

En Logroño, a 17 de diciembre de 2018, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro María Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**128/18**

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de La Rioja en relación con el procedimiento de *Revisión de oficio VAR 12/2018, por el que se pretende declarar la nulidad de pleno Derecho del acto, producido por silencio administrativo, mediante el cual se reconoció la condición de personal indefinido no fijo al servicio de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja al funcionario docente interino D. J.L.A.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

En el presente dictamen y para facilitar su lectura, utilizaremos las siguientes siglas y abreviaturas:

- ACM= Acuerdo Marco europeo de 18 de marzo de 1999, de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, aprobado por la Dva 70/99.
- AN= Audiencia Nacional.
- art/s= artículo/s.
- C= Cuestión/es prejudicial/es
- CA= Comunidad Autónoma.
- CAR= Comunidad Autónoma de La Rioja.
- CE= Constitución Española.
- CEEP= Centro Europeo de la Empresa Pública (organización interprofesional europea de carácter general).
- CES= Confederación Europea de Sindicatos (organización interprofesional europea de carácter general).
- Consejería actuante= Consejería de Educación, Formación y Empleo del Gobierno de La Rioja.
- D.= Dictamen (del Consejo Consultivo de La Rioja).
- DCE= Dictamen del Consejo de Estado.

- Decreto 8/2002= Decreto 8/2002, de 24 de enero, del Gobierno de La Rioja, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional del Consejo Consultivo de La Rioja.
- DA= Disposición Adicional.
- DF= Disposición Final.
- DG= Dirección, Director o Directora, General, de la Consejería correspondiente.
- DT= Disposición Transitoria.
- Dva= Directiva de la Unión Europea.
- Dva 70/99= Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, por la que se aprueba el ACM.
- EEAA= Estatutos de Autonomía.
- EAR'82= Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja.
- EAR'99= Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, de reforma del EAR'82.
- EBEP'07= Ley estatal 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público.
- EBEP'15= RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido del Estatuto básico del empleado público.
- FJ= Fundamento Jurídico o de Derecho.
- IES= Instituto de Educación Secundaria.
- JCA 1 LO= Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Logroño.
- JCA 2 LO= Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Logroño.
- Ley 3/2001= Ley riojana 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja.
- Ley 4/2011= Ley castellano-manchega 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo público de la CA de Castilla - La Mancha.
- LFR'90= Ley riojana 3/1990, de 29 de junio, de Función pública de la CAR.
- LJCA '98= Ley estatal 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa.
- LO= Ley Orgánica.
- LOE'06= Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- LOPJ'85= LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por LO 19/2003, de 23 de diciembre.
- LPA'58= Ley estatal de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958.
- LPAC'92= Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de la Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.
- LPAC'15= Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.
- LPGE'12= Ley estatal 2/2012, de 29 de junio, de PGE para 2012.
- LPGE'17= Ley estatal 3/2017, de 27 de junio, de PGE para 2017.
- núm.= número.
- OEP= Oferta de empleo público.
- Orden 3/2016= Orden 3/2016, de 31 de marzo, de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, por la que se regula la provisión, en régimen de interinidad, de puestos de trabajo docentes no universitarios.
- PA= Procedimiento abreviado.
- PG= Presupuestos Generales.
- PGE= Presupuestos Generales del Estado.
- RA= Recurso de apelación.
- RC= Recurso de casación.
- RD= Real/es Decreto/s.
- RD 276/2007= Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, acceso y adquisición de nuevas Especialidades en los Cuerpos docentes a que se refiere la LOE'06.
- RDLeg.= Real Decreto Legislativo.
- S= Sentencia.

- SAN= Sentencia de la Audiencia Nacional.
- SCA= Sala de lo contencioso-administrativo.
- SGT= Secretaría, Secretario o Secretaria, General Técnica, de la Consejería correspondiente.
- SJCA= Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo.
- SRH= Servicio de Recursos Humanos de la Consejería actuante.
- SS= Sentencias.
- ss= siguientes.
- STC= Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS 3ª= Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.
- STJUE= Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TJUE= Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TS= Tribunal Supremo.
- TSJ= Tribunal Superior de Justicia.
- UE= Unión Europea.
- UNICE= Unión de Confederaciones de la Industria Europea (organización interprofesional europea de carácter general).

## **Segundo**

La Consejería actuante ha tramitado el procedimiento de Revisión de oficio VAR 12/2018, de cuyo expediente resultan los siguientes datos de interés.

**1.** El interesado presentó, el 13 de junio de 2017, un escrito por el que solicitaba, a la Consejería actuante, que declarase que tiene la condición de *personal indefinido no fijo* de dicha Consejería como Profesor de Educación Secundaria, en la Especialidad 0590.107 (Informática), y con antigüedad desde el 16 de septiembre de 2005. En ese momento, el interesado tenía la condición de *funcionario interino docente* de la CAR en virtud de nombramiento expedido el 1 de septiembre de 2016 por el DG de Educación, siendo el 31 de agosto de 2017 la fecha de finalización prevista para el citado nombramiento.

**2.** El 22 de marzo de 2018, el titular de la Consejería actuante expidió, en relación con la expresada solicitud, una certificación de acto presunto, en la cual se expone: i) que el interesado formuló su solicitud el 13 de junio de 2017; ii) que tal solicitud resultó desestimada por silencio administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.1 LPAC'15; y iii) que, con fecha 22 de noviembre de 2017 el solicitante recurrió en alzada contra el acto presunto arriba mencionado, por lo que, transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar, establecido en el art. 122.2 LPAC'15, dicho recurso de alzada debe entenderse estimado. En definitiva, el certificado exterioriza la existencia de un acto administrativo que, producido por silencio positivo, ha venido a estimar la solicitud del interesado.

**3.** El 28 de marzo de 2018, el SRH de la Consejería actuante, emitió informe por el que propone la iniciación, respecto del acto administrativo señalado, “*del procedimiento de declaración de lesividad de actos anulables*”

4. Con fecha de 22 de mayo de 2018, la SGT de la Consejería actuante, emite un informe por el que propone la iniciación del procedimiento de revisión de oficio del acto referido.

5. El mismo 22 de mayo de 2018, el titular de la Consejería actuante dictó una Resolución que dispone: i) iniciar el procedimiento de revisión de oficio de ocho “*actos producidos por silencio administrativo*”, entre ellos, el que afecta al interesado; y ii) elevar “*al Consejo de Gobierno propuesta motivada para que, como órgano competente para declarar la nulidad del acto, acuerde suspender la ejecución de los actos revisados, dados los perjuicios de difícil reparación a los que pueden dar lugar*”. Dicha Resolución fue notificada oportunamente al interesado.

6. Los Servicios Jurídicos de la CAR, mediante informe de 14 de junio de 2018, manifestaron que el expediente revisor (tramitado acumuladamente en relación con ocho actos presuntos dictados respecto a otros tantos interesados), debería “desacumularse”, de modo que se curse separadamente un procedimiento revisor distinto para cada acto e interesado. Por otro lado, consideró que debería ampliarse el objeto de cada procedimiento de revisión de oficio al reconocimiento, producido por virtud de los distintos actos presuntos, de las fechas de antigüedad solicitadas por cada uno de los afectados.

7. Acogiendo ese parecer, el 6 de julio de 2018, el titular de la Consejería actuante dictó una nueva Resolución por la que: i) dispone tramitar separadamente un expediente revisor por cada uno de los interesados; ii) amplía “*la Resolución de inicio del procedimiento, añadiendo, como motivo de la nulidad de pleno Derecho del acto por el que se reconocía la condición de personal indefinido no fijo, la falta de un requisito esencial para adquirir tal condición con la antigüedad consignada en la certificación*”; y iii) confiere al interesado audiencia por plazo de quince días.

8. La Resolución de 6 de julio de 2018 fue notificada personalmente al interesado, quien, el 24 de julio de 2018, presenta un escrito en el que expone que “*con fecha 8 de junio de 2018 se dictó Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se suspende de oficio la ejecución del acto de 22 de marzo de 2018, por el que se reconoce al actor la condición de personal indefinido no fijo*”; y manifiesta que, “*a pesar de seguir considerándome como personal indefinido no fijo*”, solicita la “*adjudicación de vacantes*” correspondientes al Curso 2018/2019.

