuando procede a adjudicarle el puesto de trabajo.

Esto es: se comporta como si este personal fuera ya funcionario, cuando lo cierto es que sólo obtiene dicha condición tras el nombramiento como personal interino para cubrir un determinado puesto de trabajo en el curso académico concreto. Se llega entonces a una situación de precariedad, pues la estabilidad queda condicionada por el pacto sindical, no por la existencia de un marco básico a nivel estatal.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Lo que realmente ponen de manifiesto estas soluciones no es más que lo que venimos diciendo a lo largo de este Dictamen: **en el ámbito de los profesores docentes no universitarios, el régimen general básico del “interino” es insuficiente, motivo por el cual las Comunidades Autónomas alteran conscientemente dicho régimen. Se hace precisa una figura específica que resuelva las verdaderas necesidades de la Administración y de los propios profesores.**

En efecto, desde el punto de vista de la Administración, son tantas las necesidades organizativas de contar con personal que se encuentre dispuesto a cubrir plazas docentes, que difícilmente se pueden adjudicar todas ellas a funcionarios de carrera, siendo necesario que exista personal dispuesto a aceptar plazas en cualquier ámbito de la geografía de la Comunidad Autónoma que sea preciso. La solución – hoy por hoy- no puede ser más que la del funcionario docente interino (no existe otra figura), pero la enorme demanda de este tipo de personal choca con la lógica aspiración a una estabilidad en el empleo que la figura del interino no aporta.

Y entonces obtenemos la “**solución vasca**”, **que es la técnicamente correcta**. Consiste en definir una figura intermedia entre el funcionario de carrera y el interino que le llaman “*docente estable*” con toda propiedad, pues pone de manifiesto que está pensada para el problema de la docencia, **no exportable a otros ámbitos. El único problema** de la solución vasca **es su posible inconstitucionalidad**, pues la LOCE deja claro que el régimen jurídico del personal docente se adecua a la legislación estatal básica, y **la legislación estatal básica no prevé la figura intermedia entre el funcionario de carrera y el funcionario interino.**

Con ello llegamos al punto crucial del informe, consistente en la necesidad de modificar la LOCE para crear esta figura de docente estable, que nosotros denominamos “*docente de complemento*” porque vamos a dar un paso más: además de otorgarle estabilidad, pretendemos que pueda acceder a la condición de funcionario de carrera. Veámoslo.

C) Modelo que se propone: el docente de complemento.

i) Regulación de un sistema de cobertura de plazas temporales: docente de complemento como regla general, interino exclusivamente en casos de urgencia.

En las páginas anteriores hemos puesto de manifiesto las peculiaridades de la función pública docente, donde la Administración Educativa ofrece un gran número de plazas temporales (acorde con sus necesidades) que no cuadra con la noción de interino como figura destinada a cobertura “urgente” de puestos de trabajo. Al contrario: los puestos de trabajo temporales en la Administración Educativa no son extraordinarios, sino habituales. Precisamente esta característica es la que explica la existencia de docentes que llevan muchos años prestando servicios a la Administración en régimen de interinidad.

La propuesta que formulamos pretende regular el acceso a las plazas temporales bajo una figura *ad hoc*, que combine el otorgamiento de facilidades a la Administración para atender con agilidad sus necesidades de cobertura de plazas y la lógica aspiración de los docentes a la máxima estabilidad en su empleo, aunque este sea empleo temporal. Esta figura –cuyo régimen seguidamente expondremos– la denominamos, gráficamente, **docente de complemento**, y está destinada a cubrir todos los puestos de trabajo temporales de la Administración Educativa no universitaria, mediante un sistema ordenado en Bolsas de Trabajo Autonómicas. Sería intermedia entre el funcionario de carrera y el funcionario interino:

- a) A diferencia del funcionario interino, **obtiene “estabilidad” en el empleo**²⁴.

²⁴ Hemos entrecomillado “estabilidad” porque siempre estamos hablando de “empleo temporal”, no reservado a funcionarios de carrera. Sin embargo, no queremos abandonar el término “estabilidad” para así poner de manifiesto las peculiaridades de la docencia no universitaria, donde las amplias necesidades de la Administración configuran un número de puestos de trabajo temporal muy amplio.

Según avance la exposición, se observará que la estabilidad se obtiene gradualmente. En un primer momento, se obtiene el acceso estable a las Bolsas de Trabajo (que ya es una cierta estabilidad). En un momento posterior, se obtendría el derecho preferente pleno a cubrir puestos de trabajo temporal.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- b) Pero, a diferencia del funcionario de carrera, **no adquiere estabilidad en el puesto de trabajo**, lo que permitirá a la Administración cubrir cualquier necesidad en todo el ámbito autonómico.

El **funcionario interino** no desaparece del sistema, pero su utilización se limitaría a los casos verdaderamente urgentes, esto es, a aquellos casos en que no exista personal integrado en las Bolsas suficiente para atender las necesidades de cobertura de plazas temporales de la Administración. De este modo, su aplicación se reconduce a los estrictos términos establecidos por la legislación vigente (y no en los términos en que se utiliza en la actualidad).

Aclarada la idea general que preside la propuesta, procedemos a entrar en el análisis de la figura del “docente de complemento”.

ii) Acceso a la condición de docente de complemento.

El *docente de complemento* sería una nueva figura de contratado temporal, exclusiva de la docencia no universitaria. Esta exclusividad se encuentra justificada por la gran necesidad de contratados temporales de la Administración Educativa, que no casa –en absoluto- con el régimen jurídico de los funcionarios interinos. Al mismo tiempo, tiene por objeto abrir una graduación obtención de estabilidad en el empleo temporal para un altísimo número de personas que acaban encontrándose integradas en el sistema de contratación temporal de la Administración Educativa.

El primer paso consiste en acuñar una definición de “*docente de complemento*” respetuosa con las necesidades de cobertura de plazas temporales de la Administración. Ello determina la introducción en la normativa estatal básica del sistema de “Bolsas de Trabajo” que, de hecho, ya se encuentra incorporado en los regímenes jurídicos de la mayor parte de las Comunidades Autónomas. Proponemos el siguiente precepto:

“Docente de complemento

Aquel docente no universitario que, 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.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Su primer nombramiento como tal, les otorga derecho sucesivo a ocupar puestos en las Bolsas de Trabajo de la Comunidad Autónoma donde haya prestado servicios, según el régimen de prioridad establecido reglamentariamente.

Tras su contratación por parte de una misma Comunidad Autónoma durante el tiempo establecido en la Ley, obtienen la condición de docente estable y, con ello, preferencia absoluta, según el orden de prioridad determinado reglamentariamente, a fin de cubrir plazas de docentes no universitarias que no se encuentren reservadas a funcionarios de carrera en dicha Comunidad Autónoma.”

De este modo, **el docente de complemento es el funcionario llamado a ocupar los puestos de trabajo temporales que se oferten en cada Comunidad Autónoma.**

La Comunidad Autónoma obtendría los docentes de complemento de las Bolsas de Trabajo por ella gestionadas, de manera que quedaría plenamente consolidado el sistema de “Bolsas de Trabajo” establecidos actualmente como mecanismo de cobertura del trabajo temporal. Ello exige definir también las “*Bolsas de Trabajo*”, a cuyo efecto proponemos la siguiente redacción:

“Bolsas de Trabajo de docentes no universitarios

En cada Comunidad Autónoma se constituirá una Bolsa de Trabajo en la que ingresarán los docentes no universitarios aspirantes a ser nombrados docentes de complemento. El ingreso se efectuará con el orden de prioridad que se defina por el órgano competente para ello, y otorgará el derecho a ser nombrado docente de complemento en el curso académico correspondiente. El nombramiento surtirá efectos en el ámbito de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca la citada Bolsa de Trabajo.

El personal integrado en la Bolsa de Trabajo tiene preferencia absoluta, frente a cualquier personal interino, para acceder a los puestos de trabajo temporales de la respectiva Comunidad Autónoma. Con dicho objeto, se definirán las especialidades afines a las titulaciones oficiales de los citados aspirantes.”

