

Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección.

Septiembre de 2011

SUMARIO

1. Sobre los problemas que plantea la temporalidad artificial del empleo público en España, sus causas, consecuencias y posibles remedios.
2. La respuesta del legislador.
3. El incumplimiento de la ley.
4. La reacción del Tribunal Supremo.
5. Consecuencias de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.
6. La obligación de convocar las plazas ofertadas.
7. Conclusiones.

**INFORME JURÍDICO SOBRE EL DEBER DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE INCLUIR EN LA OFERTA DE
EMPLEO PÚBLICO LAS PLAZAS VACANTES OCUPADAS POR
PERSONAL INTERINO O TEMPORAL Y PUBLICAR EN PLAZO LAS
CORRESPONDIENTES CONVOCATORIAS DE SELECCIÓN**

1.- Sobre los problemas que plantea la temporalidad artificial del empleo público en España, sus causas, consecuencias y posibles remedios.

Es conocido desde hace tiempo que las Administraciones Públicas de nuestro país, en su conjunto, integran a un número muy elevado de empleados de carácter temporal, ya sean funcionarios interinos o personal contratado no fijo.

Si nos atenemos a los datos que derivan de la *Encuesta de Población Activa* (segundo trimestre de 2011), nada menos que 793.400 empleados del sector público –lo que representa el 24,7 por 100 del total, aproximadamente- son asalariados temporales. Aunque la cifra absoluta debe reducirse en algunos miles si nos referimos sólo a los empleados de las Administraciones Públicas en sentido estricto –excluyendo, pues, a las sociedades mercantiles, consorcios, fundaciones y otros entes privados del sector público y excluyendo también a los altos cargos de elección y designación política, incluidos en el cómputo de la EPA-, el porcentaje de empleados temporales de aquéllas no variará mucho. Así puede deducirse también de los datos sobre empleados públicos que ofrece el *Boletín Estadístico de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*,

que elabora el Registro Central de Personal. Si bien este Boletín solo desglosa los datos de personal en régimen temporal de la Administración General del Estado, que es el menos numeroso de todas las Administraciones (un 2,8 de interinos sobre el total de los funcionarios y un 12,7 de empleados laborales con contrato temporal), la mayoría de quienes se computan en la rúbrica “otro personal” son funcionarios interinos, siendo así que dicha rúbrica incluye a más de 350.000 empleados entre la Administración autonómica y la local. A lo que hay que sumar otro porcentaje sin duda muy elevado de los más de 550.000 contratados laborales de ambas Administraciones.

Esos datos globales, hasta donde es posible interpretarlos, coinciden por lo demás con los parciales que se conocen de las diferentes Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Así, por ejemplo, el 21,35 por 100 de los empleados de la Generalitat de Catalunya (sin contar empresas públicas, consorcios y fundaciones) tiene carácter interino o temporal, según el *Informe Mensual de Personal* de la Generalitat correspondiente a agosto de 2011; el porcentaje se eleva al 27,09 en la Comunidad de Madrid, según datos del *Instituto de Estadística de la Comunidad de Madrid* referidos a enero de 2011. Por su parte, de los 28.000 empleados del Ayuntamiento de Madrid, casi 4.900 eran funcionarios interinos o contratados temporales a 31 de diciembre de 2010, según el Servicio de *Estadística del Ayuntamiento de Madrid*. Datos similares y aun más significativos de la alta tasa de temporalidad pueden encontrarse en otras Administraciones.

El número de interinos y contratados temporales no es homogéneo, ciertamente, ni en todas las Administraciones Públicas ni en todos los sectores de la actividad administrativa o de los servicios públicos. El porcentaje es mayor en las Comunidades Autónomas –e incluso entre ellas hay diferencias notables– que en

el Estado y sobre todo es muy alto en el conjunto de la Administración Local. Asimismo y por razones diversas es más elevado en la enseñanza no universitaria, en la sanidad pública y entre los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Pero para los datos concretos y en aras de la brevedad hemos de remitirnos ahora a las estadísticas publicadas

Lo que aquí nos interesa es subrayar que la interinidad con que se desempeñan la mayoría de esos puestos de trabajo no tiene justificación alguna, ni en términos jurídicos ni de buena administración. Bien es verdad que en algunos supuestos el nombramiento de un funcionario interino o la contratación de un empleado público en régimen temporal es la solución adecuada a las necesidades del servicio público. Tal es el caso de la sustitución transitoria de un funcionario ausente con reserva de plaza (por haber pasado a la situación de servicios especiales o por otra causa legal), o cuando se trata de realizar tareas o programas de carácter esencialmente temporal o bien en aquellos casos en que se genera una necesidad especial de personal solo durante unos días o durante un período determinado del año, como sucede en los meses de verano en las zonas turísticas. Sin embargo, en muchos otros casos el funcionario interino o el contratado no fijo ocupa una plaza vacante de manera no transitoria –en términos reales- sino permanente o al menos con larga continuidad, sin que se dote a esa vacante de un titular estable –ya sea funcionario de carrera o contratado laboral fijo, según corresponda- mediante los procedimientos de provisión o selección legalmente establecidos.