9. El 5 de julio de 2018, el SRH de la Consejería actuante expide el certificado acreditativo de la hoja de servicios del interesado.

**10.** La SGT de la Consejería actuante, el 20 de agosto de 2018, suscribe un “*informe de instrucción*”. Y, el 28 de septiembre de 2018, emite “*Propuesta de Resolución*”, en el sentido de que se proceda a “*declarar la nulidad de pleno Derecho del acto producido por silencio y certificado con fecha de 22 de marzo de 2018*”, así como a “*no incluir como posible causa de anulación la carencia de un requisito esencial para adquirir la antigüedad solicitada*”.

**11.** El 5 de octubre de 2018, los Servicios Jurídicos evacuan un segundo informe en el sentido de que procede declarar la nulidad de pleno Derecho del acto presunto, en cuanto que reconoce, al solicitante, la condición de *personal indefinido no fijo* y la antigüedad solicitada. En el primer caso, por haber sido dictado el acto por un órgano manifiestamente incompetente (art. 47.1.b) LPAC´15); y, en el segundo, por carecer el interesado de los requisitos esenciales para el reconocimiento de la antigüedad que solicitó (art. 47.1.f) LPAC´15).

**12.** En el expediente remitido a este Consejo Consultivo obran dos documentos adicionales:

-Un certificado del Acuerdo, de 21 de diciembre de 2012, del Consejo de Gobierno de la CAR, por el que se suspende la vigencia del *Acuerdo de 3 de febrero de 2005, por la calidad de la educación, desde el curso 2012/2013*, en cuanto al régimen de nombramiento y contratación del profesorado que tenga la condición de funcionario interino: i) se dispone *la finalización de todos los nombramientos de interinidad se producirá el día 30 de junio de cada curso escolar*; y ii) *se suprime el derecho de prórroga del nombramiento hasta el día anterior al comienzo del nuevo curso escolar de los funcionarios interinos que hayan acumulado 168 días de servicio, computados, desde la fecha de su primer nombramiento, hasta el 30 de junio*”.

-La SJCA 2 LO, de 26 de septiembre de 2017 (PA núm. 83/2017), que desestima las pretensiones deducidas por un funcionario interino docente de la CAR en orden a que “*su nombramiento de duración determinada*” se transformase “*en un nombramiento de interinidad indefinido en el mismo Cuerpo, Especialidad y destino*” y a que se declarase la nulidad de “*su cese (producido) con fecha 31 de agosto de 2017*”.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 15 de octubre de 2018, y registrado de entrada en este Consejo el 16 de octubre de 2018, el Excmo. Sr. titular de la Consejería actuante, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 17 de octubre de 2018, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo**

El carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo en los casos de revisión de los actos administrativos resulta, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 106.1 LPAC'15, a cuyo tenor: *las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la CA, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPAC'15*".

Reiteran la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo en estos casos nuestra Ley reguladora (Ley 3/2001, de 31 de mayo, art. 11.f) y el Reglamento que la desarrolla (aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, art. 12.2.f).

Por lo demás, como claramente se infiere del art. 106.1 LPAC'15, el dictamen del Consejo Consultivo en materia de revisión de actos administrativos es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiere sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

## **Segundo**

### **El contenido dispositivo del acto presunto cuya revisión se pretende**

Para analizar si el acto presunto certificado el 22 de marzo de 2018 está aquejado de alguna de las causas de nulidad radical tipificadas por el art. 47 LPAC'15, es preciso comenzar analizando el contenido dispositivo del propio acto; esto es, los efectos jurídicos que produce en la esfera jurídica del favorecido por el mismo.

1. Como resulta del expediente administrativo, el interesado presentó una reclamación por la que instaba que la CAR declarase *“que el actor tiene la condición de personal indefinido no fijo de la Consejería de Educación, Formación y Empleo de la Comunidad Autónoma de La Rioja como profesor de Educación Secundaria en la especialidad 0590.107 (Informática), y con antigüedad de 16 de septiembre de 2005”*.

2. Esa reclamación no fue objeto de resolución expresa por la Administración autonómica en el plazo de 3 meses establecido por el art. 21.3 LPAC'15, por lo que, el interesado, teniendo por desestimada su petición, presentó recurso de alzada el 22 de noviembre de 2017.

3. El recurso de alzada tampoco fue resuelto por la Administración por acto administrativo expreso. Por ello, transcurrido el plazo de 3 meses establecido por el art. 122.2 LPAC'15, y de conformidad con el art. 24.1, inciso tercero, LPAC'15, la Administración autonómica consideró estimada la reclamación, por silencio administrativo, con los efectos establecidos por los arts. 24.2 y 24.4 LPAC'15; a saber: i) el de entender producido, *“a todos los efectos”*, un *“acto finalizador del procedimiento”*, que despliega su eficacia *“desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido”*; y ii) el de emitir, previa petición del interesado, el *“correspondiente certificado acreditativo del silencio producido.”*

4. Por último, al considerar estimada la solicitud, el titular de la Consejería actuante expidió, el 22 de marzo de 2018, una certificación de acto presunto, en la que hizo constar que “*dicho recurso de alzada debe entenderse estimado*”.

5. Como es sabido, a diferencia del silencio negativo, que no da lugar a un auténtico acto administrativo, sino que constituye una mera *ficción legal* (que habilita al interesado a acudir a las vías oportunas de recurso administrativo o contencioso administrativo), el silencio positivo “*se continúa configurando como un verdadero acto administrativo, como un acto declarativo de derechos*”, tal como señala, entre otras muchas, la STS 3ª, de 15 de junio de 2015 (RC 1762/2014).

A su vez, en los supuestos en que el silencio produce un efecto estimatorio, ese “*verdadero acto administrativo*” nace a la vida jurídica *ope legis*, por previsión legal, o, si se prefiere, porque la propia Ley atribuye a la conducta de la Administración (su silencio) un determinado efecto jurídico, cual es la estimación de la reclamación. Por ello, el contenido dispositivo concreto del acto administrativo, y los efectos que incorpora a la esfera jurídica del interesado (reconocimiento de derechos y facultades), no vienen configurados o definidos *directamente* por la voluntad o decisión de la Administración, sino, *reflejamente*, por el contenido de la propia solicitud.

6. Así, en el presente caso, al considerar estimada la reclamación del interesado y, adicionalmente, al expedir en su favor el certificado de 22 de marzo de 2018, por el que declaró estimada su solicitud, la Administración autonómica riojana ha venido a conferir al interesado “*la condición de personal indefinido no fijo*” de la CAR “*como Profesor de Educación Secundaria*” en una determinada Especialidad; “*con antigüedad de 16 de septiembre de 2005*”. Esto es, le ha atribuido:

-Una *condición jurídica*: la de “*personal indefinido no fijo*” de la CAR, lo que, a su vez, supone la *constitución de una determinada relación de servicios* entre el interesado y la CAR. Esa condición jurídica, en rigor, debería definirse como de *personal funcionario indefinido no fijo*, dado que el de “*Profesores de Educación Secundaria*” es uno de los Cuerpos funcionariales en los que se ordena la función pública docente. Así resulta de la DA 7ª.1.b) LOE’06; y de los arts. 12 y 13.2 del RD 276/2007. A su vez, tanto la LOE’06 (DA 12ª), como el RD 276/2007 (art. 17.2) prevén que el acceso a la función pública docente será el de “*concurso oposición*”, y se realizará mediante el ingreso en alguno de los Cuerpos en que se ordena la función pública docente (enumerados, además de en la DA 7ª LOE, en el art. 13 RD 276/2007, entre otros).

-El reconocimiento de una determinada fecha de *antigüedad* de esa relación de servicios entre la Administración autonómica y el interesado, cual es, en este caso, la de 16 de septiembre de 2005.