Nótese como el ingreso en la Bolsa no convierte al interesado más que en “aspirante” a ser nombrado docente de complemento, si bien ya otorga un derecho preferente a la cobertura de puestos temporales, definiendo así legalmente la “urgencia” que legitima la contratación de funcionarios interinos²⁵. En el curso académico correspondiente sería cuando el aspirante obtendría el nombramiento por parte de la Comunidad Autónoma. Obviamente, estas definiciones deben

²⁵ En efecto, el funcionario interino sólo adquiere razón de ser por la ausencia de aspirantes a docentes de complemento en las correspondientes Bolsas de Trabajo.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

complementarse con un sistema de acceso que permita el nombramiento de “docente de complemento” en la Comunidad Autónoma de referencia. A estos efectos, se propone la siguiente redacción:

“Ingreso en la Bolsa de Trabajo.

El órgano competente de cada Comunidad Autónoma establecerá el sistema que, previa acreditación en condiciones de igualdad de su mérito y capacidad, permita ingresar en una Bolsa de Trabajo Autonómica.

Los interesados que ingresen en una Bolsa de Trabajo serán escalafonados en la misma según el orden de prioridad que determine la Comunidad Autónoma, orden que respetará los principios de mérito y capacidad. La Comunidad Autónoma nombrará docentes de complemento en el curso académico correspondiente conforme a dicha prioridad.

Si un aspirante no hubiera sido nombrado docente de complemento en el curso académico en que ingresó en la Bolsa de Trabajo, sólo podrá ingresar de nuevo a la Bolsa de Trabajo previa superación de otra prueba de acceso.

El nombramiento como docente de complemento en un curso académico otorga el derecho a formar parte de la Bolsa de Trabajo en los cursos sucesivos, computándose el tiempo de servicios efectivamente prestados como mérito a los efectos del escalafón.”

Tal y como puede verse, el acceso a la Bolsa de Trabajo no permite más que el nombramiento como docente de complemento en el correspondiente curso académico, nombramiento que será más o menos largo dependiendo de las circunstancias de la plaza a la que se acceda.

Ahora bien, **por el sólo hecho de haber sido nombrado docente de complemento en un curso académico (cualquiera que sea el tiempo de duración de la prestación de servicios), se obtiene el derecho a formar parte de la Bolsa en los cursos sucesivos.** Ello se justifica porque, con el nombramiento, queda demostrada la utilidad de este docente para la Administración Pública. Este derecho pretende superar las disfunciones que se producen en la docencia no universitaria frente al resto de supuestos de función pública temporal. En efecto, la docencia universitaria se caracteriza por compartimentar los puestos en función del curso académico, de ahí que en diversas Comunidades Autónomas se renueven las Bolsas por cada curso, con lo que este personal se encuentra sometido a la permanente espada de Damocles de la prueba anual. Sin embargo, lo cierto es que el sólo hecho de haber prestado servicios una vez en el sistema demuestra que el interesado ha sido útil a la Administración ¿para qué se necesita volver a evaluar su mérito y capacidad?. Por

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

dicho motivo, algunas Comunidades Autónomas (vgr, Cataluña) incluyen directamente en las Bolsas a quienes ya han prestado servicios, al menos, por una vez, independientemente del tiempo de duración de servicios²⁶. Pues bien, esta solución se convierte en general para todo el territorio nacional.

Alternativamente cabe también la solución de que el ingreso en la Bolsa de Trabajo, previa superación de la prueba correspondiente, sea definitivo, independientemente de que el interesado haya sido o no contratado por la Comunidad Autónoma correspondiente. Encontraría su fundamento en el hecho de la superación de la prueba que da derecho a acceder a la Bolsa.

Ahora bien, el estar incluido en la Bolsa de Trabajo no otorga más cualidad que la de “*aspirante*” a ser nombrado docente de complemento. Es de suponer que, a medida que pasa el tiempo, el interesado irá ganando puestos en la Bolsa por diversos méritos. Ello garantiza “estabilidad” en el mecanismo de acceso a puestos de trabajo temporales, pero no garantiza “estabilidad” alguna en el trabajo (lo cual, debido a que ocupan puestos temporales, es relativamente lógico). Sin embargo, ya hemos dicho que la docencia no universitaria se caracteriza por la alta oferta de puestos temporales por parte de la Administración –correlativa a las necesidades de esta-. Pues bien, la propuesta pretende lograr un régimen de estabilización gradual que de solución a los “*docentes de complemento*” de larga duración, los cuales, tras acreditar una contratación en una misma Comunidad Autónoma durante un cierto tiempo, adquirirían una nueva *categoría* que les dota de estabilidad en el empleo no reservado a los funcionarios de carrera. Los hemos llamado; por este motivo, “*docente estable*”, utilizando una denominación que ya viene recogida en la normativa del País Vasco y que nos parece adecuada. La “estabilidad”, claro, se obtiene en relación con el empleo temporal (el empleo fijo se reserva a funcionarios de carrera) y se define del siguiente modo:

²⁶ Que no depende del mérito y capacidad del interesado, sino de las necesidades de la Administración.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

“Docente estable

Cuando un aspirante integrado en la Bolsa de Trabajo haya prestado servicios en una misma Comunidad Autónoma como docente de complemento durante cuatro cursos académicos, con el último nombramiento obtendrá la categoría de docente estable.

Si la prestación de servicios hubiera sido inferior a un curso académico, el tiempo efectivo de prestación será acumulable a períodos diferentes para sumar el equivalente a un curso académico. Cada Comunidad Autónoma certificará el tiempo de prestación de servicios en su respectivo territorio.

El docente estable obtendrá el derecho de obtener un puesto de trabajo no reservado a funcionario de carrera con preferencia a todo aspirante a docente de complemento integrado en la Bolsa. El orden de prioridad de los docentes estables se establecerá por el órgano competente de cada Comunidad Autónoma, y determinará su derecho de preferencia a la obtención de un puesto de trabajo. Si se negare a ocupar un puesto de trabajo temporal que se le ofrezca, perderá automáticamente su condición de docente estable.

El docente estable tendrá derecho, como mínimo, a la percepción del sueldo base por curso académico. El derecho a la obtención del resto de conceptos retributivos se condiciona a la efectiva prestación de servicios.”

El docente estable no es una nueva condición, sino una mera *categoría* en la figura del docente de complemento (de ahí que la categoría se adquiriera directamente por el transcurso del tiempo, sin necesidad de superar una nueva prueba). La categoría de docente estable otorga la preferencia absoluta para obtener cualquier puesto de trabajo temporal en el ámbito autonómico correspondiente (lo que le confiere una verdadera estabilidad en el empleo temporal), sin que por ello se adquiriera la condición de funcionario de carrera. La diferencia entre el funcionario de carrera y el docente estable es clara, puesto que este último no deja de ser un contratado temporal, y por ello no tiene derecho a puesto de trabajo fijo.

Ni siquiera adquiere (desde un punto de vista teórico) derecho a un empleo seguro; teóricamente, lo que adquiere es prioridad absoluta para cubrir puestos de carácter temporal y una vía especial de acceso a la condición de funcionario de carrera (realmente promoción interna) que será analizada más adelante. Ahora bien, tal y como se configura el sistema, determina una verdadera estabilidad, dentro del empleo temporal, que unida al orden de prioridad establecido en la Comunidad Autónoma la hace gradualmente más fuerte con el paso del tiempo.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Si se quiere que el sistema de “estabilidad” funcione, el número de docentes estables²⁷ debe ser inferior a las plazas temporales de que dispongan las Comunidades Autónomas. Para ello, las Comunidades Autónomas siempre podrían acudir a la solución del País Vasco (que ha regulado expresamente este número de plazas) pero, con independencia de ello²⁸, la normativa básica establecería una serie de elementos que servirían para lograr este mismo objetivo. Básicamente son tres:

- A) El docente estable queda obligado a cubrir cualquier puesto de trabajo temporal que se le ofrezca respetando el orden de prioridad

Las Comunidades Autónomas regularán el modo en que los *aspirantes* a docente de complemento pueden renunciar a las plazas que les sean ofrecidas –en este punto, la normativa básica guarda silencio-. Pero, cuando se obtiene la condición de *docente estable*, existe obligación de tomar posesión de la plaza ofrecida según el orden de prioridad establecido por la normativa autonómica correspondiente.