Esta concreta situación, que se agravó en términos cuantitativos desde la década de 1990, ha sido objeto de estudio, valoración y crítica negativa por tres Informes oficiales de gran relevancia.

El primero de ellos fue el Informe del Defensor del Pueblo titulado “*Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*” (2003). En dicho Informe, elaborado a raíz de múltiples quejas recibidas, el Defensor del Pueblo criticaba el “*abuso de las interinidades*”, que ha tenido como resultado convertir en habitual una práctica que debería ser excepcional. En particular se subrayaba que la frecuente prolongación *sine die* del interino en el puesto de trabajo vacante no sólo es contraria a los principios de mérito y capacidad y de igualdad en el acceso al empleo público, sino que además crea un “*entramado de intereses contrapuestos*” difícil de afrontar y que ocasiona a menudo situaciones de conflictividad. Por una parte, suele frustrar las expectativas de otros funcionarios o empleados públicos fijos que tienen interés en acceder por concurso a las plazas correspondientes y no pueden hacerlo. Por otra, perjudica manifiestamente a quienes aspiran a conseguir un puesto de trabajo en la Administración mediante un proceso de selección abierto, público y transparente. Incluso afecta a los propios interinos, ya que carecen de la estabilidad y la seguridad en el puesto que tiene el resto del personal y están siempre sometidos a la espada de Damocles del cese repentino sin indemnización. En fin, la situación acaba por enfrentar a unos y otros empleados públicos y a los sindicatos y asociaciones profesionales en cuanto a las soluciones a adoptar y no es insólito que sea objeto de tensiones, disputas entre unos y otros grupos, partidarios o no de mantener las situaciones de interinidad en un momento dado, y litigios judiciales con la Administración. Con frecuencia esas tensiones desembocan en procesos de consolidación del empleo precario, entendida ésta como una forma de acceder a la función pública de carrera de manera casi automática o a través de pseudoprocedimientos de selección carentes de rigor. El propio Informe del Defensor del Pueblo hace hincapié también en el hecho de que la selección misma de los interinos en algunas Administraciones se

lleva a cabo con enorme discrecionalidad, lo que da lugar a no pocos supuestos de arbitrariedad e incluso de desviación de poder.

En la misma línea crítica, el Informe del Consejo Económico y Social denominado "*La temporalidad en el empleo en el sector público*" (2004), tras examinar documentadamente los datos del problema y sus negativas consecuencias, analiza sus causas, que son múltiples y no exactamente las mismas en cada sector. Pero entre dichas causas y de manera destacada, el Informe señala las que tienen que ver con la negligencia y los errores o defectos de la actuación de las autoridades responsables de la gestión de personal en las Administraciones Públicas. Muy en concreto el Consejo Económico y Social denuncia que en no pocos casos las Administraciones Públicas no aprueban ni llevan a cabo las convocatorias de selección de las plazas vacantes y que ni siquiera se incluyen todas esas vacantes en las correspondientes ofertas de empleo público. De esta manera consienten la perpetuación de situaciones de interinidad, que se multiplican paulatinamente y se cronifican, con las consecuencias perversas ya mencionadas.

Por todo ello, en el plano de las recomendaciones y propuestas, ambos Informes oficiales coinciden –el segundo con referencia expresa al primero– en la *necesidad de que todas las Administraciones Públicas aprueben y tramiten de manera sistemática las convocatorias periódicas* –que deberían ser anuales según el criterio del Defensor del Pueblo– precisas para la cobertura de vacantes ocupadas por personal interino o temporal, evitando así la reproducción de situaciones de interinidad prolongadas artificialmente en el tiempo. El propio Defensor del Pueblo expone en su Informe que las ofertas de empleo público deben incluir todas las vacantes existentes que no corresponda amortizar, mientras que el Consejo Económico y Social enfatiza la necesidad de que se

establezcan plazos legales máximos para iniciar los procesos de selección previstos en la oferta de empleo público, dotando a los servicios competentes de los medios personales adecuados para agilizarlos.

El tercero de los Informes oficiales que se hace eco del problema y propone soluciones similares es el *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (2005), nombrada por el Ministro de Administraciones Públicas. Dicho informe reitera la crítica de aquellas situaciones de interinidad o contrataciones temporales en el empleo público para actividades que responden a necesidades permanentes y que se prolongan año tras año. Aparte otras consecuencias nocivas y desde el punto de vista de los principios y reglas de acceso al empleo público, la Comisión expresa que el incremento de la temporalidad agrava la situación de desigualdad y el riesgo de arbitrariedad, ya que el reclutamiento de personal temporal no exige las mismas garantías que los procedimientos de selección de funcionarios de carrera y porque los frecuentes procesos posteriores de consolidación de empleo público temporal suponen en la práctica integrar, mediante cursos breves o pruebas muy simples, como funcionario o personal fijo, a quienes en su día accedieron sin una verificación rigurosa de sus méritos y capacidades o sin ningún tipo de selección abierta. Esta dinámica, según la Comisión, *“está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público, e inclusive está llevando a la quiebra otros elementos del propio sistema, como la misma Oferta de Empleo Público, con la garantía de publicidad que supone”*.