## Tercero

### **Sobre la imposibilidad de adquirir, por silencio, derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico.**

1. Vaya por delante que este Consejo Consultivo alberga muchas dudas de que, en el caso que nos ocupa, hubiera debido entenderse estimada, por silencio administrativo, la reclamación formulada por el interesado en orden al reconocimiento de la condición de *personal indefinido no fijo*.

La Sala 3ª del TS, en interpretación de los arts. 42.2. 42.5, 43 y 44 LPAC'92 (tras la reforma operada en ella por la Ley 4/1999, de 13 de enero), ha delimitado el alcance de estos preceptos, con el fin de determinar los supuestos en que una petición del interesado puede entenderse estimada por silencio. Así, la STS 3ª, de 14 de octubre de 2014 (RC. 2007/2012), recapitula pronunciamientos anteriores, señalando que:

*“Para el legislador de 1999, como también para el de 1992, sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la LPAC'92 para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica. A diferencia de la LPA '58 que aplicaba el silencio negativo a las peticiones, cualesquiera que estas fueren.*

*La LPAC'92 establece como regla el silencio positivo, pero parte de que esa ficción legal se aplica a procedimientos predeterminados, como resulta de lo más atrás expuesto y también del art. 42.2 que, cuando habla de la obligación de resolver, advierte que ha de resolverse en el plazo "fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento", ha de haber un procedimiento derivado específicamente de una norma fija, y del 42.5, que manda a las Administraciones públicas que publiquen y mantengan actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.*

*El silencio regulado en los arts. 43 y 44 LPAC'92 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento”.*

Pues bien, en el caso presente, nuestro ordenamiento jurídico no contempla ni regula ningún procedimiento administrativo encaminado al reconocimiento o adquisición de la condición de *funcionario indefinido no fijo*, por la sencilla razón de que tal condición jurídica ni siquiera ha sido creada por la Ley; a diferencia de las condiciones de *funcionario de carrera*, *funcionario interino*, *personal laboral* o *personal eventual de la Administración*, que son las clases o tipos de empleos públicos previstos por el art. 8 EBEP'15.

En particular, el reconocimiento (y adquisición) de las condiciones jurídicas de *funcionario de carrera* y *funcionario interino* exige la tramitación (y superación) de procedimientos que están reglados por el Derecho positivo; pero éste no regula ningún

procedimiento administrativo encaminado a la adquisición o reconocimiento de la, inexistente, condición jurídica de *personal funcionario indefinido no fijo*.

Por esa razón, hay motivos suficientes para considerar que, en el caso que nos atañe, el transcurso del plazo para resolver el recurso de alzada no pudo producir el efecto estimatorio previsto por los arts. 24.1-3 y 122.2 LPAC'15, precepto este último que se remite expresamente al art. 24-1-3 LPAC'15 y que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, solo atribuye sentido estimatorio a la falta de resolución del recurso de alzada cuando este recurso se interpone contra la previa desestimación presunta de una solicitud inicial formulada con arreglo a un procedimiento reconocido por el ordenamiento jurídico.

2. Sea como fuere, en el caso presente ha tenido lugar una circunstancia adicional, consistente en que la propia Consejería consultante, al considerar que, con su actuación, había estimado, por silencio, la reclamación del interesado, procedió a expedir, en favor del mismo, una “*certificación de acto presunto*”, fechada el 22 de marzo de 2018, declarando estimada, por silencio, aquella inicial reclamación.

Pues bien, la propia expedición de ese certificado, y su contenido material, constituyen una actuación administrativa -si se quiere *positiva* o *activa*- que, por erróneo que sea ese contenido, vendría a declarar, en favor del interesado, una posición jurídica determinada.

3. Como consideración general, debe recordarse que, ciertamente, el silencio administrativo positivo no puede servir para adquirir derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico ni constituir un medio para “*conseguir lo prohibido manifiestamente por la Ley*” (por todas, STS 3ª, de 3 de marzo de 1987).

Cuestión distinta es que, una vez producido el acto administrativo por silencio positivo, si, efectivamente, dicho acto es contrario a Derecho, su expulsión de la vida jurídica deba producirse, necesariamente, a través de alguno de los medios de revisión de actos administrativos contemplados, en la actualidad, por la LPAC'15; es decir, bien mediante los recursos administrativos (arts. 112 y ss LPAC'15); o bien poniendo en juego las técnicas de revisión de oficio que procedan (cfr, arts. 106 y ss LPAC'15), en función de los efectos del propio acto (favorables o desfavorables al interesado) y de la entidad de los vicios que le aquejen (de nulidad, de anulabilidad, o de otra naturaleza).

4. En este caso, resultaba procedente, sin duda, iniciar el expediente revisor tramitado por la Consejería consultante, si bien debe aclararse que, en puridad, este procedimiento no se dirige tanto contra una supuesta estimación por silencio de la reclamación del interesado; sino, más bien, contra la declaración, por medio de la “*certificación de acto presunto*” de 22 de marzo de 2018, de que tal estimación se había

producido. Decimos esto porque el acto que podemos llamar “certificado” es, como hemos razonado, inexistente; pero el acto que podemos llamar “certificante”, al declarar una situación jurídica individualizada, genera una apariencia jurídica que debe ser eliminada mediante la revisión de oficio. A tal declaración nos referiremos en el cuerpo de este dictamen, aunque por razones de brevedad, la identifiquemos como acto presunto o acto cuya revisión se pretende.

En cualquier caso, el objeto de este dictamen es analizar si en la referida actuación administrativa concurre alguna de las causas de nulidad de pleno Derecho que habrían de conducir a revisarla de oficio y a declarar su nulidad, cuestión que abordaremos analizando, separadamente, los diferentes efectos jurídicos que reconoce al interesado.

#### **Cuarto**

##### **Nulidad de pleno Derecho del acto presunto, en cuanto que reconoce al interesado la condición de *personal funcionario indefinido no fijo*.**

##### **1. El reconocimiento al interesado de la condición de *personal funcionario indefinido no fijo*.**

Como hemos señalado, uno de los efectos que vendría a producir el acto presunto cuya revisión se pretende es el de reconocer al interesado la *condición jurídica* de *personal funcionario indefinido no fijo*. Para comprender adecuadamente la naturaleza del vicio que aqueja a esa declaración jurídica, es preciso tomar como punto de partida dos premisas:

**A)** La primera es que, conforme a los arts. 23.2 y 103.3 CE, el estatuto de los funcionarios públicos es un régimen normativo de *configuración legal*, como también lo es el derecho fundamental de acceso a las “*funciones y cargos públicos*”. Pues bien, en su vigente configuración legal, el estatuto de la función pública no contempla la condición o la categoría jurídica de *personal funcionario indefinido no fijo*.

**B)** La segunda es que los principios de legalidad de la actuación administrativa y de “*sometimiento pleno*” de la Administración “*a la ley y al Derecho*” (arts. 9.1, 9.3 y 103.1 CE), no han de entenderse solamente como una vinculación *negativa*, que impida a la Administración pública hacer aquello que la Ley prohíbe; sino que entrañan también una vinculación *positiva*, en cuya virtud la Administración pública sólo puede hacer aquello para lo que el ordenamiento jurídico le habilita. Y, por ello, en el caso presente, la Administración autonómica carece de habilitación normativa para atribuir a una persona la condición jurídica, inexistente en el estatuto de la función pública, de *personal funcionario indefinido no fijo*.

C) En los siguientes apartados 2 y 3 desarrollaremos estas ideas con más amplitud. También anticipamos ya que, de esas dos premisas, se extrae, a juicio de este Consejo, que el acto cuya revisión se pretende, en cuanto que atribuye al interesado la condición de *personal funcionario indefinido no fijo*, incurre en la causa de nulidad radical prevista por el art. 47.1.b) LPAC'15, tal como exponemos en el apartado 4 de este FJ.

**2. El estatuto de los funcionarios públicos es un régimen normativo de configuración legal que no contempla la categoría de *personal funcionario indefinido no fijo*.**

A) El art. 103.3 CE dispone que “*la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo a los principios de mérito y capacidad*”; y, a su vez, el art. 23.2 CE reconoce a los ciudadanos el “*derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”.