Esta es una perspectiva que debe dotar de agilidad a la Administración Autonómica correspondiente por la seguridad de cobertura inmediata de sus necesidades, sin necesidad de convocar nuevas pruebas, y justifica lo que seguidamente se expone.

- B) El docente estable obtiene el derecho a una remuneración fija.

La remuneración fija del docente estable se produce en tanto que –se encuentre o no prestando servicios- tiene la obligación de encontrarse disponible para cubrir todo puesto temporal que se produzca en la Comunidad Autónoma. A cambio, la Comunidad Autónoma satisface –en contraprestación por dicha disponibilidad- una

²⁷ Nótese que decimos “*el número de docentes estables*”. No hablamos del “*número de docentes de complemento*” porque sólo quienes adquieren la categoría de docentes estables adquieren estabilidad.

²⁸ Al fin y al cabo es una decisión autonómica que excede del contenido de lo básico.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

remuneración fija²⁹. En el momento en que cubre un puesto temporal, el docente estable obtiene, además, el resto de conceptos retributivos (trienios –en su caso– pagas extraordinarias y complementos). Así planteada la cuestión, se alcanza un índice de justicia razonable:

- La retribución fija se justifica por la disponibilidad, en exclusiva, a favor de la Comunidad Autónoma, así como por permanente disponibilidad del docente estable para cubrir cualquier puesto de trabajo temporal, so pena de exclusión de la categoría.
- Al mismo tiempo, esta retribución juega como incentivo para que las Comunidades Autónomas cumplan el espíritu de la norma, no sólo ofertando los puestos de trabajo temporales a los docentes estables con preferencia a todo aspirante a docente de complemento integrado en la Bolsa, sino –sobre todo– en relación con el régimen de promoción interna al que ahora aludimos-, régimen esencial si se quiere que el conjunto de docentes estables no crezca por encima de las plazas temporales disponibles por curso académico.

C) El docente estable obtiene también el derecho a promocionar internamente a la condición de funcionario de carrera.

La “estabilidad” del denominado “docente estable” es perceptible también desde la perspectiva de uno de sus derechos más importantes: el de la promoción interna.

Decíamos antes que el éxito de la “estabilidad” en el empleo temporal depende directamente de que las Administraciones Públicas oferten un número de puestos de trabajo con carácter temporal en número superior a los docentes estables. En principio, ello no debería ser un problema dada la necesidad actual de puestos de

²⁹ Nosotros estamos pensando en el sueldo base, sin ningún tipo de complemento ni paga extraordinaria.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

trabajo temporal. Pero cualquier duda en este sentido queda automáticamente descartada por el sistema de promoción interna a la condición de funcionario de carrera que se obtiene una vez el interesado resulta nombrado “docente estable”.

El sistema de promoción interna al que nos referimos lo desarrollamos en el apartado 4 de esta segunda parte del Dictamen, y se inspira en el vigente régimen de acceso a la condición de funcionarios de carrera que se reconoce para los militares de complemento (con lo cual no resulta un sistema novedoso, ni mucho menos). Tiene por objeto liberar las plazas de “docentes estables” a la par que se cubren plazas de funcionarios de carrera con docentes que han trabajado ya durante mucho tiempo en el sistema educativo, y superan una prueba *ad hoc*. Nos remitimos a cuanto exponemos en el citado apartado 4.

Las consecuencias de la regulación de este régimen de acceso serían las siguientes:

- a) Todos los docentes no universitarios españoles podrán ingresar en cualquier Bolsa de Trabajo Autónoma en condiciones de igualdad, mérito y capacidad. De este modo quedan resueltos los problemas de igualdad en todo el territorio español, conforme al artículo 23 de la Constitución.
- b) El ingreso en una Bolsa de Trabajo autónoma no otorga más condición que la de *aspirante* a ser nombrado docente de complemento. Pero no lo hace de un modo cualquiera, sino bajo un régimen de prioridad previamente definido por la Comunidad Autónoma correspondiente.
- c) El nombramiento de docente de complemento se efectúa por cada curso académico, independientemente del hecho de que el puesto de trabajo se cubra durante todo el curso académico o sólo en parte. Por consiguiente, en el supuesto en que un docente de complemento prestara servicios durante parte del curso académico, en el momento de su cese no perdería su nombramiento (para ese curso académico), de manera que pasaría inmediatamente a la Bolsa de Trabajo según su escalafón, con grandes posibilidades de obtener un nuevo puesto de trabajo.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- d) En el momento en que se es nombrado docente de complemento en una Comunidad Autónoma, concluido el curso académico para el que se nombró, dicho funcionario quedará incluido definitivamente en la correspondiente Bolsa de Trabajo Autonómica (sin perjuicio de que el escalafonamiento se produzca según el régimen establecido en la pertinente Autonomía. Por consiguiente, no se encuentra obligado a realizar ninguna otra prueba de acceso *en esa Comunidad Autónoma*, sin perjuicio de su derecho a realizar pruebas de acceso a Bolsas de otras Comunidades Autónomas. Alternativamente, se podría regular este mismo derecho mediante un sistema de continuidad en las Bolsas de Trabajo Autonómicas una vez se produzca el ingreso en ellas, con independencia del hecho de prestado o no servicios en dicha Comunidad Autónoma.
- e) Finalmente, la prestación de servicios³⁰ como docente de complemento durante 4 años en una misma Comunidad Autónoma determina la adquisición de la categoría de *docente estable* en dicho territorio, que otorga ya el derecho-obligación a ser contratado en lo sucesivo fuera de la Bolsa de Trabajo, por el orden de prioridad que se tenga asignado como tal docente de complemento, y a percibir una remuneración en atención a la obligatoria disponibilidad para atender los puestos de trabajo temporales en la correspondiente Comunidad Autónoma. En ese momento, por tanto, se

³⁰ Nótese que decimos “*la prestación de servicios*” y no “*el nombramiento como docente de complemento*”. En efecto, el nombramiento como docente de complemento se efectúa por curso académico. Una vez nombrado, el interesado puede que realice una prestación de servicios inferior a la del curso académico (por ejemplo, una sustitución por enfermedad). Sin embargo, ya no precisa nuevos nombramientos para sucesivas prestaciones de servicios en dicho curso. Al terminar una prestación de servicios, quedaría “disponible” para otra prestación diferente, y acumularía los diversos tiempos de prestación a fin de ir sumando período de servicios en la Comunidad Autónoma. Cuando alcance cuatro cursos académicos de prestación de servicios, obtendrá el derecho a ser nombrado docente estable.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

obtiene estabilidad en el empleo temporal³¹, y ello se logra por un último nombramiento en que ya se adquiere definitivamente la condición de docente estable en la Comunidad Autónoma de que se trate (no por curso académico, sino con carácter definitivo), con posibilidad de acceder a la condición de funcionario de carrera por el sistema que luego se dirá.

iii) Régimen del docente de complemento.

El docente de complemento, así configurado, se caracterizaría por una serie de notas generales, y una especiales exclusivas de la categoría de docente estable:

a) *Notas generales a todos los docentes de complemento.*

Todos los docentes de complemento, hayan o no alcanzado la categoría de *docente estable* tienen en común las siguientes notas:

1. Al igual que los interinos, el docente de complemento es un verdadero funcionario, en el sentido de que goza, con carácter general, de todos los derechos y obligaciones atribuibles a los funcionarios de la Administración.
2. El nombramiento, por primera vez, como *docente de complemento* determina el derecho a ocupar puesto automáticamente en la Bolsa de Trabajo de aspirantes a docente de complemento para los siguientes cursos académicos³².
3. Las Administraciones Educativas Autonómicas no podrán nombrar funcionarios interinos mientras exista personal disponible en las Bolsas de Trabajo Autonómicas. A este fin, se deben agotar todas las posibilidades de permitir al personal integrado en la Bolsa acceder a un puesto de trabajo temporal. Por ello, **deberán definirse las especialidades afines a los títulos**

³¹ A través de un mecanismo de prioridad. Nótese el sistema gradual de estabilización: el aspirante a docente de complemento (integrado en la Bolsa) tiene preferencia frente a cualquier nombramiento interino. El docente estable tiene preferencia frente al aspirante integrado en la Bolsa.