Entre las causas del problema la Comisión apuntaba asimismo la ausencia de normas que impongan la inclusión de las vacantes en las ofertas anuales de empleo público o su imprecisión, el retraso indebido de las convocatorias de las

pruebas de selección y la falta de agilidad de estos procedimientos. De ahí que propusiera en su Informe precisar en el texto de la ley que el cese del personal interino o temporal debe producirse en todo caso cuando finalice la situación transitoria que dio lugar a su nombramiento. Más en concreto, en caso de que el funcionario interino o contratado temporal desempeñe una plaza vacante de plantilla, se proponía que la ley disponga la inclusión de de la misma en la primera oferta de empleo público posterior a la interinidad, salvo que se decida su amortización. Igualmente se proponía que las leyes sobre empleo público establezcan plazos máximos para la cobertura de las vacantes, transcurridos los cuales se entenderían amortizadas. No contenta con esas propuestas –y a la luz de los precedentes- la Comisión sugería en su Informe que se estableciera en la ley un sistema para exigir la responsabilidad personal del titular del órgano de gestión de personal que acordara o permitiera la prolongación irregular de una situación de interinidad o contratación temporal de empleados públicos.

2.- La respuesta del legislador.

Con exclusión de esta última recomendación y de la de amortizar automáticamente las vacantes que no se cubran por personal fijo en un plazo máximo, el legislador tomó nota de las propuestas de la Comisión, avaladas por aquellos otros Informes del Defensor del Pueblo y del Consejo Económico y Social, al aprobar el texto del Estatuto Básico del Empleado Público.

En concreto, el artículo 10 de la Ley que lo regula (Ley 7/2007, de 12 de abril) define con claridad los supuestos tasados en que es posible nombrar funcionarios interinos (art. 10.1) y establece que el cese de los mismos se producirá en todo caso cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art. 10.3). A ello

añade que, en el supuesto de que se hayan nombrado interinos por existencia de plazas vacantes no siendo posible su cobertura por funcionarios de carrera, “*las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización*” (art. 10.4).

En conexión con este preciso mandato legal, el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público impone la aprobación anual de una oferta de empleo público –u otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal- por los órganos de Gobierno de [todas] las Administraciones Públicas y establece la obligación ineludible de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas en la oferta de empleo público y hasta un diez por ciento adicional, así como la de fijar –en la propia oferta, se entiende- el plazo máximo para las convocatorias. Eso sí, con gran flexibilidad –que puede ser criticable- dicho artículo 70 admite que la oferta de empleo público pueda “desarrollarse” en el plazo improrrogable de tres años.

En todo caso y como vamos a ver más adelante, esos preceptos legales no responden sólo a una decisión voluntaria o circunstancial del legislador, aun avalada por varios Informes oficiales, ni son producto de una determinada coyuntura. Se trata, por el contrario, de normas esenciales de garantía de los principios de acceso a la función pública que están inscritos en la propia Constitución: el principio de igualdad (art. 23.2), que tiene rango de derecho fundamental, y los principios de mérito y capacidad (art. 103.3). Es obvio, por las razones expuestas en los citados Informes oficiales, que la prolongación artificial e indefinida de las situaciones de interinidad en el empleo público atenta directamente contra esos principios, ya que beneficia en exclusiva a quienes

accedieron a un empleo público de manera supuestamente provisional mediante criterios de selección poco o menos rigurosos o incluso, en no pocos casos, sin publicidad y competencia alguna y excluye la posibilidad del resto de los ciudadanos de participar en procedimientos de selección en condiciones de igualdad.

Por eso la jurisprudencia, tanto la del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, ha recelado siempre de la prolongación de las situaciones de interinidad y ha procurado incluso poner límite a las ventajas que comporta de cara al acceso a la función pública de carrera. Así, el Tribunal Constitucional declaró taxativamente la inconstitucionalidad de la integración automática en la función pública de carrera del personal contratado [e interino] por ministerio de la ley (STC 302/1993, de 21 de octubre) y reiteradamente ha declarado que, salvo en situaciones claramente excepcionales y justificadas y sólo por una vez, no es lícito habilitar convocatorias de acceso a la función pública restringidas al personal interino o temporal (SSTC 27/1991, de 14 de febrero, 151/1992, de 19 de octubre, 60/1994, de 28 de febrero, 16/1998, de 26 de enero, 12/1999, de 11 de febrero, 126/2008, de 27 de octubre y 130/2009, de 1 de junio, entre otras). Igualmente la jurisprudencia constitucional ha velado por limitar y reducir a sus estrictos términos el alcance de las normas legales que, en ocasiones y de manera siempre transitoria, han permitido la convocatoria de pruebas para la consolidación como funcionarios de personal laboral que desempeña realmente funciones correspondientes a funcionarios de carrera (SSTC 38/2004, de 11 de marzo y 31/2006, de 1 de febrero, por ejemplo). En fin, tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 67/1989, de 18 de abril, 185/1994, de 20 de junio, 11/1996, de 29 de enero, 107/2003, de 2 de junio) como el Tribunal Supremo (SSTS de 13 de octubre de 1994, 1 de junio de 2005 y 8 de marzo de 2008, entre otras muchas) han declarado que no es conforme a Derecho la valoración

excesiva o inmoderada de los méritos por servicios prestados por personal interino o contratado en los procedimientos de concurso-oposición, que confieran a aquéllos una ventaja comparativa irrazonable o acaso decisiva frente al resto de los candidatos.