Por su parte, el art. 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las “*bases del régimen estatutario*” de los funcionarios públicos; lo que supone, correlativamente, que el legislador autonómico podrá desarrollar aquellas bases cuando la CA correspondiente haya asumido tal competencia de desarrollo legislativo en virtud de su respectivo Estatuto de Autonomía; así sucede, desde luego, con la CAR (art. 31.5 EAR'99). En definitiva, la CE confía al legislador ordinario (estatal y autonómico, según el expuesto orden constitucional de reparto de competencias) la regulación del régimen normativo de la función pública, sin perjuicio, como veremos, de la posible colaboración reglamentaria.

B) Al establecer ese régimen normativo de la función pública, el legislador configura un auténtico *estatuto jurídico*; de suerte que quienes acceden a la función pública (previa la superación de los oportunos procedimientos selectivos; acto de nombramiento; y toma de posesión, que a su vez actúa como un *acto condición*), aceptan voluntariamente incorporarse a una *condición jurídica* (la de funcionario público), cuyo contenido está, unilateral y objetivamente, predeterminado por el propio legislador, que puede modificar sobrevenidamente el contenido de ese estatuto, sin más límites que el respeto a los derechos ya adquiridos por los funcionarios (por todas, STC 99/1987 o STS3ª, de 23 de febrero de 1996, RC 1194/1990).

En el ejercicio de esa habilitación constitucional y siendo respetuoso con los límites y contornos definidos por la CE, corresponde al legislador disciplinar, entre otros aspectos: las clases o tipos de funcionarios públicos, los Cuerpos y Escalas en que se ordena la función pública, los requisitos de acceso a la función pública, los derechos y deberes de los funcionarios o las situaciones administrativas en que estos pueden hallarse. Estas ideas las ha expresado, con precisión, la STC 99/1987, cuyo FJ3º C razona que:

*“En el primer inciso de su art. 103.3, la CE ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o «régimen estatutario», por emplear la expresión que figura en el art. 149.1.18 CE. Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas, pues habiendo optado la CE por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la CE le encomienda”.*

En la misma línea, la STC 47/1990 destaca la “directa conexión” entre el art. 23.2 y el art.103.3 CE y afirma que:

*“En lo que atañe al acceso a cargos y funciones en la Administración pública, la remisión a las leyes que efectúa el art. 23.2 CE debe ponerse en relación con lo que al respecto se establece en el art. 103 CE, particularmente en su apartado 3” (si bien recuerda que) “según señalamos en la STC 99/1987, no puede afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley presente en el art. 103.3 CE impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión legislativa al reglamento”.*

En definitiva, conforme a los arts. 103.3 y 23.2 CE, corresponde al legislador (sin perjuicio de la posible colaboración reglamentaria) determinar, entre otros aspectos del régimen estatutario de los funcionarios públicos, los propios requisitos de acceso a la función pública, las situaciones en que pueden hallarse los funcionarios públicos, y los derechos y obligaciones de quienes hayan accedido a tal condición. Naturalmente, ello comporta también la determinación, por el legislador, de las clases, tipos o categorías de funcionarios públicos, o de los supuestos en que puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública.

C) En la actualidad, el ejercicio de ese mandato constitucional se ha materializado, por el legislador, mediante la aprobación del vigente EBEP'15; que acomete la normación de aquellos aspectos que, de acuerdo con el art. 103.3 CE, conforman el estatuto de la función pública y quedan confiados a su regulación por el legislador ordinario. Por su

parte, el legislador autonómico riojano ha hecho uso de la competencia que le atribuye el art. 31.5 EAR '99, aprobando la LFR '90.

**D)** Como es sabido, el art. 8.2 EBEP'15 establece las siguientes clases de empleados públicos: “a) *funcionarios de carrera*; b) *funcionarios interinos*; c) *personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal*; d) *personal eventual*”. Por tanto, el EBEP'15, sólo contempla dos categorías o clases de funcionarios públicos: los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos:

-Conforme al art. 9.1 EBEP'15, son funcionarios de carrera aquellos que, “*en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”.

-Conforme al art. 10.1 EBEP'15, son funcionarios interinos “*los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna*” de las circunstancias que enumera el precepto.

La LFR '90 contempla las mismas clases de personal al servicio de la CAR (art. 3.1 LFR '90); y, en el ámbito de la función pública, las mismas dos clases de funcionarios públicos, de carrera e interinos, cuyas notas definitorias son idénticas a las de la legislación estatal (arts. 3.2 y 4 LFR '90).

A diferencia de los funcionarios de carrera, cuya relación de servicio con la Administración es “*de carácter permanente*” (art. 9.1 EBEP'15), la nota de la permanencia no concurre en el caso de los funcionarios interinos, ya que su cese se producirá, “*además de por las causas previstas en el art. 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento*” (art. 10.3 EBEP'15). En parecidos términos, el art. 4 LFR '90 recoge también la nota de la temporalidad en la prestación de servicios, propia de la condición jurídica de los funcionarios interinos.

**E)** En fin, en coherencia con la determinación de esas dos clases o categorías de funcionarios públicos, el EBEP'15 regula los aspectos principales del régimen jurídico de una y otra. Así, por ejemplo, respecto a los interinos: la propia naturaleza de la relación de servicio que media entre ellos y la Administración (art. 10 EBEP'15), los principios que rigen los procedimientos selectivos previos a su nombramiento (art. 10.2 y 60.2 EBEP'15), las causas de cese (art. 10.3 EBEP'15), su régimen retributivo (art. 25 EBEP'15), estableciéndose también una remisión al régimen general de los funcionarios de carrera, que “*les será aplicable en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*”.

F) Por el contrario, el EBEP'15 no contempla ni prevé, entre las clases del personal al servicio de las Administraciones públicas, la de *personal funcionario indefinido no fijo*; y tampoco lo hacen, naturalmente, ninguna de sus disposiciones de desarrollo; ya se trate del desarrollo *reglamentario* acometido por el propio Estado; o del desarrollo *legislativo* verificado, en el ámbito concreto de la CAR, por la LFR'90.

Es evidente, por tanto, que esas normas tampoco determinan cuál sea el contenido del estatuto jurídico de esa inexistente categoría, los requisitos que hayan de cumplirse o los procedimientos que deban tramitarse para que una persona acceda a esa condición jurídica, o los derechos o deberes que tal condición atribuya a aquellos a quienes se les reconozca.

G) La de *personal funcionario indefinido no fijo* es, en suma, una categoría inexistente en nuestro Derecho positivo de la función pública.

### **3. Los arts. 9.1, 9.3 y 103.1 CE proclaman la vinculación *positiva* de la Administración pública a la Ley y al Derecho.**

Como ha señalado nuestra mejor doctrina, los arts. 9.1, 9.3 y 103.CE, al constitucionalizar los principios de legalidad de la actuación administrativa, y de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, han incorporado decididamente al ordenamiento español la doctrina de la *vinculación positiva* de la Administración a la legalidad (*positive bindung*, en la tradición jurídica alemana).

Conforme a esa doctrina, en síntesis, el Derecho objetivo no es, para la Administración, un mero límite *externo*, que señale, hacia afuera, una zona de prohibición, pero dentro de la cual la actuación administrativa pueda desplegarse libre y arbitrariamente. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera *positiva*, toda actuación administrativa, pues esta no será válida si no cuenta con la cobertura de una previa norma habilitante, con la que, además, aquella actuación debe ser conforme. Expresión de esta doctrina es, también, el vigente art. 34.2 LPAC'15, a cuyo tenor “*el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos*”.