³² Salvo que se opte por el sistema alternativo de ingreso definitivo en las Bolsas de Trabajo independientemente de la prestación de servicios en la Comunidad Autónoma de que se trate.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

de los aspirantes, a fin de que las Comunidades Autónomas puedan encontrar ágilmente cobertura a sus necesidades y que cada uno de los aspirantes pueda disponer de diversas opciones para encontrar puesto de trabajo. Este derecho supone que, el funcionario interino queda reducido a supuestos de efectiva urgencia.

4. El nombramiento de docente de complemento se realiza por la Comunidad Autónoma, y otorga los derechos correspondientes a la citada figura sólo en el ámbito autonómico correspondiente, sin perjuicio de que la prestación de servicios pueda y deba ser valorada como mérito por otras Comunidades Autónomas.
5. Por el transcurso del tiempo, alcanza automáticamente –esto es, sin necesidad de prueba específica- la categoría³³ de *docente estable*, con las características que luego se dirán, pero sólo en el ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente.
6. Para obtener derecho a una remuneración, el docente de complemento que no ha adquirido la categoría de *docente estable* debe encontrarse prestando servicios –salvo los casos de baja temporal previstos (maternidad, enfermedad etc.)-.

b) Notas exclusivas de la categoría de “docente estable”.

Con la adquisición de la categoría de “docente estable” se obtienen determinados derechos diferenciales que van encaminados a otorgar, gradualmente, una estabilidad en el empleo docente. Son las siguientes:

1. El *docente estable* obtiene derecho a cubrir vacantes no reservadas a funcionarios de carrera por delante de todo aspirante a docente de complemento que forme parte de las Bolsas de Trabajo Autonómica. Dichas

³³ Insistimos en que el docente estable se configura como una mera *categoría* de docente de complemento. De ahí que no se precise superar una prueba ad hoc para adquirir dicha categoría.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

vacantes se cubren por el orden de prioridad en que se ordenen los *docentes estables*.

2. El derecho anterior se configura también como una obligación, de modo que si un *docente estable* se negara a cubrir el puesto de trabajo temporal ofrecido conforme a su orden de prioridad, perderá automáticamente su categoría.
3. A cambio de esta disponibilidad, el docente estable obtiene el derecho a una remuneración fija (en principio, el sueldo base).
4. Con la prestación de servicios, además del sueldo base, percibirá también el resto de conceptos retributivos (en este sentido, se podrían reconocer trienios a los docentes estables).
5. Adquieren el derecho a participar en el sistema promoción interna a la condición de funcionario de carrera al que haremos referencia en el último apartado de este Dictamen.

iv) El acceso a la condición de docente de complemento ha de producirse a nivel autonómico.

Vimos anteriormente que las Comunidades Autónomas tienen reservadas las competencias –tras las transferencias producidas– en orden a la convocatoria de plazas. Una de las cuestiones más complejas de determinar es si la adquisición de la condición de “*docente de complemento*” tendría nivel autonómico o estatal. Nosotros entendemos que el sistema sólo puede ser útil de tener nivel autonómico pues, de lo contrario, pudiera darse el caso de que se obtuviera la condición de “*docente de complemento*” en una determinada Comunidad Autónoma, y que –por motivos ajenos al funcionario en cuestión– este no obtuviera puesto de trabajo en dicha Comunidad Autónoma, con lo que podría oponer su condición de “*docente de complemento*” en otra Comunidad Autónoma; si ello fuera así, se causarían disfunciones a la Administración Pública y a los aspirantes de la Comunidad Autónoma de recepción. A la primera porque no podrá calcular sus necesidades si personal procedente de otras Comunidades Autónomas ingresan libremente. A los aspirantes de la Comunidad Autónoma de recepción porque quedarían desplazados por el personal proveniente de otras Autonomías.. Con ello, la situación sería prácticamente

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

inmanejable desde la perspectiva de la organización interna de las Comunidades Autónomas, de modo que no hay más solución que limitar la figura del “docente de complemento” al ámbito autonómico. El problema es si esta limitación es constitucional.

Pues bien, la cuestión relativa a la limitación de derechos para acceder a la condición de interino exigiendo la previa prestación de servicios en una Comunidad Autónoma ha sido analizada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha de 19-6-2001, (“El Derecho” nº 2001/37929), de la que fue ponente el Presidente de la Sala, Sr. Rouco Rodríguez.

Se impugnaba el Decreto Regional 23/2001, de 27 de febrero sobre selección de funcionarios docentes interinos. El procedimiento de selección diseñado partía de un sistema de valoración de méritos -concurso- concretado mediante un procedimiento de formación periódica de bolsas de trabajo que se forman o constituyen a partir de los resultados de las pruebas selectivas convocadas para ingreso en los Cuerpos de funcionarios docentes que se convoquen por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y una vez que por los tribunales calificadoros se hayan publicado los resultados de las pruebas selectivas. A partir de este momento se elaboran bolsas para cada uno de los diversos Cuerpos³⁴.

Entre los requisitos de los aspirantes a las bolsas llamaba la atención el referente a la participación y obtención de calificación en la fase de oposición del proceso selectivo que daba lugar a la confección de la bolsa (artículo 9. 3), requisito que puesto en relación con los artículos 3 y 4 permitía entender que sólo pueden formar parte de las listas quienes se presenten a los procesos selectivos convocados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para acceso e ingreso en los Cuerpos docentes, pues el artículo 10 b) ponderaba el puesto que se obtiene en la Bolsa teniendo en cuenta

“[...] la mejor nota obtenida en los tres los tres últimos procesos selectivos de acceso e ingreso en el cuerpo y especialidad a que se opta, convocados por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha [...]”

³⁴ Similar, por tanto, al sistema catalán.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Recurrido este aspecto, la Sala anulará el Decreto impugnado bajo la siguiente argumentación:

“[...] el Decreto [...] establece una diferenciación clara y patente entre, por un lado, los aspirantes que se hayan presentado a los procesos de selección para ingreso en los mismos convocados por la Administración Regional de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y de otro lado, los aspirantes que se hayan presentado a los procesos convocados por otras Administraciones Educativas con competencias en la materia, bien la Administración del Estado, bien las Administraciones de las Comunidades [...].

La Sala considera que dicha diferenciación es irrazonable y discriminatoria por cuanto carece de alguna justificación objetiva y razonable que pueda conectarse con los principios constitucionales de mérito y capacidad.

En efecto, **no existe ningún factor, elemento o circunstancia digna de tener en consideración para excluir en la fase de baremación de méritos para acceder a la función pública docente de tipo interino en Castilla-La Mancha las calificaciones obtenidas por ciudadanos españoles como la actora en los procesos selectivos convocados para acceso o ingreso en dichos Cuerpos docentes por otras Administraciones Educativas**, aun cuando se hayan convocado por otras Comunidades Autónomas.

Tampoco imagina la Sala ninguna justificación posible desde el momento en que el mérito tomado en consideración para ordenar las listas o bolsas que se constituyan tiene que ver con la aptitud y conocimientos demostrados en pruebas selectivas que se desarrollan con arreglo a una normativa común básica a todas las Administraciones Educativas dictada por el Estado.

En efecto la D.A. Novena de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo dispone que son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, además de las recogidas en la L 30/1984 de 2 agosto, de medidas para la Reforma la Función Pública, modificada por L 23/1988 de 28 julio, las reguladas por esta ley para el ingreso, la movilidad entre los cuerpos docentes y la adquisición de la condición de catedrático, la reordenación de los cuerpos y escalas, y la provisión de puestos mediante concurso de traslados de ámbito nacional y que el Gobierno desarrollará reglamentariamente las bases reguladas por esta ley en aquellos aspectos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la Función pública docente.

[...]

En resumen: **los procesos de selección o ingreso en los Cuerpos docentes responden a unas características o condiciones básicas comunes en todo el Estado** con independencia de la Administración Educativa que los convoque.

Dicho esto, **si la Administración Regional decide atender - entre otros factores que determinan la valoración de los méritos contemplados para seleccionar al personal docente interino - a la calificación obtenida en las pruebas convocadas para ingreso en dichos Cuerpos docentes, carece de sentido que se excluya totalmente de dicha valoración a ciudadanos que reuniendo los requisitos de titulación y formación necesarios hayan demostrado una formación y una capacidad avalada por su participación y calificación en pruebas selectivas para acceso o ingreso en los citados Cuerpos docentes,**

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

convocadas por Administraciones Educativas ajenas a la Comunidad Autónoma, pero que responden sustancialmente a las mismas características y condiciones.