Pero, volviendo a lo que ahora nos interesa, es claro que de acuerdo con el artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, no es legítimo ya en ningún caso prolongar año tras año a los funcionarios interinos o contratados temporales en las plazas vacantes de personal fijo que provisionalmente ocupan, sin que esas vacantes se incluyan en la siguiente oferta de empleo público que se apruebe por la correspondiente Administración.

Por otra parte, una regla semejante se ha venido estableciendo, aunque desde una perspectiva distinta, en las sucesivas Leyes Generales de Presupuestos de Estado, al menos desde 1996. Estas Leyes fijan los límites cuantitativos de las ofertas anuales de empleo público –la denominada “tasa de reposición de efectivos- y, a tal efecto, ordenan computar y, por tanto, implícitamente incluir en la oferta los puestos y plazas desempeñados por personal interino “por vacante”, salvo que se trate, lógicamente, de casos en los que exista reserva de puesto, estén incursos ya en procesos de provisión o de consolidación de empleo temporal o se decida la amortización de la plaza (así hoy el art. 23.Uno de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011).

A lo dicho conviene añadir que el artículo 10.4 de la Ley que regula el Estatuto Básico del Empleado Público es una norma que tiene carácter de *legislación básica y aplicación directa e inmediata*. Es legislación básica por disponerlo así la Disposición Final Primera de la propia Ley 7/2007, de 12 de abril, lo que significa que vincula a todas las Administraciones Públicas e inclusive desplaza

lo que pudieran disponer en contrario las leyes de las Comunidades Autónomas. Y es de aplicación directa porque entró en vigor un mes después de la publicación de dicha Ley en el B.O.E., ya que no es de aquellas normas del Estatuto Básico cuya aplicación quedó diferida a la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que deben desarrollarlo (Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril).

De hecho, las Leyes de Función Pública de algunas Comunidades Autónomas recientemente aprobadas o modificadas recogen, como no podía ser menos, un precepto idéntico al del artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público. Es el caso de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (art. 19.2), de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública de la Comunidad Valenciana (art. 16.9), y del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia (art. 8.4). Incluso leyes autonómicas más antiguas contienen preceptos semejantes, como es el caso de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de Función Pública de la Comunidad de Madrid (art. 87.4). Ciertamente es que no todas las leyes sobre función pública de las Comunidades Autónomas han adaptado aun su texto, estrictamente, a lo que dispone el Estatuto Básico. Pero, por lo que aquí interesa, ese retraso no tiene ningún efecto, dado que, como se ha dicho, el artículo 10.4 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público es ya una norma de aplicación directa en todas las Administraciones Públicas y tiene primacía sobre cualquier otra legislación autonómica total o parcialmente distinta.

Eso sí, algunas leyes autonómicas establecen plazos más breves que el de tres años del Estatuto Básico para realizar las convocatorias de selección de las plazas ofertadas. Por ejemplo, la citada Ley de Ordenación de la Función Pública de la

Comunidad de Valencia fija el plazo máximo de dos años (art. 46.2) y, de manera mucho más rigurosa, la Ley de Función Pública de la Comunidad de Madrid el de tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos de cada año (art. 19.1), si bien la aplicación de este precepto ha sido objeto de suspensión durante no pocos ejercicios, por disposición legal. Estos plazos más breves sí que son de aplicación en cada Comunidad Autónoma, ya que el de tres años para el desarrollo de la oferta que contiene el Estatuto Básico no es sino un límite máximo e improrrogable que no puede ser aumentado, pero sí reducido, por la legislación autonómica.

3.- El incumplimiento de la ley.

A pesar de la claridad del marco legal expuesto, puede constatarse un sustancial incumplimiento de la obligación del deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público de cada año las plazas vacantes ocupadas por interinos o personal temporal que no hayan de ser amortizadas.