En palabras de la STS 3ª de 3 de enero de 1979 (RC 304.362 y acumulados), “*el Derecho objetivo, no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que, en todo caso, debe ajustarse*”. Esta misma idea la ha reiterado, más recientemente, la STS 3ª de 23 de junio de 2003 (RC 2829/2001), al añadir que:

“*Como es sabido, la explicación de la legalidad administrativa según la doctrina de la vinculación positiva (positive bindung) supone que la Administración actúe en virtud de potestades*

*previamente atribuidas por el ordenamiento jurídico. Ningún poder jurídico se concibe sin la previa habilitación normativa, de manera que, si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente atribuidas para ello por la legalidad vigente, debe proceder a una innovación normativa para el reconocimiento de potestad con la que poder actuar. En este sentido, el principio de legalidad se entiende como el sometimiento de toda la actuación administrativa a una regla general y abstracta previa, que puede ser tanto la ley como la propia norma de la Administración".*

Aplicando estos principios al caso que nos ocupa, podemos concluir que la Administración autonómica no estaba habilitada por norma previa alguna (ni legal, ni reglamentaria) para dictar un acto administrativo (ya fuera expreso o presunto) que atribuyera al interesado la condición jurídica de *personal funcionario indefinido no fijo*; y ello en la medida en que el ordenamiento jurídico no contempla esa categoría o condición, por lo que mal puede facultar a la Administración para dictar un acto administrativo singular cuyo contenido dispositivo (el reconocimiento de esa inexistente condición en favor de un interesado) no ha sido previsto por el Derecho objetivo como consecuencia jurídica anudada a la producción de ningún supuesto de hecho.

Como puede verse, no se trata aquí de que la Administración haya reconocido erróneamente una condición jurídica que *estuviera previamente regulada* por el Derecho (piénsese en la de funcionario de carrera o en la de funcionario interino) a quien carecía de los requisitos para ello; lo que, en su caso, obligaría a analizar la entidad de esos requisitos (esenciales o no), para enjuiciar la naturaleza del vicio (de nulidad o mera anulabilidad, arts. 47.1.f) y 48.1 LPAC'15) en que estaría incurso tal acto administrativo.

El escenario que plantea la Consejería consultante es muy distinto, pues, en el presente caso, el acto cuya revisión se pretende ha declarado, en favor del interesado, una posición o situación jurídica que el Derecho positivo, sencillamente, no ha prestablecido como efecto posible de la aplicación de ninguna norma previa que habilitase a la Administración a dictar ese acto.

#### **4. Al haberse dictado sin una previa habilitación normativa, el acto cuya revisión se pretende es nulo de pleno Derecho, al amparo del art. 47.1.b) LPAC'15.**

A) Conforme al art. 47.1.b) LPAC'15, son nulos de pleno Derecho los actos "*dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*"

Este precepto (que tiene sus antecedentes normativos en el art. 62.1.b) LPAC'92 y en el art. 47.1.a) LPA'58) ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia en un sentido más amplio que el resultante de su tenor literal, y extendiéndolo, no sólo a aquellos supuestos en que un órgano administrativo carece de competencia, por venir ésta

atribuida a otro distinto; sino también, y con mayor motivo, a aquellos otros en que la propia Administración pública (persona jurídica) en cuya estructura se inserta aquel órgano, carece de norma previa que le habilite para realizar una determinada actuación administrativa.

Y es que, si la competencia administrativa es la medida de la potestad atribuida a cada órgano, no puede haber competencia si no hay una previa potestad que repartir o atribuir. En tal sentido, son ilustrativos el DCE de 9 de julio de 1960, o la STS 3ª, de 26 de enero de 1981. Esta última señala que *“ninguna autoridad puede realizar un acto válido en virtud de poderes que ella misma se haya dado, de lo que se infiere que, si no existe una norma que respalde una determinada actividad administrativa, se está en presencia de una actuación por órgano manifiestamente incompetente”*.

**B)** Como no puede ser de otro modo, esta interpretación extensiva del actual art. 47.1.b) LPAC'15 encuentra su fundamentación última en el principio de *vinculación positiva* de la Administración a la legalidad. Así lo ha subrayado la STS 3ª, de 23 de junio de 1993 (Rec. Ap. 9292/1990), al señalar que:

*“A partir de las exigencias del principio de legalidad (art. 9.3 CE), del que es una de sus derivaciones la sumisión plena de la Administración pública al Derecho (art. 103.1 CE), ha de entenderse que las competencias de los órganos de ésta no pueden ser algo ambiguo e ilimitado, derivado de una genérica posición de supremacía ..., sino que se precisa una norma atributiva concreta, sin la cual la auto-atribución, por vía de hecho, de una competencia no prevista en la norma puede entenderse como generadora de la nulidad de pleno Derecho establecida en el art. 47.1.a) LPA'58 (este precepto era el aplicable al caso, y luego fue reproducido por el art. 62.1.b LPAC'92 y, después, por el vigente art. 47.1.b LPAC'15)”*.

**C)** Sin duda, también concurre la causa de nulidad del art. 47.1.b) LPAC'15 en aquellos casos en que la Ley ha negado, formal y expresamente, a la Administración la *potestad* para un determinado actuar o, si se prefiere, *jurisdicción*, entendida en un sentido lato, como poder atribuido por el Derecho a un órgano, sea legislativo, administrativo o judicial, para regular o declarar situaciones jurídicas.

Así sucede, en un ámbito material muy próximo al que nos ocupa, con el personal laboral de las Administraciones públicas, pues la DA 34ª.2 LPG'17, prohíbe, expresamente, a las Administraciones públicas, atribuir, por sí mismas, a sus empleados laborales, la condición de *personal laboral indefinido no fijo*, al establecer que:

*“Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas... velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato temporal, ni a personal de empresas que, a su vez, tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”*.

**D)** Pero, sin necesidad siquiera de esa prohibición legal expresa (que en el ámbito laboral se justifica porque existe la categoría normativa del *personal laboral por tiempo indefinido* de las Administraciones públicas, conforme al art. 8.2.c EBEP'15); en el ámbito de la función pública, la falta de competencia manifiesta deriva, como hemos señalado, de la mera inexistencia de norma que configure, *ex ante*, la figura del *personal funcionario indefinido no fijo* y que, por tanto, atribuya, a la Administración, el poder jurídico de reconocer, a un interesado, esa inexistente condición.

**E)** En suma, a criterio de este Consejo Consultivo, el acto administrativo presunto cuya revisión se pretende, al estimar la solicitud del interesado de ser declarado *personal indefinido no fijo*, es nulo de pleno Derecho por incurrir en la causa de nulidad prevista por el art. 47.1.b) LPAC'15.

## Quinto

### **Análisis de las alegaciones del interesado a la luz de la jurisprudencia, comunitaria y nacional, relativa a la Dva 70/1999 y al estatuto jurídico de los funcionarios interinos docentes.**

#### **1. Planteamiento general.**

Las consideraciones realizadas en el FJ anterior y la conclusión en él alcanzada pretenden dar respuesta a la cuestión planteada por la Consejería consultante; a saber: si el *acto administrativo objeto de revisión* es o no nulo de pleno Derecho conforme al art. 47 LPAC'15, cuestión que este Consejo estima debe que responderse afirmativamente, dado que, según se ha expuesto, el principio de vinculación positiva de la Administración pública a la legalidad impedía a la referida Consejería adoptar válidamente una decisión jurídica, como la que entraña el acto presunto analizado, para la que no está habilitada por una norma previa.

Cosa diferente es la suerte que una *pretensión procesal* de contenido idéntico al de la solicitud del interesado podría correr, si fuese *deducida ante un órgano judicial* en un eventual recurso contencioso administrativo. En relación con esa hipótesis, este Consejo Consultivo no puede pronunciarse dado que, en definitiva, el contenido del fallo judicial dependería siempre del ejercicio que hiciera de su potestad jurisdiccional el Juez o Tribunal que hubiera de conocer de un proceso que tuviera por objeto tal pretensión (arts. 106.1 y 117.3 CE, 9.4 LOPJ'85 o 1.1 y 31 y ss LJCA'98).

Ello no obstante, lo cierto es que el interesado funda su solicitud en la invocación de diversas SS del TJUE, dictadas en interpretación de la Dva 70/1999, sobre la aplicación del ACM. Por ello, este Consejo Consultivo considera oportuno analizar la jurisprudencia, tanto comunitaria como nacional, atinente a la forma en que el ACM incide en el ámbito

específico de la función pública (y aún más, en el de la función pública docente). De ese examen, resultará, como de seguido veremos, que la petición del interesado tampoco está respaldada por los criterios fijados sobre la materia por los órganos jurisdiccionales.