Hacerlo supone introducir limitaciones desintegradoras de la igualdad básica que garantiza nuestra Constitución.

En modo alguno puede admitirse como justificación la pretensión de crear un Cuerpo docente interino propio, pues siendo como es dicho fin lícito, legítimo y loable, por razones de prestación eficaz del servicio público educativo en el ámbito territorial de nuestra Región, dicho fin sin embargo no puede conseguirse a costa de limitar el derecho a acceder a ese cuerpo docente interino a ciudadanos españoles que reúnan condiciones de mérito y capacidad obtenidas en otras Administraciones diferentes a la Regional de nuestra Comunidad Autónoma, pero que responden a condiciones de mérito y capacidad sustancialmente iguales en todo el territorio nacional.

Por más que se empeñe la contestación de la Federación Sindical codemandada lo cierto es que la norma produce a la actora una **grave e injustificada discriminación** en la medida en que, abstracción hecha de la nota que pueda obtener en el proceso selectivo recientemente convocado por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la aplicación de aquella restricción determina que se priva de toda valoración a la calificación que obtuvo anteriormente en el proceso selectivo en que participó convocado por la Junta de Andalucía y ello a diferencia de aquellos aspirantes que puedan aducir como mérito sus mejores calificaciones en procesos selectivos convocados por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

[...]

QUINTO.- En contra de las afirmaciones del Letrado de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la demanda no parte de una identidad plena entre los procesos selectivos ordinarios para acceso a la función pública docente en los cuerpos de que tratamos y los procesos de funcionarios interinos. Lo único que ocurre es que la demanda destaca que los procesos selectivos que sirven para ponderar un elemento de capacidad en el aspirante a participar en una bolsa de funcionarios interinos, responden a condiciones básicas comunes en todo el Estado, aunque se convoquen por Administraciones Educativas diferentes al Estado y, en consecuencia, no se pueden introducir, como hace la norma recurrida, factores de exclusión o de no ponderación en la fase de baremación de los resultados de los procesos selectivos convocados por Administraciones diferentes a la Castellano-Manchega, valorando únicamente las calificaciones y resultados de los procesos selectivos convocados por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Algo nada descabellado como acabamos de confirmar y que nada tiene que ver con lo que la contestación atribuye a la demanda.

De igual modo, procede rechazar la afirmación de la contestación del Letrado de la Junta de que lo que se computa como mérito no es la experiencia docente en un territorio frente a otro sino la superación parcial de una pruebas que de haber sido superadas plenamente no pueden imponerse a cualquier otra Comunidad Autónoma sino sólo a la convocante. Se trata de una petición de principio que se contesta por sí sola. No se está tratando de la superación plena de unas pruebas cuyo resultado produce el acceso a Cuerpos docentes que son nacionales y pueden dar lugar a su movilidad mediante concurso de traslados nacional. Se trata de que no existe razón suficiente para que se impida toda valoración de la superación parcial de unas pruebas en una Administración Educativa diferente de la Castellano-Manchega de cara a la participación de forma interina en la función pública docente de nuestra Comunidad Autónoma.

El que - como se afirma en la contestación - la toma en consideración transitoria de los resultados de las pruebas realizadas por el Estado en el territorio MEC sea coherente con el

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

hecho de que en dicho ámbito estaba incluida la gestión educativa ahora bajo la competencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha no quiere decir que sea razonable la exclusión de los resultados de las pruebas realizadas en otras Administraciones Educativas, que es lo que se cuestiona por la demanda y lo que la Sala ha concluido vulnera el derecho constitucional consagrado por el artículo 23. 2 de la C.E.

Tampoco puede ser admitida la afirmación de la contestación de que la toma en consideración de estos resultados puede introducir un factor de distorsión de la homogeneidad por las especialidades propias de cada Comunidad Autónoma, bien por exigencia del conocimiento de lengua cooficial, donde exista, o más sencillamente por la inclusión en dichas pruebas de materias referidas al ámbito exclusivamente autonómico.

[...]

En fin debemos rechazar que pueda considerarse como justificación constitucionalmente legítima de este tipo de diferencias de trato la necesaria agilidad de los procesos de nombramiento y selección de funcionarios interinos en cuanto responden a razones de necesidad y urgencia. Pese a lo que se afirma por la Administración Regional no existe prueba alguna de que la verificación de los resultados o calificaciones de las convocatorias de las distintas Administraciones Educativas que puedan ser alegadas por los aspirantes dificulte irrazonablemente la agilidad de la baremación de los méritos aducidos para la selección del personal interino y en todo caso ello sería producto del sistema elegido en el cual no cabe admitir discriminaciones de este tipo.”

La sentencia contienen muchas más apreciaciones, todas ellas de interés. No obstante, creemos que no es óbice a la solución propuesta, por los siguientes motivos:

- a) En primer lugar porque lo que pretendemos es configurar el sistema de “docente de complemento” como norma estatal básica, sea norma ad hoc, a través de la LOCE o del Estatuto de los profesores docentes (lo que solventa las referencias a la legislación básica).
- b) En segundo lugar, el sistema queda diseñado de modo que cualquiera puede presentarse en las pruebas de cualquier Comunidad Autónoma para ingresar en la Bolsa de Trabajo de dicha Autonomía, sin discriminación alguna (lo que elimina la objeción fundamental de la sentencia). Dicho sea de otro modo: nada impide alegar méritos procedentes de otras Comunidades Autónomas para ingresar en las Bolsas de aspirantes (requisito para obtener la condición de docente de complemento). Sin embargo, la obtención de la condición de docente de complemento nace ya con carácter autonómico, fundada en necesidades organizativas que, de otro modo, harían inviable el sistema.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- c) En tercer lugar, la condición de “docente de complemento” se adquiere por el nombramiento, una vez obtenida la condición de “aspirante a docente de complemento” por haber ingresado en la Bolsa de Trabajo Autonómica mediante la superación de las pruebas.
- d) Nombrado docente de complemento, se libera a dicha persona de su obligación de ingresar cada año en la Bolsa de Trabajo de la Comunidad Autónoma. Pero nada le impide superar pruebas en otra Comunidad Autónoma para ingresar en otra Bolsa de Trabajo. Esto es, no existe discriminación dado que el sistema queda ideado de modo absolutamente igualitario: todos pueden alcanzar la misma condición y todos parten de igualdad de oportunidades.
- e) Finalmente, el nombramiento como docente de complemento en una Comunidad Autónoma es lo que determina la estabilidad (concebida como la no obligación de ingresar en la Bolsa anualmente). Pero esta condición se puede obtener en cualquier autonomía.

Desde esta perspectiva, sí que sería constitucional.

4. Sistema de acceso a la función pública de carrera desde la condición de docente de complemento (promoción interna).

En el punto anterior hemos desbrozado las líneas básicas de esa categoría intermedia entre el funcionario interino y el funcionario de carrera, que hemos denominado “*docente de complemento*”. No hemos elegido esta denominación al azar, sino que lo hemos hecho conscientemente pensando en este último apartado del Dictamen, encaminado a obtener un sistema de acceso a la condición de funcionario de carrera desde la posición de docente de complemento.

En efecto, la ley 17/1999, de 18 de mayo de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, consagra la figura del “*militar de complemento*”³⁵, definido como aquel que

³⁵ Los alféreces y sargentos de complemento accedían a la función pública militar por un sistema diferente al ordinario, concretamente se trataba de universitarios que cumplían su servicio militar a través de este sistema, con opción de –una vez finalizado su servicio militar- integrarse en las

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

“*tiene una relación de servicios de carácter exclusivamente temporal*” (al igual que el docente de complemento por nosotros propuesto). Pues bien, en el artículo 43.3 de la citada norma se determina que los militares de complemento, para acceder a una relación de servicios de carácter permanente –esto, es, para acceder a la condición de funcionarios de carrera-, tendrán que optar a las plazas que se convoquen para el ingreso en los centros docentes militares de formación en la provisión anual general, optando al cupo que para este sistema de acceso se determine. Es decir, cumplidas unas condiciones, estos servidores públicos temporales pueden acceder al cupo reservado a los mismos para la adquisición de la condición de carrera. El sistema de ingreso es similar al de la promoción interna, de hecho la Ley 17/1999 le llama así en su artículo 66:

“Artículo 66. Promoción interna

1. La promoción interna a la que se refiere esta Ley consiste en el acceso de los militares de carrera a la Escala inmediatamente superior a la que pertenecen dentro del mismo Cuerpo, y de los militares de carrera de las Escalas de Oficiales y de Suboficiales de los Cuerpos de Especialistas, dentro de su Ejército, a las Escalas Superiores de Oficiales y a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, respectivamente. **También se considera promoción interna el acceso de los militares de complemento al Cuerpo y, en su caso, Escala a los que estén adscritos** y el acceso de los militares profesionales de tropa y marinería a las Escalas de Suboficiales. Todo ello en las condiciones que se determinan en la presente Ley.”