Aunque no es posible valorar en su exacta dimensión este incumplimiento, por falta de datos estadísticos, sí puede estimarse que tiene lugar en alto grado; sin duda no de la misma manera en unas y otras Administraciones. La prueba más clara de ello es que no ha disminuido en el conjunto de las Administraciones Públicas el porcentaje de personal interino y contratado no fijo, según se deduce de los últimos datos de la Encuesta de Población Activa y del Registro Central de Personal, cuando, de haberse aplicado correctamente el artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, se tenía que haber producido una drástica reducción de ese porcentaje. Además, es posible colegir el incumplimiento, aquí y allá, mediante un seguimiento atento de las ofertas de empleo público, que ni

siquiera todas las Administraciones publican anualmente, como está legalmente estipulado; sin contar ahora los supuestos, también numerosos y fáciles de documentar, en los que no se convocan durante años las plazas comprometidas en las ofertas de empleo público aprobadas. Ciertos supuestos de incumplimiento de la regla han salido a la luz pública asimismo con ocasión de los conflictos sociales que ha desencadenado la no renovación de nombramientos de personal interino o a través de los asuntos que han llegado a los Tribunales.

Esta situación de incumplimiento de la legalidad en materia de función pública y particularmente en relación con las importantes bolsas de personal interino existentes no es, por desgracia, nueva, como se deduce sin ir más lejos de la lectura de los Informes oficiales a que antes hemos hecho referencia. Pero ahora ya no puede ampararse en la inexistencia, ambigüedad o falta de claridad del marco legal. El incumplimiento es consciente, ya se deba a la inercia o a la falta de voluntad o de capacidad política para abordar el problema y hacer cumplir la ley. Ni siquiera cabe la excusa de la crisis económica, puesto que de lo que se trata no es de mantener plazas vacantes que sobran o deben ser objeto de amortización por razones presupuestarias, sino de que las plazas que se mantengan sean desempeñadas por funcionarios de carrera o personal fijo, como legalmente corresponde, y no por personal interino o laboral de carácter temporal o “indefinido” no fijo. En definitiva, de lo que se trata es que se convoquen los procesos selectivos de personal que sean necesarios para que el acceso al empleo público, cualquiera que sea el número de los puestos de acceso, responda a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Tampoco pueden servir de justificación para incumplir la Ley las limitaciones, hoy tan severas, que establecen las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado a la cobertura de vacantes en las Administraciones Públicas. No se

nos oculta, ciertamente, que el hecho de que estas Leyes –así el citado artículo 23.1 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre- obliguen a incluir en el cómputo de la llamada “tasa de reposición” las vacantes ocupadas por interinos introduce una dificultad añadida para la correcta gestión de personal en muchas Administraciones, en particular aquellas que cuentan con gran número de interinos en plazas vacantes. En la práctica, si incluyeran, como es legalmente necesario, todas esas plazas vacantes en la oferta de empleo público correspondiente, pero aplicando la tasa máxima permitida de reposición, podrían perder muchos efectivos. En consecuencia, Gobiernos autonómicos y locales encuentran en ello otro motivo para incumplir la ley, no publicando la oferta de empleo público en ciertos años o aplicando la tasa de reposición sólo a las plazas vacantes no desempeñadas por interinos, que son las únicas que, con esos límites cuantitativos, se incluyen en las ofertas de empleo público. El efecto real que ello produce suele ser un incremento del número de empleados en situación de interinidad, pues, por un lado no se reduce el que ya ocupa vacantes y, por otro, se acude con cierta frecuencia a nuevos nombramientos o contrataciones puntuales sin el trámite previo de la oferta de empleo público. Es significativo que tanto el Informe del Consejo Económico y Social como el de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público señalaran que una de las causas del incremento de interinos en el empleo público desde la década de 1990 haya sido precisamente la limitación de la tasa de reposición de efectivos en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

De ahí que, a nuestro entender, el legislador presupuestario debería ser más flexible –al tiempo que más realista y pragmático- diferenciando entre las plazas vacantes no ocupadas, para las que la aplicación de la tasa de reposición, por estricta que sea, no suele plantear problemas de gestión, y las vacantes

desempeñadas por interinos. Sería más acertado procurar que estas vacantes se incluyeran, todas ellas o en un gran porcentaje, en las ofertas de empleo público, ya que está demostrado en la práctica que el deber legal de amortizarlas en su inmensa mayoría (en el 90 por 100 hoy, como regla general) no se cumple y es difícil de cumplir. Quizá aplicar porcentajes máximos de reposición de efectivos distintos para las plazas que están o no cubiertas por interinos al aprobarse la Ley de Presupuestos Generales de cada año facilitaría la aprobación de las ofertas de empleo público en los términos que exige el Estatuto Básico del Empleado Público, al tiempo que produciría una cierta reducción de gasto público, que la rigidez de la norma actual no consigue o consigue en términos muy relativos.

En cualquier caso y dejando de lado estas propuestas *de lege ferenda*, ni el artículo 23.1 de la vigente Ley de Presupuestos Generales del Estado ni sus precedentes o, eventualmente, los preceptos que lo reproduzcan para posteriores ejercicios pueden constituir una excusa válida para dispensar a cualquier Administración Pública del cumplimiento de la Ley, esto es, de lo que dispone el artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público. Sea como sea, no incluir en las ofertas de empleo público que cada año deben aprobarse las plazas vacantes desempeñadas por interinos cuya amortización no corresponda o se decida y que no estén ya en fase de provisión es una infracción legal patente e injustificable. Una infracción que, además, priva de oportunidades de acceso a un empleo público al segmento de la población que más las necesita, el de los jóvenes preparados que buscan su primer empleo, tutelando a quienes no quieren arriesgarse a participar en un proceso selectivo abierto. Situación esta manifiestamente injusta.