## **2. El ACM aplicado por la Dva 70/1999.**

A) Según el Preámbulo de la Dva 70/1999, el ACM: i) “*establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas*”; y ii) “*ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores*”.

B) En particular, las Cláusulas 4ª y 5ª ACM regulan el “*principio de no discriminación*” y mandatan a los Estados miembros a adoptar “*medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*” de contratos o relaciones laborales de duración determinada, con el siguiente tenor:

### **-Cláusula 4 (Principio de no discriminación)**

1. *Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada, de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.*

2. *Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis.*

3. *Las disposiciones para la aplicación de la presente Cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los Convenios colectivos y las prácticas nacionales.*

4. *Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengam justificados por razones objetivas.*

### **-Cláusula 5 (Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva)**

1. *A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán, de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:*

a) *Las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*

b) *La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*

c) *El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

2. *Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán "sucesivos"; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".*

C) Como ha señalado la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-197/15, *Martínez y Castrejana*), entre otras, en su apartado 35:

*"La cláusula 5 del ACM, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros, en su apartado 1, la adopción, efectiva y vinculante, de, al menos, una de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes".*

En definitiva, el ACM obliga a los Estados miembros a prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal, o bien mediante la adopción de una o más de las *medidas típicas* enumeradas en la Cláusula 5.1, o bien mediante la adopción de *medidas legales equivalentes* que corresponde determinar a los propios Estados miembros, como de seguido veremos.

### **3. La jurisprudencia comunitaria relativa, en general, a la aplicación del ACM al personal de las Administraciones públicas.**

A) El TJUE ha tenido ocasión de interpretar las Cláusulas 4ª y 5ª ACM en numerosas Sentencias, dictadas en respuesta a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en relación a la conformidad, con dicho ACM, de disposiciones normativas nacionales atinentes al personal al servicio de las Administraciones públicas. Así, las SS TJUE, de 3 de julio de 2014 (C-362/13, 363/13 y 307/14, *Fiamingo* y otros); de 26 de noviembre de 2014 (C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, *Mascolo* y otros); y de 14 de septiembre de 2016, dictadas en los asuntos C-16/15 (*Pérez López*); C-184 y 197/15 (*Martínez y Castrejana*); C-596/14 (*De Diego Porras*). Estos pronunciamientos son analizados, pormenorizadamente, por el Letrado del Gobierno de La Rioja en su informe de 5 de octubre de 2018, al que, en aras a la brevedad, nos remitimos. No obstante, de esos fallos resultan, en lo que afecta al caso que nos ocupa, los siguientes criterios fundamentales:

-Que no toda sucesión de contratos o relaciones de servicios tiene necesariamente un carácter abusivo, sino que esta es una cuestión que ha de apreciarse, en cada caso concreto, por el Juez nacional, como es, en los casos analizados por las SS, por el órgano judicial que planteó la cuestión prejudicial (SS TJUE *Pérez López*, apartado 61; y *Martínez y Castrejana*, apartado 45);

-Que *“aunque el Derecho de la UE establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del ACM”* (STJUE *Martínez y Castrejana*, apartado 36).

-Que *“la Cláusula 5 del ACM no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la Cláusula 5, apartado 2, del ACM deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido”* (STJUE *Martínez y Castrejana*, apartado 39.)

-Que, por ello, *“la Cláusula 5 del ACM no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público”; ni a que “la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal”* (STJUE *Martínez y Castrejana*, apartados 40 y 48.)

-Que lo que se opone al ACM es *“que una norma nacional... sea aplicada por los Tribunales del Estado miembro... de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar”* (STJUE *Martínez y Castrejana*, apartado 54).

Al respecto, es importante recordar que esta STJUE de 14 de septiembre de 2016 da respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas (en relación con el personal estatutario del Servicio Vasco de Salud y con un funcionario interino, no docente, del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz) por la SCA del TSJ del País Vasco (en Autos de 9-3-2015), que era el órgano judicial nacional remitente, el cual (como recoge la STJUE en sus apartados 46 y 47): *“...estima que existe una medida eficaz contra el abuso*

*resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del TS ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo (y que) en cambio, comoquiera que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal”.*

-Que por tanto, supuesto que, en relación con personal vinculado a la Administración por una relación de Derecho Administrativo, se acepte la existencia de una utilización abusiva de contratos temporales, y se acepte también la inexistencia de una “*medida equivalente y eficaz de protección*”, “*la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el ACM*” (STJUE *Martínez y Castrejana*, apartado 53).

-Que, en cualquier caso, la Dva 70/1999 deja a los Estados miembros un amplio margen para determinar las medidas encaminadas a cumplir los fines del ACM y prevenir los abusos en la contratación temporal, pues, conforme a los apartados 75 y 76 de la STJUE *Mascolo*: i) “75. Los Estados miembros disponen, a este respecto, de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha Cláusula, o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores (véase la STJUE *Fiamingo* y otros, C:2014:2044, apartado 59, y jurisprudencia citada)”;

ii) “76. De ese modo, la Cláusula 5, punto 1, del ACM asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles, sin embargo, la elección de los medios para alcanzarlo, mientras no ponga en peligro el objetivo o el efecto útil del ACM (STJUE *Fiamingo* y otros, C:2014:2044, apartado 60).

**B) En definitiva, frente a lo que parece aducir el interesado:**

-No es cierto que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, la sucesión de relaciones de duración de temporal sea necesariamente abusiva; dado que esa es una cuestión que ha de apreciar, en cada caso concreto, el Juez nacional.

-Corresponde al Estado miembro la determinación de las medidas a adoptar, para cada tipo de personal, con el fin de prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal; medidas que pueden ser las *típicas* enumeradas por la Cláusula 5.1, o bien otras *medidas legales equivalentes*, siempre que sean eficaces y aptas para garantizar el objetivo o efecto útil del ACM.

-Incluso cuando se constate existencia de esa utilización abusiva, corresponde también a los órganos del Estado miembro determinar las medidas encaminadas a sancionar ese abuso; sin que el ACM imponga, de modo necesario o automático, que, en el caso de personal vinculado con las Administraciones públicas por relaciones de servicio de carácter administrativo, esas medidas hayan de consistir, necesariamente, en la conversión de ese personal en *indefinido no fijo*.

-Esa “*podría ser una medida apta*”, pero no es la única que podría adoptar el Estado miembro, ni debe considerarse que, en todo caso y para cualquier tipo de personal, constituya una consecuencia automática de la utilización abusiva de contratos temporales.

#### **4. La jurisprudencia, nacional española, relativa, en particular, al personal funcionario interino.**

A) En coherencia con estos criterios, la STS 3ª de 26 de septiembre de 2018 (RC 1305/2017), resuelve el recurso de casación planteado contra la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016.

Esta última Sentencia había sido dictada, precisamente, en el seno de uno de los procedimientos (RA 735/2013) en los que la SCA de dicho TSJ había planteado (por Autos de 9-3-2015), las cuestiones prejudiciales (C-184/2015 y 197/15, concretamente esta última), a las que dio respuesta la antes citada STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Martinez y Castrejana*.

Pues bien, la precitada STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016 había reconocido al funcionario interino recurrente la condición de “*personal indefinido no fijo*”, y ello por considerar que “*la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el orden jurisdiccional social*”.

Dicha STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016 fue recurrida en casación por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz ante la Sala 3ª del TS, la cual admitió a trámite el recurso (por Auto de 13 de junio de 2017) en el que identifica como primera de las cuestiones que tenían interés casacional para justificar la admisión del recurso, la siguiente:

“*Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de quien suscribió, primero, un contrato laboral de duración determinada, y después fue nombrado y vuelto a nombrar funcionario interino, debe, de conformidad con la STJUE de 14 de septiembre de 2016 ( dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), adoptarse, como única solución jurídica aplicable, la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando, de forma analógica, la jurisprudencia del orden social; o bien, si cabe afirmar que, en nuestro ordenamiento*

*jurídico, existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación”.*

Es importante advertir que, en el supuesto de hecho a que da respuesta la STS 3ª de 26 de septiembre de 2018, se parte una triple constatación: efectivamente había existido utilización abusiva de la contratación temporal (F.J.12), no existían razones objetivas que justificaran la sucesión de relaciones de servicios (F.J.13) y la Administración empleadora había omitido la adopción de las “*medidas legales equivalentes*” a que se refiere la Cláusula 5.1 del ACM (F.J.14).