Por tanto, si configuramos la figura del “*docente de complemento*” desde la perspectiva del “*militar de complemento*”, damos paso decidido encaminado a la obtención de la estabilidad definitiva. Esto es, pretendemos que el acceso a la condición de “*docente de complemento*” permita obtener asimismo el derecho a un sistema de acceso a la función pública docente de carácter diferenciado, por un sistema de cupos, equiparado a una promoción interna. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los militares de complemento (que tienen derecho inmediato a la promoción interna) nosotros hemos retrasado este derecho subordinándolo a la prestación de servicios durante 4 años en una misma Comunidad Autónoma, que es

Fuerzas Armadas como oficial de complemento. A partir de aquí, debían acceder a la condición de funcionarios de carrera mediante unas pruebas ad hoc.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

el requisito para alcanzar la categoría de *docente estable*. El régimen propuesto sería el siguiente:

1. Se reservará un cupo de plazas para el acceso a la condición de funcionario de carrera desde la categoría de docente estable, asimilando dicho acceso a una promoción interna. Este cupo de plazas puede arbitrarse por dos sistemas:
 - i. Mediante un porcentaje de las plazas totales ofertadas en el Cuerpo correspondiente (lo que puede alejarse de la realidad en cuanto al número de docentes estables existentes adscritos a dicho Cuerpo).
 - ii. O bien mediante un porcentaje del número de docentes estables que, en dicha Comunidad Autónoma, se encuentren adscritos al Cuerpo correspondiente (lo que asegura un sistema gradual de reducción de las listas de docentes estables). En principio, hemos optado por esta segunda solución.
2. En el acceso por esta promoción interna se deberá primar la experiencia en el servicio a la Administración, toda vez que se considera que los principios de mérito y capacidad se cumplen con el nombramiento como docente de complemento, por lo que debe darse cabal cumplimiento y depurarse las pruebas que se establezcan para, en concreto, no vulnerar en principio de igualdad, único que podría violentarse si no se ajustan estos extremos. En este sentido, parece razonable que la prueba en la fase de oposición no tenga carácter memorístico.
3. El docente estable que opte por presentarse a las pruebas de acceso a través del sistema de promoción interna no podrá, en esa misma convocatoria, presentarse a las pruebas ordinarias (esto es, no tendrá doble oportunidad de acceso).

Proponemos el siguiente precepto.

“Promoción interna desde la categoría de docente estable

Se considerará promoción interna el acceso de los docentes estables al Cuerpo Docente en que, en su caso, se encuentren adscritos. A este fin, en cada convocatoria que se efectúe, se

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

reservará un número de plazas igual al 30% del número de docentes estables adscritos al Cuerpo de que se trate, plazas que no serán acumulables a la oferta pública de empleo.

La cobertura de plazas por el sistema de promoción interna se efectuará mediante concurso-oposición. En la fase de concurso, se valorará necesariamente el tiempo de servicios prestados en la respectiva Comunidad Autónoma. La fase de oposición valorará los conocimientos prácticos de los aspirantes.

El aspirante que participe por el sistema de promoción interna no podrá, a su vez, concurrir a la convocatoria libre.”

Los actuales funcionarios interinos han mostrado en numerosas ocasiones su desconfianza en las pruebas memorísticas, en la medida en que sus condiciones laborales y familiares determinan serias dificultades reales y sociales para competir frente a universitarios recién licenciados. **Sin embargo, el sistema de reserva de plazas no acumulable solventa, por sí solo, este problema.** En efecto, nótese que:

1. El sistema de reserva de plazas se efectúa sobre el número de docentes estables, con lo que siempre se liberarán plazas de docentes estables para quienes accedan a dicha categoría en el futuro.
2. Como los docentes estables compiten entre ellos, no existe problema alguno en relación con el tipo de pruebas que se efectúe (a partir de un determinado tiempo de servicios, está demostrado estadísticamente que el número de interinos que acceden a la condición de funcionarios de carrera es porcentualmente similar³⁶)

³⁶ En efecto, los funcionarios interinos con poco tiempo de antigüedad, al tener sus conocimientos más próximos a la etapa universitaria, y dada su juventud, tienen más facilidades en una prueba teórica. Pero, a partir de un determinado momento, se pierden dichas facilidades y – estadísticamente- se igualan las fuerzas. Como la categoría de docente estable se adquiere transcurrido un determinado tiempo, es de suponer que las posiciones de unos y otros se encuentran más igualadas que en una oposición libre.

Además, la necesaria valoración del tiempo de servicios otorga una cierta ventaja a los docentes estables más antiguos. Y la obligatoria valoración de conocimientos prácticos también persigue igualar las posiciones de unos y otros.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

3. Y, finalmente, como las plazas no son acumulables a la oferta libre, la propia Administración se encuentra interesada en agotar los nombramientos.

5. Régimen transitorio.

Como es sabido, las normas de derecho transitorio tienen por objeto adecuar las situaciones preexistentes al nuevo derecho surgido de la reforma legislativa, atendiendo a argumentos de justicia y razón. El presente caso lo vemos del siguiente modo:

1. Nos encontramos ante una situación en la que existen un gran número de profesores interinos con antigüedad superior a 4 años (la prevista inicialmente para el acceso al nombramiento estable). Entendemos que este colectivo debe tener una especial consideración en las Disposiciones Transitorias.
2. Esto no obstante, creemos que no sería justo otorgar directamente la conversión a la categoría de docente estable a los antiguos profesores interinos, dado que han venido prestando sus servicios como tales sin que su régimen jurídico previera la posibilidad de estabilidad en su empleo.

Manejando los dos argumentos expuestos, el régimen transitorio debería dar una respuesta a caballo entre la conversión total (que hemos desechado) y la aplicación de la Ley desde el momento de su entrada en vigor sin consideración a la situación de partida (lo que también desechamos). En este sentido, nuestra propuesta sería computar establecer un régimen de conversión razonable. La posible redacción del régimen transitorio sería el siguiente:

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA

El personal docente que, al momento de la entrada en vigor de la presente Ley, acredite un período de 6 años de prestación de servicios docentes reconocidos por una misma Comunidad Autónoma obtendrá, directamente, el nombramiento de docente de complemento con categoría estable.

El resto de personal docente que, al momento de la entrada en vigor de la presente Ley, acredite un número de años de prestación de servicios en la misma Comunidad Autónoma inferior a 6, obtendrá el reconocimiento de antigüedad a los efectos de obtener el

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

nombramiento de docente de complemento con carácter definitivo conforme a la siguiente conversión:

- 5 a 6 años = 3 años
- 4 a 5 años = 2,5 años
- 3 a 4 = 2 años
- 2 a 3 = 1 año
- 1 a 2 = 0,5 años

Los períodos de servicios inferiores a un curso académico se sumarán, por días, hasta completar el curso académico, según el régimen de cómputo que se reconozca por cada Comunidad Autónoma; en su defecto, [...] ³⁷ días de servicio equivaldrá a un año de prestación de servicios.

En cualquier caso, todo aquel interino que, al momento de la entrada en vigor de la presente Ley, estuviera integrado en un sistema de Bolsas autonómico, quedará automáticamente integrado en la Bolsa de aspirantes a docentes de complemento regulado en esta Ley.”