4.- La reacción del Tribunal Supremo.

En tales circunstancias no puede extrañar que el asunto de la prolongación artificial e ilegal de las situaciones de interinidad haya llegado a los Tribunales y que éstos, como es natural, empiecen a adoptar las resoluciones oportunas para imponer también en este campo la eficacia del Estado de Derecho.

En este contexto se inscribe la trascendente Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Séptima, en fecha 29 de octubre de 2010 y en recurso de casación núm. 2448/2008, de la que ha sido Ponente el Magistrado José Díaz Delgado.

El citado recurso de casación fue interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Pública de Aragón (y también, de contrario, por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras de Aragón) contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 18 de junio de 2008, que había desestimado el recurso presentado por aquella Asociación contra el Decreto del Gobierno de Aragón que aprobó la oferta de empleo público de esa Comunidad Autónoma para 2007. Precisamente el recuso se presentó porque la oferta de empleo público no incluía todas las vacantes ocupadas por personal interino, en los términos que impone el artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público y también el artículo 7 de la Ley de la Función Pública de Aragón (Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero). Pero es también relevante que la Asociación recurrente utilizó el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, por entender que las citadas omisiones de la oferta de empleo público suponían asimismo una violación del derecho a acceder en

condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución.

Pues bien, lo decisivo es que el Tribunal Supremo acepta totalmente el planteamiento de la Asociación recurrente. Por un lado declara que la claridad de los citados preceptos legales no deja dudas acerca de la ilegalidad de una oferta de empleo público que no incluye todas las plazas de interinos que no lo sean por sustitución y que no son atendibles los argumentos o excusas alegadas por el Gobierno de Aragón, como la supuesta intención de mejorar los procesos de selección dejando algunas plazas para futuras ofertas. *“Tampoco cabe alegar motivos económicos o de autoorganización –añade el Tribunal Supremo- pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos. En consecuencia, lo que no puede alegarse es el incumplimiento de la ley, cuando es clara y precisa, en desarrollo precisamente del derecho fundamental alegado por los recurrentes”*.

Este último matiz, por otro lado, es también importante. La no inclusión en las ofertas de empleo público de plazas vacantes presupuestadas ocupadas por interinos [salvo en caso de sustitución de funcionario con reserva de plaza, obviamente] no sólo infringe preceptos legales claros y terminantes, sino también el derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución. Y ello porque, tal como razonábamos más arriba –aunque la escueta Sentencia del Tribunal Supremo no lo explicita-, la permanencia ilegal de funcionarios interinos en plazas vacantes que deben salir a oferta pública impide al resto de los ciudadanos optar en condiciones de igualdad por acceder a esos puestos de la función pública, que no son patrimonio de quienes los desempeñan.

Consecuencia de la calificación de la infracción cometida por el Gobierno de Aragón en el supuesto enjuiciado como una infracción no sólo legal sino también de alcance constitucional es que ese tipo de infracciones pueden ser combatidas por el procedimiento especial de recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), que tiene carácter urgente y preferente, y en último extremo a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Otro aspecto interesante de la Sentencia de 29 de octubre de 2010 que examinamos es que el Tribunal Supremo, contra la alegación sostenida por el sindicato Comisiones Obreras, reconoce la legitimación de la Asociación para la Defensa de la Función Pública de Aragón para recurrir contra la aprobación de la oferta de empleo público por el expresado motivo. Dicha Asociación tiene entre sus fines estatuarios la mejora de los servicios públicos y el fortalecimiento de la profesionalidad de los empleados públicos en su ámbito y sus miembros son funcionarios y empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, evidentemente interesados en que la Administración autonómica cubra sus vacantes mediante los procedimientos legalmente establecidos. No es este reconocimiento de legitimación para recurrir, por lo demás, ninguna novedad, ya que el artículo 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa reconoce a las corporaciones, asociaciones, grupos y otras entidades que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos la facultad de recurrir. Y de hecho el Tribunal Supremo –y el Constitucional- vienen interpretando de manera muy amplia este precepto, de manera que cualquier persona física o jurídica que pueda sufrir un perjuicio derivado de la decisión administrativa objeto del recurso en sus

derechos e intereses legítimos de cualquier tipo y no actúa simplemente en defensa objetiva de la legalidad, tiene legitimación para impugnar esa decisión.

5.- Consecuencias de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

Si bien el fallo de una sentencia que anula una determinada oferta de empleo público por el motivo indicado solo produce efectos para el caso concreto objeto del proceso y las personas afectadas por el mismo (art. 72.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), no se puede desconocer el alcance más general de la doctrina legal que el Tribunal Supremo ha establecido en este caso. Sin duda, esa doctrina deberá tenerse en cuenta –y presumiblemente así será- por los Tribunales de inferior rango y no es de descartar, antes al contrario, que el propio Tribunal Supremo vuelva a pronunciarse sobre otro u otros asuntos similares y que lo haga en el mismo sentido, consolidando de esta forma su jurisprudencia. De hecho, la Sentencia no deja resquicio alguno a otro tipo de pronunciamientos, una vez que, con toda contundencia, afirma la claridad del régimen legal aplicable.

Pero no solo eso. El Tribunal Supremo ha declarado también en la Sentencia de 29 de octubre de 2010 que las Asociaciones de funcionarios afectadas u otras constituidas para velar por la correcta aplicación de la legislación de función pública pueden interponer recurso contra las ofertas de empleo público que no cumplen las exigencias del artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público y legislación autonómica concordante. Obviamente, cualquier otra persona o entidad que tenga un interés legítimo podrá hacerlo (por ejemplo, funcionarios que aspiren a las vacantes no convocadas o personas y entidades dedicadas a la preparación de los candidatos a las oposiciones y concursos), lo

que facilita que este tipo de asuntos lleguen a los Tribunales. Igualmente la impugnación de las ofertas de empleo público ilegales de que venimos tratando se facilita por el hecho de que puede realizarse a través del procedimiento especial de defensa de los derechos fundamentales, bastante más rápido que el procedimiento ordinario y en el que siempre cabe recurso de casación y, en su caso, ulterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En cualquier caso, las Administraciones Públicas no pueden ya desconocer lo que el Tribunal Supremo ha declarado sobre la cuestión que nos ocupa ni pueden sustraerse al cumplimiento de un mandato legal tan claro como el del artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público. Después de la comentada Sentencia de 29 de octubre de 2010 no cabe ningún tipo de ambigüedad ni de interpretación interesada o sesgada que permita “mirar para otro lado”. Así deberían entenderlo los responsables políticos que han de aprobar las ofertas de empleo público, como sin duda lo entenderán sus asesores jurídicos, y deberían entenderlo los propios empleados públicos afectados y las organizaciones sindicales o profesionales que defienden sus intereses.

No es constitucionalmente posible prolongar artificialmente las situaciones de interinidad. Pues la defensa a ultranza de la situación de permanencia de los interinos en plazas vacantes que no desempeñen por sustitución no constituye un interés legítimo, ya que supone un privilegio para los beneficiarios y la quiebra de la igualdad de oportunidades amparada por la Constitución. A lo que no puede oponerse el argumento de que el interino acumula ya una experiencia en el puesto y determinados méritos en el servicio público, pues una y otros se podrán hacer valer en los correspondientes procesos selectivos en la forma que proceda según el tipo de procedimiento.

6.- La obligación de convocar las plazas ofertadas.

De la misma manera, aunque la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2010 no se refiera directamente a ello, las Administraciones Públicas tienen el deber ineludible de aprobar y publicar las convocatorias de pruebas de selección para las plazas incluidas en las ofertas de empleo público, dentro de los plazos máximos habilitados por las leyes aplicables en cada caso. Pues, desde la perspectiva del artículo 23.3 de la Constitución, de nada sirve la oferta si las pruebas no se convocan y se permite de esta manera idéntica prolongación de las situaciones de interinidad.

Este último problema es también grave y puede ser fácilmente documentado, aunque no todas las Administraciones Públicas incurren por igual en este tipo de irregularidad. En la práctica no solo impide materializar el derecho a acceder al empleo público en condiciones de igualdad, sino que además frustra las legítimas expectativas de aquellos que, publicada la oferta de empleo público, han empezado a preparar las pruebas selectivas correspondientes, dedicando tiempo, esfuerzo y, en su caso, recursos económicos con ese objetivo. No solo está en juego aquí la violación por omisión del citado derecho constitucional sino también la confianza legítima defraudada de los ciudadanos en el cumplimiento de los compromisos asumidos por la propia Administración, en infracción de principios jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico, el español y el europeo, por cierto.

Pues debe recordarse que la oferta de empleo público no es un documento meramente informativo o programático sino que incluye un compromiso jurídico en firme de las Administraciones que la aprueban y publican, las cuales quedan vinculadas a la oferta publicada. Así se deduce con toda claridad del artículo 71.1

del Estatuto Básico del Empleado Público, según el cual la aprobación de la oferta de empleo público “*comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por ciento adicional*”, en el plazo que en cada caso se fije. Por lo demás, este plazo debe atenerse al máximo fijado en la legislación, estatal o autonómica, aplicable en cada caso, siempre que permita que la oferta se desarrolle, esto es, haya sido hecha efectiva mediante los procesos de selección que procedan, en el plazo improrrogable de tres años que establece el mismo artículo 71.1 del Estatuto Básico. Dada la primacía de esta legislación básica sobre cualquiera otra de las Comunidades Autónomas, no es lícito ni siquiera que el legislador autonómico suspenda el “desarrollo” de la oferta de empleo público anual mediante la publicación de las convocatorias de acceso a las plazas que incluye, si ello implica superar el referido plazo máximo de tres años.

Cuando una Administración determinada no convoca en plazo las pruebas de acceso a las plazas comprometidas en la oferta de empleo público incurre claramente en una situación de inactividad contraria a Derecho. Y, como es obvio, también esa negativa de la Administración a convocar las plazas ofertadas puede ser objeto de recurso por los interesados, ya sea impugnando la eventual desestimación expresa o presunta de una solicitud de convocatoria formulada por cualquier interesado, ya sea en su caso mediante un recurso contra la inactividad de la Administración (art. 29.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), ya que aquella tiene el deber de ejecutar sus propios actos firmes.

Por interesados habrá que entender en estos casos no sólo las asociaciones o entidades constituidas para la defensa de la función pública u otras entidades u organizaciones de finalidad semejante, sino también cualquier persona física que

pueda demostrar su interés legítimo y personal en concurrir a las convocatorias que sería necesario publicar en cumplimiento de la oferta.

7. Conclusiones.

En definitiva, las Administraciones Públicas están inexcusablemente obligadas a incluir en las ofertas de empleo público que aprueben –y que deben aprobar anualmente- todas las plazas vacantes de plantilla que estén provisionalmente desempeñadas por funcionarios interinos o personal laboral no fijo, salvo que se decida la amortización de algunas de esas plazas o la interinidad tenga por causa la sustitución de un funcionario con reserva de su puesto de trabajo o, lógicamente, en el caso de vacantes que están ya incursas en un procedimiento de provisión definitiva por cualquier procedimiento legal.

El incumplimiento de este deber supone no solo una infracción de la legalidad vigente, sino una violación del derecho fundamental a acceder a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, que sanciona el artículo 23.2 de la Constitución. Así lo acaba de ratificar el Tribunal Supremo, en coherencia con los criterios generales de la jurisprudencia recaída hasta el momento sobre este precepto constitucional.

Como es natural, las Administraciones Públicas están igualmente obligadas a convocar los procedimientos de selección de las plazas vacantes incluidas en las ofertas de empleo público, dentro de los plazos máximos establecidos por la legislación que en cada caso sea de aplicación. El incumplimiento de este deber tiene la misma consecuencia jurídica que se acaba de mencionar, al menos

cuando suponga la prolongación artificial y efectiva de las situaciones de interinidad en el empleo público.

Ante la claridad y evidencia de estas premisas jurídicas, es necesario poner fin a la actitud de pasividad que mantienen no pocas Administraciones Públicas, que por inercia, negligencia, horror al conflicto u otras causas no publican con la periodicidad debida las ofertas de empleo público o no incluyen en ellas todas las vacantes no amortizables y que deben incluirse legalmente, o bien no aprueban y publican todas las convocatorias de selección para las plazas previamente ofertadas. Necesidad esta evidenciada ya en los tres informes oficiales –del Defensor del Pueblo, del Consejo Económico y Social y de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público- que en la pasada década se han pronunciado sobre la cuestión.

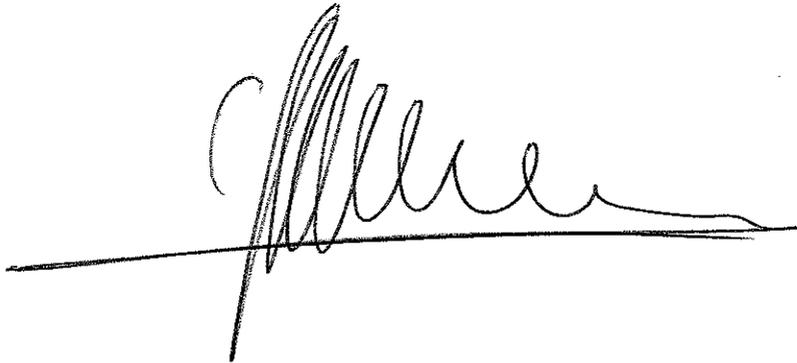
Cualquier titular de intereses legítimos, individuales o colectivos, incluidas las asociaciones profesionales de funcionarios y otras entidades constituidas para la defensa de la función pública o afectadas de cualquier modo por el incumplimiento de aquellas obligaciones puede interponer los recursos pertinentes ante los Tribunales, en su caso por el cauce preferente del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales y, en último extremo, a través del recurso de amparo constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior y a tenor de la doctrina de los Tribunales, lo esencial es que los responsables políticos y, más allá aun, las organizaciones profesionales y sindicales y hasta los propios colectivos de afectados tomen conciencia de la necesidad de cumplir con rigor los deberes legales mencionados, evitando la injusta posición en que de lo contrario se coloca a una mayoría de perjudicados,

esto es, la de los legítimos aspirantes a acceder a un empleo público en condiciones de igualdad.

Este es mi dictamen, que como siempre someto a cualquier otra consideración mejor fundada en Derecho.

En Madrid, a 30 de septiembre de 2011.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Sanchez Moron', written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.