**B)** Pues bien, la reiterada STS 3ª de 26 de septiembre de 2018 estimó parcialmente el recurso de casación, ya que, según concluye:

*“Ante aquella constatación, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 EBEP’07 y hoy en el mismo precepto del EBEP’15”.*

**C)** En definitiva, aun en el supuesto de que concurran la utilización abusiva de la temporalidad en la prestación de servicios y la omisión de medidas legales equivalentes (que es el caso planteado por la STS 3ª de 26 de septiembre de 2018), la consecuencia no habrá de ser (por aplicación analógica de la jurisprudencia laboral) la conversión del *personal funcionario interino* en *personal indefinido no fijo*; sino otra diferente: la aplicación de las previsiones del propio art. 10.1 EBEP’15, lo que supone que subsistirá y continuará la relación de empleo mientras la Administración no dé cumplimiento a esas previsiones.

## **5. La Jurisprudencia comunitaria relativa, en particular, a los funcionarios interinos docentes.**

**A)** En el ámbito concreto de la *función pública interina docente*, la reciente STJUE de 21 de noviembre de 2017 (C-245/17, *Viejobueno y de la Vara*) da respuesta a varias cuestiones prejudiciales, planteadas por la SCA del TSJ de Castilla la Mancha (por Auto de 19 de abril de 2017), en relación con conformidad con el ACM de la extinción de las relaciones de servicio de los funcionarios interinos docentes y con los efectos de esa extinción.

La primera de esas cuestiones prejudiciales es “*si la finalización del período lectivo del curso escolar puede considerarse una razón objetiva que justifique un diferente trato a los precitados funcionarios docentes interinos respecto de los funcionarios docentes fijos*”.

**B)** Para dar respuesta a esa cuestión, el TJUE, analiza la especial naturaleza del vínculo con la Administración que tiene el personal funcionario interino de conformidad con el art. 10 EBEP'15, y con la normativa autonómica en materia de personal (arts. 7 a 9 de la Ley castellano-manchega 4/2011, preceptos en todo semejantes a los arts. 3 y 4 de la LFR'90); así como las concretas circunstancias que justifican el cese de los funcionarios interinos docentes cuando concluye el curso lectivo. Pues bien, de ese examen, la citada STJUE concluye que el ACM:

*“no se opone a una normativa nacional que permite a un empleador extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico por el hecho de que, en esa fecha, ya no se dan las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento, mientras que se mantiene la relación de servicio por tiempo indefinido de los docentes que son funcionarios de carrera”.*

**C)** Y ello, en la medida en que, en este caso, según razona la misma STJUE (en sus apartados 41 a 44):

*“41. (...) a diferencia del asunto que dio lugar a la jurisprudencia mencionada en el apartado 38 de la presente sentencia, en el asunto principal la diferencia de trato invocada deriva únicamente del hecho de que la relación de servicio de los interesados finalizó en una fecha determinada, mientras que la de los docentes que eran funcionarios de carrera se mantuvo después de dicha fecha.*

*42. Pues bien, tal circunstancia constituye la característica fundamental que distingue una relación de servicio de duración determinada de una relación de servicio por tiempo indefinido.*

*43. En efecto, el hecho de que, en la fecha de finalización de las clases, no se extinga la relación de servicio de los docentes que son funcionarios de carrera o de que esta relación no se suspenda es inherente a la propia naturaleza de la relación de servicio de estos empleados. En efecto, éstos están llamados a ocupar una plaza permanente, precisamente porque su relación de servicio es por tiempo indefinido.*

*44. En cuanto a las relaciones de servicio de duración determinada, como las de los interesados, se caracterizan, en cambio, como se desprende de la Cláusula 3, apartado 1, del ACM, por el hecho de que el empleador y el empleado acuerdan, cuando se inicia la relación, que esta se extinguirá cuando se produzca una circunstancia fijada de manera objetiva, como la finalización de una tarea determinada, el advenimiento de un acontecimiento concreto o, incluso, una fecha concreta”* (véanse, en este sentido, las SS de 5 de junio de 2018, *Grupo Norte Facility*, C-574/16, C:2018:390, apartado 57, y *Montero Mateos*, C-677/16, C:2018:393, apartado 60).

## **6. Pronunciamientos, de órganos judiciales radicados en La Rioja, relativos, en particular, a la situación de los funcionarios interinos docentes de la CAR.**

**A)** Como hemos señalado en los Antecedentes de Hecho, obra en el expediente la SJCA 2 LO de 26 de septiembre de 2017 (PA 83/2017), que desestimó las pretensiones, formuladas por otro funcionario interino docente de la CAR, de que se transformase su relación de servicio *“en un nombramiento de interinidad indefinido en el mismo Cuerpo,*

*Especialidad y destino*”, y se declarase nulo un acto de la Consejería actuante por el que se dispuso, como fecha de cese, el 31 de agosto de 2017.

**B)** El mismo criterio, en un asunto idéntico, ha observado la SJCA 1 LO, de 11 de julio de 2017 (PA 1951/2016), al desestimar las pretensiones del demandante de ese recurso.

**C)** Los criterios de estas SS de instancia han sido confirmados, en vía de apelación, entre otras, por la S. de la SCA del TSJ de La Rioja de 11 de enero de 2018 (RA 155/2017).

**D)** Las SS citadas resultan sumamente relevantes, a nuestro juicio, porque, más allá de consideraciones genéricas, examinan casuísticamente la situación específica de los funcionarios interinos docentes en la CAR; y analizan, para ello, la normativa autonómica específica que, en el marco de la estatal, concreta y pormenoriza el régimen jurídico aplicable a este colectivo.

Y es que, tanto la STS 3ª de 19 de febrero de 2015 (RC 394/2013), como la de la SCA de la AN de 6 de abril de 2017 (recurso 7/2017, que cita a aquella, y, a su vez, es citada por las expresadas SS de los dos JCA de Logroño) han recordado reiteradamente que el ACM impone la necesidad de hacer un análisis de las concretas y singulares circunstancias de cada sector de actividad, y de la normativa concreta que resulte aplicable a ese sector, al señalar que:

*“La jurisprudencia del TJUE que hemos citado, toda ella y acusadamente esta STUE Mascolo y otros que acabamos de ver, al igual que el propio tenor del apartado 1 de la Cláusula 5, cuando exige tener en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, ponen de relieve, sin duda, que la decisión de los litigios en que se invoca la vulneración de aquella cláusula ha de descansar, no sólo en consideraciones de índole general, sino, más bien o ante todo, en las circunstancias concretas y singulares que caractericen la actividad de que se trate y en la forma o modo en que la normativa nacional haya llegado a prever ahí la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”.*

**E)** Pues bien, en síntesis, estas Sentencias (a las que nos remitimos, en aras a la brevedad) afirman:

*-Que no se advierte una utilización abusiva, por la CAR, de la figura de los funcionarios interinos docentes, ni una suerte fraude de ley que pretenda obtener, mediante esta figura, la cobertura de puestos de trabajo que sean realmente de naturaleza estructural y que, conforme al art. 70 EBEP'15, deban ser incluidos en la OEP. En tal sentido, véase el FJ 2 de la SJCA 2 LO de 26 de septiembre de 2017, que razona que:*