El sistema transitorio propuesto establece reglas de estricta lógica a fin de conciliar los intereses en conflicto. Se ha elegido el período de **6 años** como determinante para obtener directamente la condición de docente estable en atención a que en diversas Comunidades Autónomas (vgr. Valencia) el tiempo de prestación de servicios se valora con un punto por cada año trabajado hasta un máximo de cinco puntos. Es decir, la Administración valora los 5 primeros años de modo singular, por tal motivo hemos pensado que habiendo superado ese período de 5 años se supera un término temporal significativo a efectos de estabilidad.

6. Finalmente: necesidad de incorporar las pertinentes reformas en la LOCE o en el futuro Estatuto de la Función Pública Docente.

Para que el sistema funcione, resulta necesaria una reforma, bien de las normas generales de acceso a la función pública (Ley de Medidas de 1984 y Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo, de ingreso), bien de las propias del Sistema Educativo.

³⁷ Para establecer esta cifra, aconsejamos acudir al número de días efectivamente prestados en cada curso escolar, descontando períodos vacacionales.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

Efectivamente, ni las unas ni las otras prevén expresamente esta fórmula. Entendemos que, por ser una cuestión propia de la función docente interina, lo correcto sería realizar una reforma de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), puesto que la Disposición Adicional Octava de dicha norma prevé un régimen particular para los funcionarios docentes no universitarios:

“Disposición Adicional Octava. Bases del régimen estatutario de la función pública docente

1. Son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, además de las recogidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, y las establecidas por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, las reguladas por esta Ley y por las normas citadas para el ingreso, la movilidad entre los cuerpos docentes, la reordenación de los cuerpos y escalas, la provisión de puestos mediante concurso de traslados de ámbito nacional y la adquisición de la categoría de Director. El Gobierno desarrollará reglamentariamente dichas bases en aquellos aspectos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la función pública docente.

2. Las Comunidades Autónomas ordenarán su función pública docente en el marco de sus competencias, respetando, en todo caso, las normas básicas a que se hace referencia en el apartado anterior.

3. Periódicamente, las Administraciones educativas convocarán concursos de traslado de ámbito nacional, a efectos de proceder a la provisión de las plazas vacantes que determinen en los centros docentes de enseñanza dependientes de aquéllas, así como para garantizar la posible concurrencia de los funcionarios de su ámbito de gestión a plazas de otras Administraciones educativas y, en su caso, si procede, la adjudicación de aquellas que resulten del propio concurso. En estos concursos podrán participar todos los funcionarios públicos docentes, cualquiera que sea la Administración educativa de la que dependan o por la que hayan ingresado, siempre que reúnan los requisitos generales y los específicos que, de acuerdo con las respectivas relaciones de puestos de trabajo, establezcan dichas convocatorias.

Éstas se harán públicas a través del «Boletín Oficial del Estado» y de los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas convocantes. Incluirán un único baremo de méritos, entre los que se tendrán en cuenta los cursos de formación y perfeccionamiento superados, los méritos académicos y profesionales, la antigüedad y, en su caso, estar en posesión de la categoría de Director.

4. No obstante, la provisión de plazas por funcionarios docentes en los centros superiores de Enseñanzas Artísticas se realizará por concurso específico, de acuerdo con lo que determinen las Administraciones educativas.”

Además, en su Disposición Adicional Undécima, la LOCE prevé que en las convocatorias de ingreso en determinados cuerpos docentes, se reservará un porcentaje de las plazas que se convoquen para el acceso de funcionarios docentes

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

clasificados como del grupo B a Cuerpos que exigen titulación del grupo A. En realidad se trata del modelo de promoción interna, bien conocido y regulado en el artículo 22 de la Ley 30/1984, (ascenso desde Cuerpos y Escalas de un Grupo de titulación a otros del inmediato superior). Pero podría incluirse, mediante la oportuna modificación normativa, que se reserve un porcentaje de plazas que se convoquen para que los docentes de complemento accedan a la condición de funcionarios de carrera.

A la luz de lo expuesto, se extraen las siguientes

7. Conclusiones.

PRIMERO: Sobre el acotamiento del problema y soluciones ofrecidas por las Comunidades Autónomas.

1. En el ámbito de la docencia no universitaria, existe una demanda por parte de la Administración de personal sujeto a movilidad, demanda que –dadas las características de las necesidades de docencia- no es comparable a la existente en otros colectivos de funcionarios.
2. Esta demanda, además, se pone de manifiesto con carácter anual, por curso académico, lo cual es también una importante diferencia con otros colectivos de funcionarios.
3. No existe ninguna figura en nuestro derecho de Función Pública que concilie la estabilidad en el empleo y la movilidad geográfica con carácter ordinario. En principio, nuestra legislación de Función Pública (artículo 63.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) parte del derecho al cargo o puesto de trabajo, que supone el derecho del funcionario de carrera no sólo a la función, sino también a la inmovilidad en su puesto, salvo circunstancias extraordinarias³⁸.

³⁸ Vgr. situaciones de expectativa de destino, excedencia forzosa aplicable a funcionarios en expectativa de destino, remoción a un funcionario como consecuencia de alteración en los puestos de trabajo etc.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

4. En consecuencia, ante la gran necesidad de puestos sujetos a movilidad, así como ante la dificultad de alterar con carácter ordinario los puestos de trabajo de los funcionarios de carrera, las Comunidades Autónomas acuden a la figura del funcionario interino, figura que no se ajusta a la verdadera necesidad, y que ocasiona múltiples disfunciones.
5. Por otra parte, las pruebas de acceso a la condición de funcionario de carrera se conciben habitualmente sobre la base de temarios que favorecen a aspirantes que acaban de terminar recientemente la carrera. Desde un punto de vista sociológico, los funcionarios interinos, a medida que pasan los años, ganan aptitudes prácticas (derivadas del ejercicio de la función) pero pierden conocimientos teóricos de carácter general (normalmente vinculados a su etapa universitaria) a la par que asumen responsabilidades laborales (prestación de servicios a la Administración) y sociales (generalmente familiares) que limitan subjetivamente su capacidad de preparación para este tipo de pruebas.
6. Consecuencia de lo anterior, a medida que pasan los años, se observan una serie de realidades contradictorias:
 - 6.1. Los docentes interinos adquieren cada vez mejores condiciones de mérito y capacidad para el ejercicio de su función.
 - 6.2. Pero pierden aptitudes en relación con el sistema de pruebas habitual para el acceso a la condición de funcionarios de carrera.
 - 6.3. Al mismo tiempo, su experiencia acaba consolidándoles en las Bolsas de Trabajo ideadas en el ámbito autonómico, con lo que cada vez adquieren más posibilidades de ser contratados como funcionarios interinos. Consecuencia de ello se observan tasas de interinidad habituales en torno a los 10 o más años.
 - 6.4. Y, a medida que pasan los años, perciben la necesidad de obtener una estabilidad en el empleo reconocida legalmente, reconocimiento que no existe salvo derivado de los pactos sindicales que se traducen en normas muy inseguras de elaboración de las Bolsas de Trabajo.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

7. Las Comunidades Autónomas, a excepción de 5 (Madrid, La Rioja, Castilla-León, Asturias y Aragón) han pretendido diversos mecanismos de “*estabilidad en el empleo interino*”, algo contradictorio con la propia noción de “interino” pues, en palabras del Tribunal Supremo (STS de 17 de mayo de 1996): “[...] *la inestabilidad es condición inherente a la interinidad*”. Básicamente, estas soluciones han sido de dos tipos:
 - 7.1. **Con carácter general** (vgr. Cataluña, Valencia, Murcia, Andalucía etc.) se han creado “Bolsas de Interinos” que otorgan un criterio de prioridad a quien ingresa en la Bolsa a fin de obtener un puesto de funcionario interino en el curso académico correspondiente. A fin de conceder una cierta “estabilidad en el empleo” se acude al expediente de incorporar automáticamente en la Bolsa a quienes ya han sido contratados como interinos en cursos académicos anteriores *dentro de la Comunidad Autónoma correspondiente*.
 - 7.2. **En el País Vasco, excepcionalmente, se crea en 2004 la figura del “docente estable”**, figura que pretende estar a caballo entre la condición de interino (inestable en la función y el empleo) y el funcionario de carrera (estable en la función y en el empleo). A este fin, el docente estable se configura como un funcionario estable en el empleo pero inestable en el puesto de trabajo, pues queda sujeto a la movilidad impuesta por la Administración.
8. **Sin embargo, estimamos que los mecanismos de estabilidad ideados por las Comunidades Autónomas pueden no tener apoyo en la legislación estatal básica**, pues dicha legislación:
 - 8.1. Concibe la figura del interino como excepcional, únicamente admisible en condiciones de “*urgente necesidad*” que no se concilian con una concepción del problema como “*ordinario*” (vs. extraordinario), tal y como resulta de Bolsas de Interinos que otorgan la prioridad aún antes de conocer las verdaderas necesidades de la Administración.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- 8.2.** Y, frente a la solución del País Vasco, no existe en la legislación básica una figura intermedia entre el interino y el funcionario de carrera. No obstante, ponemos ya de manifiesto que la solución correcta es esta última (falta por incorporarla a una Ley estatal básica).

SEGUNDO: Sobre las soluciones propuestas en este Dictamen.

- 1.** La laboralización de todos los funcionarios docentes no universitarios es perfectamente constitucional, pero lo cierto es que no se recoge en los países de nuestro entorno. El análisis del derecho comparado en países de la Unión Europea revela que:
 - 1.1.** Aún los países que están optando por la laboralización de los funcionarios públicos, con carácter general, excluyen de modo específico a los docentes no universitarios, los cuales siguen siendo funcionarios.
 - 1.2.** En concreto, los docentes no universitarios tienen la condición de interinos en Irlanda (public servants), Italia (en un régimen de transición en la actualidad), Luxemburgo, Portugal, Suecia (empleados municipales), Alemania, Finlandia (municipales), Gran Bretaña, Grecia y Francia.
 - 1.3.** Únicamente, de los datos disponibles, tienen un empleo de carácter temporal los docentes no universitarios en las Comunidades flamenca, Valona y alemana de Bélgica aun cuando, en todos los casos, pueden ser contratados con carácter permanente.
 - 1.4.** En Dinamarca, los profesores que prestan servicios en preescolar, folkeskole y Gymnasium están contratados con arreglo al Derecho laboral, pero con condiciones similares a las de los funcionarios públicos.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

En resumen, en el entorno europeo se ha descartado decididamente la laboralización de los funcionarios docentes no universitarios. No obstante, no hay nada que impida, a priori, una solución de este tipo.

2. Un buen sistema de reducción drástica de la alta tasa de interinidad existente pasa por la coordinación, a nivel estatal, de un **proceso de consolidación** de plazas caracterizado por una serie de notas que se analizan en el Dictamen. No se trata del clásico recurso al sistema de “por una sola vez” (que hemos descartado) sino a un proceso que puede formularse por Real Decreto (según doctrina del Tribunal Constitucional en la reciente STC 107/2003), pero –para que tenga éxito- **deberá realizarse en el primer trimestre del año 2005 a fin de aprovechar las ofertas de empleo público de las Comunidades Autónomas para el año siguiente.** Básicamente, el Estado tiene competencias para, partiendo de un proceso abierto tanto a funcionarios interinos como a aspirantes que no posean tal condición:

2.1. Coordinar las pruebas en todas las Comunidades Autónomas a fin de que se realicen al mismo tiempo, evitando que se una misma persona pueda presentarse a varias pruebas a la vez.

2.2. Establecer un sistema de pruebas que valoren en la fase de concurso los méritos de los funcionarios interinos en relación con el tiempo de servicios trabajado, teniendo en cuenta la necesidad de premiar a quienes se encuentran prestando servicios por tiempo realmente amplio (seis años o más)³⁹.

³⁹ Este punto tiene importancia. Se observa habitualmente que en este tipo de procesos se limitan los méritos a partir de un determinado tiempo, normalmente cinco años, de tal modo que en el 5º año se alcanza el límite máximo de puntos otorgado. Con ese tipo de sistemas, se premia a los funcionarios interinos de menos tiempo, perjudicando a quienes por razón del tiempo transcurrido prestando servicios a la Administración acreditan, objetivamente, un mérito mayor.

De lo que se trataría, precisamente, es de valorar el mérito en su justa medida.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

- 2.3.** Fijar un sistema en la fase de oposición que no premie necesariamente los conocimientos teóricos adquiridos en la carrera universitaria, sino que tenga en cuenta la capacidad objetiva de todos los aspirantes.

Las Comunidades Autónomas, por su parte, determinarían las plazas a cubrir por este sistema (si bien el Estado podría determinar límites de carácter mínimo) y se encargarían de la corrección de las pruebas así como de los nombramientos correspondientes.

- 3.** Independiente de lo anterior, la realidad de los procesos de estabilización que las Comunidades Autónomas pretenden a nivel general hace necesaria la intervención del Estado por una Ley Básica *ad hoc*, modificando la LOCE o bien introduciendo la reforma a través de un futuro Estatuto de la Función Pública Docente, a fin de crear una nueva figura intermedia entre el funcionario de carrera y el funcionario interino que de respuesta a las necesidades organizativas de las Comunidades Autónomas así como a la justa demanda de estabilidad en el empleo de los actualmente interinos. Se trata, en definitiva, de dar carta de legalidad a la solución propuesta por el País Vasco, mediante una figura que nosotros hemos denominado “*docente de complemento*”, el cual se caracterizaría por las siguientes notas:

- 3.1.** Se accede a dicha condición en el ámbito autonómico. Este punto es esencial para el éxito del sistema, tal y como se explica en el cuerpo del Dictamen.
- 3.2.** En principio, el nombramiento como docente de complemento tiene notable carácter temporal y, en atención a las peculiaridades de la función pública docente, se obtiene únicamente por curso académico.
- 3.3.** Para obtener el nombramiento de docente de complemento por curso académico es requisito previo ingresar en la Bolsa de Empleo autonómica correspondiente como “*aspirante*” a docente de complemento. El aspirante a docente de complemento tiene preferencia para obtener un puesto temporal frente a cualquier

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

nombramiento como funcionario interino. El régimen de ingreso en la Bolsa de Empleo se produce de dos maneras:

?? Mediante superación de alguna prueba de las realizadas anualmente para obtener el ingreso como funcionario de carrera.

?? Automáticamente, por el sólo hecho de haber sido nombrado como docente de complemento en una Comunidad Autónoma⁴⁰.

3.4. En el momento en que un docente de complemento haya sido nombrado durante cierto período de tiempo en una misma Comunidad Autónoma, recibirá el nombramiento de docente estable, lo que otorga los siguientes derechos:

?? Queda liberado de la obligación de acceder al empleo desde la Bolsa de Interinos.

?? Obtiene prioridad absoluta frente a cualquier aspirante a docente de complemento para cubrir cualquier puesto de carácter temporal en la Comunidad Autónoma donde sea nombrado.

?? A la vez, tienen la *obligación* de ocupar la plaza que se le ofrezca, según el régimen de prioridad en que se ordene. A consecuencia de esta disponibilidad, percibe una retribución fija básica.

?? Y, sobre todo, obtiene el derecho a acceder a la condición de funcionario de carrera mediante un sistema de promoción interna similar al que tienen los funcionarios de complemento militares.

4. La figura del funcionario interino no desaparece como tal, pero quedaría reducida a sus estrictos términos legales, esto es, a casos de reconocida urgencia.

⁴⁰ Como alternativa, hemos apuntado la posibilidad de que el sólo hecho de haber ingresado en la correspondiente Bolsa determine ya la permanencia definitiva del interesado como aspirante a docente de complemento en los sucesivos cursos académicos.

ARIÑO Y ASOCIADOS

ABOGADOS

De entrada, existirá un dato objetivo regulador de la urgencia: el agotamiento del personal integrado en las Bolsas.

5. En definitiva, y como conclusión final, el sistema de docente de complemento supone una respuesta que concilia el interés de la Administración en contar con un amplio colectivo que cubra el empleo temporal en la docencia no universitaria, a la par que otorga un sistema progresivo de estabilidad, que culmina con el acceso a la condición de funcionario de carrera, a los efectos de conciliar las necesidades administrativas con la lógica aspiración a estabilidad laboral de todo docente no universitario.

Estas son nuestras conclusiones, que sometemos, gustosos, a cualesquiera otras mejor fundadas.

Madrid, 27 de diciembre de 2004

Fdo. Gaspar Ariño Ortiz

Rafael Ariño Sánchez