*“Se cita el art 70 EBEP’15, y ha de entenderse que se trataría de la norma cuya elusión se pretende a través de la concatenación de nombramientos. Lo cual implica que se presupone que la plaza ocupada por el actor es estructural y ha de salir en la OEP. El art 70 EBEP’15 regula la OEP y marca un plazo improrrogable de 3 años para desarrollar la ejecución de la OEP. No se comparte la hilazón precisa y automática que la recurrente establece entre OEP y nombramientos sucesivos temporales. Y es que la oferta de plazas, el desarrollo de procesos selectivos, el cumplimiento de los plazos en ejecución de la OEP tal y como marca en el EBEP’15 no eliminaría la necesidad de nombramientos temporales y tampoco la necesidad de nombramientos sucesivos en determinadas plazas; pues, entre otras eventualidades, puede suceder que no se cubran, aun habiendo sido ofertadas; y que no se cubran determinadas plazas y haya de acudir a nombramiento temporales, es una consecuencia insoslayable si lo que se pretende es garantizar el servicio público educativo.*

*Este JCA 2 LO ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre los denominados "ceses de verano" en numerosos procedimientos (PA 65-14, 97-14 entre otros muchos). En todos ellos, se pretendía por los docentes recurrentes, que los nombramientos temporales se prolongan hasta el 31 de agosto y no que finalizasen el 30 de junio. Este JCA 2 LO no acogió las pretensiones de los actores, dado que los nombramientos temporales respondían a la realización de programas de ejecución temporal. Entonces no se atisbó fraude o desviación de poder, dado que el servicio público docente debía prestarse en todo caso, y las necesidades docentes se desenvolvían en el periodo temporal en que se efectuaron los nombramientos.*

*En aquellas Sentencias se hacían algunas consideraciones como las siguientes (PA 97-14): a mayor abundamiento, se comparte la alegación de la Administración educativa sobre el incontrovertido carácter temporal de los servicios prestados por el profesorado interino en coherencia con un hecho, a criterio de este JCA 2 LO incuestionable, como es la consideración del servicio público educativo, concretado en el curso escolar como un programa de carácter temporal al que se refiere el art 10 EBEP’15.*

*Y, en este sentido, cobra, la adopción de la medida acordada por la Administración educativa, pleno sentido, al amparo de lo dispuesto en el art 23.2 LPGE’12, que restringe el nombramiento de funcionarios interinos a los servicios, sectores prioritarios o que afecten al funcionamiento del servicios público esencial. En materia educativa, es obvio que lo esencial es la docencia efectiva; es decir la prestación del servicio a los alumnos en los meses lectivos. Y no, desde luego fuera de los mismos”.*

**-Que, en cualquier caso, frente a la concatenación de nombramientos, existe una “medida correctora” que debe considerarse, a los efectos del ACM, como una medida legal equivalente para prevenir la utilización abusiva de la temporalidad.**

Como explica el FJ 5 de la SJCA 2 LO de 26 de septiembre de 2017, esa “medida correctora” se encuentra en la Orden 3/2016; y consiste en que la propia inclusión de los funcionarios interinos docentes en las listas de interinos, y la cobertura, por ellos, de puestos de trabajo, les favorece, indudablemente, a los efectos de acceder a la función pública docente con la condición de funcionarios de carrera.

Esto es así porque, de conformidad con la DA 12ª LOE'06, “*el sistema de ingreso en la función pública docente será el concurso-oposición*”, pero, en la fase de concurso, se valorarán, entre otros méritos, “*la experiencia docente previa*”. A partir de ahí, es claro que un mayor tiempo de servicio entraña una mayor experiencia y, por tanto, una mayor puntuación en la fase de concurso. La SJCA 2 LO expresada razona, así, que:

*“En el caso de los docentes, como bien apuntó el Letrado de la CAR, la inclusión en las listas de interinos es, prácticamente, requisito insoslayable para acceder a la función pública docente con la máxima estabilidad: para lograr ser funcionario de carrera. Y ello, porque la DA 12ª LOE'06 establece el concurso oposición (con valoración de experiencia docente) como forma de acceso a la función pública docente. La Orden 3/2016, coherentemente, en el art 4, otorga la máxima puntuación (36/100 puntos) a la experiencia docente a la hora de valorar los méritos con que cuentan los profesores interinos. En Derecho español, por lo tanto, la forma de acceso a la función pública docente como funcionario de carrera, a través del sistema de concurso oposición, "cualifica", pone en valor, la experiencia docente instrumentalizada a través de nombramientos que no pueden ser sino de interinidad, con una duración variable. Y, así, dice la DA 12ª LOE'06 (que), el sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas (y), en la fase de concurso, se valorarán, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa...”*

*Esta previsión normativa actúa de medida correctora de la concatenación de nombramientos en la medida en que éstos tienen una proyección hacia la mayor estabilidad en el empleo. De los nombramientos de interinidad, nace la experiencia docente y ésta es valorada cualificadamente, preponderantemente, en el sistema de acceso a la función pública docente. La temporalidad en los nombramientos, se proyecta hacia el futuro y se convierte en esencial, en la clave para el acceso a la función pública docente como funcionario de carrera.*

*Por otro lado, la experiencia docente, dentro del marco de la regulación de la Orden 3/2016, actúa, a su vez, como un elemento de estabilidad al proporcionar antigüedad en las listas”.*

**F)** Por su parte, la S. de 11 de enero de 2018, de la SCA, del TSJ de La Rioja (RA 155/2017), incide en la naturaleza de *medida correctora* que ha de predicarse de la atribución de una mayor puntuación, en la fase de concurso de los procesos selectivos para el acceso a la función pública docente, a aquellas personas que, por haber sido funcionarios interinos, tengan una mayor experiencia docente previa; razonamiento, recuerda el TSJ de La Rioja, que es coherente con el sostenido por la STS 3ª de 13 de marzo de 2017 (RC 896/2014) en materia de contratación de Jueces sustitutos y Magistrados suplentes.

**G)** En definitiva, en la situación particular en que se encuentran los funcionarios interinos docentes de la CAR, hay ya numerosos pronunciamientos que han declarado que no puede sostenerse la existencia de un abuso o fraude en la contratación temporal, y que, en todo caso, el régimen normativo de estos funcionarios interinos les protege de eventuales abusos con *medidas correctoras* equivalentes, tal como exige el ACM.

En tales circunstancias, ni siquiera podría reconocerse judicialmente al interesado los efectos señalados en la STS 3ª de 26 de septiembre de 2018; y, mucho menos, como se ha señalado ya, a la de condición de *personal indefinido no fijo*.

## **Sexto**

### **Nulidad de pleno Derecho del acto objeto de revisión en cuanto Reconoce al interesado una fecha de antigüedad.**

Por lo que hace al reconocimiento de una **fecha de antigüedad**, parece claro que no puede reconocerse al interesado la que solicita, como si su relación de servicio con la Administración hubiera comenzado en esa fecha, y se hubiera mantenido ininterrumpidamente desde entonces.

La nulidad de este contenido del acto sujeto a revisión deriva del art. 47.1.f) LPAC'15, dado que ha reconocido al interesado un derecho (la declaración de una determinada antigüedad de su relación de servicio con la Administración) cuando carece del que es, sin duda, el requisito esencial para su adquisición.

En este sentido, y también en materia de antigüedad, en otros dictámenes (como el D.40/11) hemos recordado que la prestación de servicios por un empleado público es un requisito esencial para la consolidación de trienios.

Cuestión diferente es que los períodos de servicios realmente prestados puedan producir otro tipo de efectos favorables al interesado: i) por un lado, en los procedimientos de acceso a la función pública por el sistema de concurso-oposición (según hemos explicado); y ii) también en el seno de la relación de servicio, que pueda tener en la actualidad (o de las que pueda entablar en el futuro) como funcionario interino; efectos que podrían consistir, en principio, en la percepción de complementos retributivos ligados a la antigüedad (*ex art. 25 EBEP'15*), o en la adquisición de grado personal (tal como señala la STS 3ª de 7 de noviembre de 2018 (RC 1781/2017) pero sobre los que este Consejo no se pronuncia, por no ser materia de este dictamen.

## **CONCLUSIONES**

### **Única**

Procede la revisión del acto presunto dictado por la Consejería actuante, por concurrir en el mismo las causas de nulidad de pleno Derecho comprendidas en los apartados b) y f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15).

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero