

# **La protección por desempleo y su aplicación al personal funcionario de las Administraciones Públicas: interinos y eventuales. Análisis de la jurisprudencia reciente**

**José Ramón Cuerno Llata**  
Secretario de Administración Local

Sumario: I. EL RÉGIMEN DE EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN: SEGURIDAD SOCIAL Y DESEMPLEO: NOTAS DEL SISTEMA. II. CLASES DE PERSONAL: SUS DIFERENCIAS. EL DESEMPLEO PROTEGIBLE: CONCEPTO Y REQUISITOS. SU APLICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS. III. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: SU ANÁLISIS. IV. CONCLUSIONES.

## **I. EL RÉGIMEN DE EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN: SEGURIDAD SOCIAL Y DESEMPLEO: NOTAS DEL SISTEMA<sup>1</sup>**

Las Administraciones Públicas incorporan a su personal bajo un doble régimen jurídico. El personal laboral, cuyas condiciones de trabajo vienen sometidas a la intervención del Estado a través de una normativa mínima que se corresponde con el ordenamiento laboral; pero en lo demás, dejada al Convenio Colectivo y al contrato privado, amparado en el Estatuto de los Trabajadores (Art. 35.2 CE). Separadamente, el personal estatutario o funcional<sup>2</sup> vinculado a través de un acto de nombramiento sometido al derecho administrativo cuya finalidad supone investir a una perso-

---

<sup>1</sup> **ABREVIATURAS UTILIZADAS.**— Art.: Artículo. Arz.: Aranzadi. CE: Constitución Española. DA: Disposición Adicional. DT: Disposición Transitoria. ET: Estatuto de los Trabajadores. FJ: Fundamento Jurídico. LFCE: Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964. LMRFP: Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984. LPD: Ley de Protección por Desempleo de 2 de agosto de 1984. LOCFS: Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de 13 de marzo de 1986. LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. LOS: Ley Orgánica de Libertad Sindical de 2 de agosto de 1985. RGI: Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado de 10 de marzo de 1995. LRBRL: Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985. LOCFS: Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de 13 de marzo de 1986; TRLSS: Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> El personal estatutario de la Seguridad Social por obra de la Ley 55/2003, de 16 de noviembre (exposición de motivos y capítulo primero) ha sido caracterizado como funcionario bajo la veste jurídica de la especialidad. Los artículos 8 y 9 vertebran el colectivo en personal estatutario fijo y temporal, ya sea bajo la modalidad de interino o eventual. Este último colectivo con empleo provincial resulta objeto de este análisis.

na con una determinada función pública (Art. 23.2 y 103. 2 CE), del que derivan un conjunto de derechos y obligaciones nacidos de la Ley. La jurisprudencia constitucional ha perfilado estas diferencias acuñando la relación estatutaria. De este modo, el funcionario nombrado se coloca en una situación objetiva, definida legal y reglamentariamente con un carácter evolutivo y solo modificable, en sede de principio, por dichos instrumentos normativos (STC 99/1987 de 11 de junio, FJ 6º), sin que pueda exigirse la congelación de la situación estatutaria al tiempo de su ingreso, o bien impedir que sus determinaciones sean modificadas por actos legislativos concretos.

Ambos colectivos aparecen contemplados bajo una diferente perspectiva constitucional que afecta a su régimen normativo, uno estatutario y otro laboral, sin que sea predicable, desde la óptica constitucional, entre ambos, el principio de igualdad de trato (Art. 14 CE en su interpretación ofrecida por las SSTC 99/ 1987, de 11 de junio, y 57/1982, 27 de junio). Prueba de ello es la diversa posición constitucional, el artículo 35.2 CE remite al Estatuto de los trabajadores y el 103.3 CE a los funcionarios, siendo regulaciones diferenciadas apelan a consecuencias distintas en el entendimiento que haya de darse a las garantías del derecho al trabajo (Art. 35.1).

Es posible observar un distinto alcance dispensado a funcionarios y trabajadores en la tutela de los derechos colectivos de libertad sindical (Art. 28.1 CE), huelga (Art. 28. 2 CE), o negociación colectiva (Art. 37.1 CE). El derecho a fundar y participar en organizaciones sindicales junto con el de huelga desaparece para las fuerzas armadas, institutos militares, y cuerpos y fuerzas de seguridad, además de jueces y tribunales (Art. 28.1 y 127.1 CE, Art. 401 LOPJ). Sólo el primero subsiste y se matiza para algunos de los Cuerpos y fuerzas de Seguridad (Art. 104. 1 CE), como el Cuerpo Nacional de Policía cuya organización sindical debe quedar integrada por miembros de su propio Cuerpo (Art. 18 LOCFS 2/1986)<sup>3</sup>. La

---

<sup>3</sup> Los Cuerpos de Policía Local son también institutos armados de naturaleza civil (Art. 51 y 52.2 LOCFS 2/1986) a los que se aplica el criterio de interdicción del derecho de huelga. En atención a sus especialidades, el ejercicio de la libertad sindical queda enmarcado en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/85, de 2 de agosto) que remite a lo dispuesto en la legislación sobre órganos de Representación de las Administraciones Públicas (Ley 9/1987, de 12 de junio). La libertad de sindicación de la Policía Local no queda circunscrita a la afiliación y constitución de sindicatos, sino que alcanza a la denominada acción sindical, dentro de la cual se halla el derecho a la información y la posibilidad de articular medidas de presión sindical, sin llegar a la huelga. En la sentencia del Tribunal Constitucional 273/1994, 17 de octubre se planteaba, en un recurso de amparo contra la sentencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el contenido y alcance de la libertad sindical y su contraposición con el Artículo 6.8 LOCFS 2/86 limitativo del ejercicio del derecho de huelga o «acciones

dicotomía en la aplicación del derecho laboral a las administraciones públicas destacaba aún con mayor fuerza expansiva, en uno de los tradicionales ámbitos de reivindicación social: la negociación colectiva. Frente al derecho administrativo, donde la autonomía de la voluntad es escasa en favor del derecho necesario o imperativo (Art. 103.2 CE<sup>4</sup> y 149.1.18 CE), el derecho laboral descansa sobre normas de derecho mínimo garantizador del trabajador, susceptibles de ser modificadas en sentido más favorable por convenio colectivo o contrato laboral. El Tribunal Constitucional en su sentencia 392/1982 de 27 de julio rechazó para los funcionarios públicos, [lo admitido en sede laboral], un derecho a la negociación colectiva autónomo (Art. 37 CE), o bien como parte del derecho de libertad sindical (Art. 28 CE), debido a las peculiaridades del régimen jurídico de las administraciones públicas y de su personal estatutario. El derecho a sindicación funcional no contempla necesariamente la capacidad negociadora de sus condiciones de trabajo, pues la agrupación de este personal en defensa de sus intereses, no puede hacer perder a la administración su posición de supremacía, sin graves consecuencias para el interés público<sup>5</sup>. Así las cosas, el legislador estatal optó por su consagración, no sin restricciones severas, a través de la Ley 9/1987, (luego ampliada a tra-

---

*sustitutivas o concertadas para alterar el normal funcionamiento de los servicios*». El alto tribunal estima incorporado en el núcleo de la libertad sindical el derecho a la difusión de mensajes, consignas o propaganda pacíficamente y por medios lícitos, [sentido expresado igualmente en la STC 134/1994, FJ 5º].

<sup>4</sup> La Constitución Española advierte de la especial reserva de Ley del Estatuto funcional, ex Art. 103 CE, en su interpretación ofrecida por la Sentencia de Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987. Estarán amparados por ella, la adquisición y pérdida de la condición funcional, las condiciones de promoción de la carrera administrativa, las situaciones, los derechos y deberes de los funcionarios, responsabilidad y régimen disciplinario, la creación e integración de Cuerpos y Escalas, el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, lo que supone un claro obstáculo a las capacidades negociadoras.

<sup>5</sup> El Tribunal Supremo hace acopio de estos mismos argumentos en las SSTs 19 de mayo de 1995 Arz. 4277, 14 de julio, 4 de octubre y 3 de noviembre de 1994 Arz. 6017, 7846, 10190. Niega la existencia de un derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional, exceptuando este derecho del Art. 37.1 CE para los funcionarios, ya que dicho precepto queda referido a la negociación entre *«representantes de los trabajadores y empresarios»*. Pero a ellos se suma, la exclusión de dicha opción negociadora del derecho a la libertad sindical. La capacidad negociadora para el personal funcionario devendría entonces del legislador ordinario, quién determinaría las materias y sus límites. A contrario del régimen laboral, no puede afirmarse la consideración de la legislación ordinaria como un mínimo de derecho necesario, susceptible de mejora por las normas colectivas. Sino un límite a tales facultades, derivadas de la uniformidad legislativa inherente al régimen estatutario (SSTS 16 de noviembre de 1994 Arz. 555, 16 de junio de 1995 Arz. 4994). Esta posición reduce la negociación colectiva funcional a una mera particularización de los supuestos legales o indeterminados, una mera ejecución de las regulaciones sustantivas de naturaleza legal con las particularidades propias de cada grupo funcional (SSTSJ de Cantabria de 10 de julio de 2003 [Rec. 139/2002], 27 de febrero de 2002 [Rec. 406/01], 11 de octubre de 2001 [Rec. 711/00]).

vés de la Ley 7/1990), de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Una de las cautelas, comunes al personal funcionario y laboral, la constituye su protección prestacional a través de un régimen público de seguridad social (Art. 41 CE), cuyo objetivo final es la asistencia ante situaciones de necesidad, con especial atención al desempleo. La configuración del sistema de aseguramiento social supone un régimen público presidido por varias notas caracterizadoras. En primer lugar, se trata de una función del Estado que dispensa una acción protectora superadora de anteriores concepciones en las que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos con plena correspondencia entre cotización y prestación (STC 103/1983, 22 de noviembre). Aún cuando se mantiene características propias del modelo de contribución, la relación entre contribución y régimen de prestaciones viene presidida por criterios de universalidad, suficiencia, igualdad, obligatoriedad e interdicción de la arbitrariedad en las prestaciones (SSTC 65/1987, 21 de mayo, Art. 2 TRLSS 1/1994). No existe de este modo una conexión directa entre cotización y prestación, éstas quedan enmarcadas en una pluralidad de manifestaciones –asistencia sanitaria, jubilación, viudedad, etc.–, en atención a las circunstancias individuales de cada asegurado (STC 134/1987, de 21 de julio).

En segundo lugar, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de Seguridad Social suponen su configuración como un régimen legal, disponiendo el legislador de libertad para modular o ampliar su acción protectora en función de las situaciones de necesidad anteriormente expresadas (SSTC 104/1983, 22 de noviembre; 65/1987, de 21 de mayo). En definitiva, las aportaciones de los afiliados y las prestaciones a satisfacer vienen determinadas, no por un acuerdo de voluntades, sino por las reglas que integran el ordenamiento jurídico, sujetas a las modificaciones que el legislador introduce (STC 65/1987, de 21 de mayo). Esta libertad del legislador encuentra un límite en la garantía institucional del régimen público *«cuya preservación se juzga indispensable para asegurar sus principios constitucionales estableciendo un reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar, (STC 37/1994, 10 de febrero, FJ 3º; STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 4º<sup>6</sup>).*

---

<sup>6</sup> Las SSTC 197/2003, de 30 de octubre, y 78/2004, de 29 de abril vienen precedidas de sendas Cuestiones de Inconstitucionalidad (Art. 163 CE) suscitada por un Juzgado de lo Social de Barcelona y Alicante, respectivamente, sobre la basa del principio de igualdad y su aplicabilidad a la edad

El sistema de Seguridad Social extiende su campo de aplicación subjetiva, primeramente al personal laboral (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Seguridad Social), sometido en su estructura al binomio régimen general o especial, en atención a las peculiaridades de las actividades profesionales contempladas o la índole de sus procesos productivos, bajo el objetivo final tendencia a la unidad que debe presidir su ordenación (Art. 7 y 9 a 11 TRLSS 1/1994). Los funcionarios civiles y militares se incorporan a esta protección (Art. 7 e) TRLSS 1/1994), pero el régimen estatutario, la especialidad de las contingencias prestadas y su tradición mutualista lo sitúan bajo la órbita de la especialidad, como así quiere el Artículo 10.2 letra d) de la Ley de la Seguridad Social con un régimen jurídico propio.

El modelo de Seguridad Social de los funcionarios públicos ha sido distinto del aplicable al resto de los trabajadores por cuenta ajena, reflejando a través del mutualismo administrativo las particularidades con diferencia de trato entre los distintos cuerpos funcionariales, cimentada en su com-

---

horizonte para el reconocimiento de la situación de gran invalidez como consecuencia de un agravamiento de su salud, después de los 65 años (Arts. 143.2 y 161 TRLSS). El precepto enjuiciado –Art. 143.2 TRLSS–, impide la revisión por agravación una vez alcanzada la edad de jubilación (65 años) lo que pugna, a juicio, del órgano judicial *a quo* con el principio de igualdad constitucional. El Pleno del alto tribunal va a efectuar un análisis del sistema constitucional de Seguridad Social para decir *«El artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio a situaciones de necesidad»*, tales situaciones han de ser contextualizadas dentro de las circunstancias económicas que se producen, las disponibilidades del momento y las necesidades de los grupos sociales. No puede excluirse para el legislador el derecho a su libre apreciación. El tribunal impone un límite por elevación, al recordar la imposibilidad de extraer un único modelo constitucional de Seguridad Social; en un segundo momento, al enfatizar su garantía institucional *«la Constitución consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema»*. Resulta obligado el respeto de los rasgos esenciales que la hacen reconocible en la conciencia social de su tiempo, pero no han de ponerse en juego sus rasgos estructurales (STC 37/1994, de 10 de febrero, fundamento jurídico 4º). Con estos contornos son permisibles *«ex constitutione»* distintos modelos basados en la acción protectora y sus contingencias, en los sujetos protegidos y sus causas concurrentes. Sin que pueda extraerse para el caso particular la identidad e identificación en el nivel de protección para todos o un grupo extenso de los ciudadanos (SSTC 38/1995, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2º y 77/1995, de 20 de mayo, fundamento jurídico 4º).

El legislador puede partir o separar regulaciones dispares para las contingencias protegidas, siempre que las confiera o preexista una circunstancia sustantivadora, considerable como objetivamente justificada y supere un juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el resultado obtenido o la finalidad perseguida, (STC 78/2004, 29 de abril, fundamento jurídico 2º). Las situaciones de vejez e invalidez son distintas, una presume el declive normal de la vida laboral activa. La otra, lo contrario, el surgimiento de un padecimiento impeditivo para trabajar; por lo que pueden recibir un tratamiento o marco legal particularizado, de donde una determinada edad excluye los beneficios correspondientes a un concreto grado de discapacidad.

ponente piramidal y jerárquica<sup>7</sup>. Los principios constitucionales de suficiencia, igualdad material y solidaridad social (Art. 35, 41 y 14 CE) se han proyectado sobre este sistema propiciando una relativa homogenización y su integración, en parte, en el régimen general de la Seguridad Social<sup>8</sup> (STC 65/1987, de 21 de mayo). El abigarrado panorama mutualista<sup>9</sup> se ha reducido a la subsistencia de tres mutualidades, la dedicada al ámbito militar (ISFAS), una segunda de funcionarios de justicia (MUGEJU<sup>10</sup>) y la de funcionarios civiles del Estado (MUFACE), más numerosa. Sólo ésta subsiste en el ámbito de la administración con un régimen especial propio según el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Seguridad Social de los Funcionarios del Estado, integrador de sus especialidades mediante dos mecanismos de cobertura: a) el régimen de clases pasivas; b) el mutualismo administrativo previsto en la propia Ley.

La protección por desempleo constituye, desde el marco constitucional, (Art. 35 y 41 CE) un elemento nuclear del sistema de Seguridad Social, incluido dentro del círculo de su acción protectora (Art. 38 c, en relación con el título 3º del TRLSS 1/94). Su acepción es doble: un primer estadio,

<sup>7</sup> En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M. «Derecho de la Función Pública», Técnos, Madrid, 1996, pp. 202 y ss.

<sup>8</sup> Los funcionarios de la Administración Local se integraban en la MUNPAL (Mutualidad Nacional de Administración Local) amparada en la Ley 11/1960, de 12 de mayo. El Texto Refundido sobre Disposiciones aplicables al Régimen Local 781/1986, de 21 de abril, dedicó la disposición adicional única a conferir nueva redacción a la Ley de 1960 y su disposición final segunda a la equiparar, a efectos de Seguridad Social, funcionarios locales y estatales tanto en protección cuanto en aportaciones; facultando la gestión transitoria a la MUNPAL, organismo autónomo con personalidad jurídica independiente y patrimonio propios para el cumplimiento de estos fines. El sistema mutualista fue suprimido, poco tiempo después, a través de dos Leyes de Presupuestos para 1992 y 1993 (Ley 31/1991, de 30 de diciembre de 1991; DT 3ª y Ley 39/1992, de 29 de septiembre; DT 3ª), en las que se autorizó al Gobierno para proceder a integrar al colectivo en el régimen general de la Seguridad Social. El Real Decreto 480/1993, de 2 de abril consumó el proceso por una evidente razón de fondo la desproporción entre activos-asegurados y pasivos o pensionistas que amenazaba su continuidad. Por ello, se dispuso una compensación adicional para las entidades locales de 8,20 de las cotizaciones durante veinte años para los activos, y una segunda, para sufragar la asistencia sanitaria por los pasivos de 1%, de abril a diciembre de 1993. La STS de 29 de septiembre de 1995 Arz. 6816 anuló estos costes de integración por vulneración del principio de reserva de Ley para contraer obligaciones económicas por las administraciones públicas (Art. 133.4 CE) y también, en el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público sin cobertura legal (Art. 31.3 CE).

<sup>9</sup> A propósito del mutualismo administrativo puede consultarse la STC 65/1987, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico noveno, en el que partiendo del contrato de seguro privado se hace acopio del análisis de sus aspectos más relevantes.

<sup>10</sup> Véase el Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes sobre el Régimen Especial de la Seguridad Social al servicio y de la Administración de Justicia; y el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, en relación con el Texto refundido de la S.S. para las Fuerzas Armadas.

de carácter contributivo, vinculado a la idea de seguro, con la pretensión de garantizar al desempleado una renta sustitutiva del salario dejado de percibir, cuya cuantía depende, en alguna medida, de la cotización realizada. De ahí, se deja paso, a un segundo nivel de naturaleza asistencial con argumento en el mero estado de necesidad objetiva, cifrado en la carencia de rentas (Art. 204 TRLSS 1/1994). Si bien para el acceso a la protección del denominado «*subsidio por desempleo*» resulta necesario, salvo excepciones, una vinculación al sistema de cotización a través de la fijación de un período mínimo, al que se une la «*renta activa de inserción*» para desempleados de larga duración, sin acceso a otras prestaciones. La protección se aborda desde una perspectiva generosa, como corresponde para garantizar el derecho constitucional al trabajo y la ausencia del mismo (Arts. 25.2 y 35 CE). Se identifica el fenómeno del paro como una lacra social persistente en el tiempo, y se manifiesta de forma intermitente, con una pluralidad causal, entre ellas, la posición dominante de la empresa en el mercado de trabajo, nacida de de la tecnificación y la movilidad empresarial, lo que supone para una parte importante de trabajadores el sometimiento a formulas de empleo precario.

El régimen jurídico del desempleo forma parte del sistema de Seguridad Social (Título 3º TRLSS 1/1994) y como tal contingencia protegida plantea su aplicación desde el ámbito laboral a los empleados públicos sometidos a un régimen estatutario o funcional. ¿Es posible esta traslación y cuales son sus límites? A esta proposición pretendemos dar una respuesta afirmativa con apoyo en la jurisprudencia más autorizada, como más adelante demostraremos.

## **II. CLASES DE PERSONAL: SUS DIFERENCIAS. EL DESEMPLEO PROTEGIBLE: CONCEPTO Y REQUISITOS. SU APLICACIÓN A LOS FUNCIONARIOS**

La primera gran división es la que separa a personal estatutario o funcionarios y contratados laborales. La jurisprudencia constitucional admitió con claridad esta distinción (STC 99/1987, de 11 de junio), pero al mismo tiempo declara la opción constitucional «*por un régimen estatutario o funcional para los servidores públicos (Arts. 103 y 149.1.18 CE)*, debiendo la Ley determinar los supuestos y límites en los que se reconoce el acceso del personal laboral (STC 99/1987, FJ 3º). El Artículo 15 de la Ley de Medidas de la Reforma de la Función Pública 30/84, en su reforma de 1988, concretó estas vías de acceso para el contrato laboral por razón de la actividad, (puestos no permanentes o para cubrir necesidades

coyunturales, cometidos propios de oficios), en atención a la función ejercida (mantenimiento y conservación de edificios, servicios sociales, artes gráficas, de trámite y colaboración); o bien, por su carácter accesorio (puestos de auxilio o instrumentales); excluyendo el ejercicio de autoridad o funciones públicas en todo caso. La legislación autonómica cumple este mismo mandato constitucional y las entidades locales en el artículo 99. 2, de la Ley de Bases de Régimen Local 7/85 reservan al estatuto funcionarial los puestos que impliquen «*ejercicio de autoridad, los de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, contabilidad interna y gestión económico presupuestaria, las de contabilidad y tesorería; y en general, aquellas para el mejor desarrollo de las garantías de objetividad e imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función*»<sup>11</sup>.

Las relaciones de puestos de trabajo las Administraciones Públicas competentes detallan el régimen aplicable (Art. 15 LMRFP 30/1984, Art. 103 LRBRL 7/1985) estatutario o laboral y los requisitos para su desempeño. La contratación laboral admite todas sus modalidades: el contrato indefinido, las figuras causales de duración determinada (a tiempo parcial, obra o servicio determinado, aprendizaje o en prácticas, interinidad, circunstancias de la producción, contratos de inserción<sup>12</sup>, etc.), también los contratos de alta dirección (RD 1382/1985, de 11 de agosto) para cubrir los puestos directivos o gerenciales<sup>13</sup>. La principal distinción del régimen funcionarial y consecuencia con lo expuesto es la reducción en la estabilidad en el empleo con la posibilidad de aplicación de la figura del despido en cualquiera de sus modalidades, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores (Art. 49 a 56 ET).

El personal unido en virtud de una relación jurídico-administrativa, por razón de un nombramiento (Art. 3 LFCE) tiene la condición de funcionario, por contraposición al anterior. La función pública española divide sus contingentes, en atención *al criterio de la permanencia*. Así, los funcionarios de carrera gozan del *privilegio de la inamovilidad y derecho al*

<sup>11</sup> La STC 37/2002, de 14 de febrero, fundamento jurídico 6º, ha consagrado la imposibilidad de ocupar puestos de trabajo con funciones contempladas en el Art. 92 LRBRL 7/1985 y reservadas a funcionarios de carrera, con personal laboral.

<sup>12</sup> En relación con las nuevas modalidades contractuales puede consultarse la Ley 12/2001, de 9 de julio sobre medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo y la mejora de su calidad y el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

<sup>13</sup> Los contratos de alta dirección han generado una controversia abundante, tanto en su casuística cuanto en la densidad de los problemas planteados. Sobre todo ello, DEL SAZ, S. «*Contratos Laborales y Función Pública*», Pons, Madrid 1995.

*cargo*, como garantía prototípica de la función y puesto desempeñado, no pudiendo ser libremente removidos en el ejercicio de esas funciones públicas. Sus plazas se someten a procedimientos de provisión tasados (concurso o libre designación<sup>14</sup>), no siendo lícita la provisión de las plazas de funcionarios de carrera por contratación administrativa, laboral o de forma indefinida mediante interinos (Art. 15.1 f) LMRFP y 5.2 LFCE). Este dato es la consecuencia inmediata de los artículos 103 y 23.2 de la Constitución Española que propugnan el acceso a la función pública bajo los principios de mérito y capacidad, oponiéndose a una contratación particularizada y atípica, enervante del derecho de los funcionarios al cargo y a su provisión por los sistemas previstos legalmente de modo ordinario.

Por el contrario, los *funcionarios de empleo (interinos y eventuales)* se singularizan por la ausencia de la nota de permanencia en el servicio desempeñado, y otras características exorbitantes propias de su régimen. El personal eventual (Art. 20.2 LMRFP 30/84 y Art. 104 LRBR 7/85) desempeña funciones de trabajo calificadas como de confianza y asesoramiento especial, no reservadas a funcionarios de carrera. Corresponde a los órganos superiores de las administraciones públicas (Gobierno, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Plenos de los Ayuntamientos) determinar el número características y retribuciones, dentro de los créditos presupuestarios. Su nombramiento y cese es libérrimo y discrecional, bajo el criterio de confianza política. El funcionario eventual discurre paralelo a los altos cargos políticos de raíz electiva y cesa, por ello, con la autoridad o cargo a quién sirven, sin que los servicios prestados constituyan mérito para el acceso a la función pública o a la promoción interna<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> A diferencia del personal eventual, la provisión de puestos de trabajo por libre designación no significa absoluta discrecionalidad o arbitrariedad, sino un cierto margen de valoración a la hora de apreciar las aptitudes de un determinado candidato para el desempeño de un puesto de trabajo. Los principios de mérito y capacidad (Art. 23 y 103 CE) no rigen sólo en el acceso a la función pública, sino también en el ulterior desenvolvimiento de la carrera administrativa de los funcionarios (STC 96/1997, de 19 de mayo, FJ 2º), en este segundo momento pueden valorarse otros fines constitucionales como la eficacia de la administración (Art. 103 CE). No estamos aquí—dirá el alto tribunal— «*en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima voluntad de quién sea competente para efectuar el nombramiento; ni ante la designación de personal eventual, cualificado por la confianza o el asesoramiento especial...*». En definitiva, «*la provisión de puestos de trabajo por libre designación no atribuye un poder omnímodo a fin de que el órgano administrativo decida lo que tenga por conveniente, con olvido de que el interés público es la esencia y fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa* (STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 9 y 11)».

<sup>15</sup> La Ley 33/2003 vincula este personal a proyectos científicos y de investigación sanitaria relevante, requerimientos técnicos sobrevenido o funciones sanitarias complementarias, cuyo carácter coyuntural demanda de este tipo de personal, con el deber de crear una plaza en plantilla, si se origina la necesidad o se encadenan los nombramientos de más de doce meses, en dos años (Art. 9.3).

Los *funcionarios interinos* ocupan plazas de plantilla por razones de necesidad o urgencia en tanto no se provean por sus homólogos de carrera (Art. 5.2, 104 LFCE). La nota distintiva es la provisionalidad o transitoriedad en la relación de servicio, pues se trata de resolver una necesidad coyuntural, en tanto se convoca y resuelve el procedimiento para cubrir las plazas vacantes por funcionarios de carrera, de ahí la necesidad de acreditar la necesidad y urgencia en el expediente administrativo. Ambos son conceptos jurídicos indeterminados que apelan a una única solución justa, correspondiendo a la administración su valoración en virtud de la potestad autoorganizatoria, sometida a control judicial. La necesidad implica la inexistencia o falta de funcionarios de carrera en un momento concreto y la urgencia presupone una necesidad inaplazable o perentoria sometidos ambos conceptos al interés general.

El procedimiento de selección requiere de la existencia de dotación presupuestaria y vacante en plantilla; resultando aplicable el vicio de desviación de poder para la creación de plazas «*ad hoc*» con el propósito de ser cubiertas interinamente. Las condiciones de ingreso se matizan, ya que en la práctica se reducen las garantías de publicidad, mérito y capacidad, en contra de la propia Ley (Art. 19.1 LMRFP 30/1984), con fundamento en la agilidad procedimental (Art. 27 RGI). Los nombramientos deben recaer en todo caso, en personas con los requisitos de titulación profesional adecuada para el puesto vacante. El elemento definidor de su provisionalidad se halla en la forma de cese, acaecido con la provisión de la plaza por el procedimiento legalmente establecido (Art. 104 LFCE).

Para estos colectivos que examinamos el sistema de desempleo se propone como una contingencia protegible para aquellos trabajadores que pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven reducida sensiblemente su jornada al menos en un tercio (Art. 1.1 LPD y 203 TRLSS). Estos son sus elementos definidores: primeramente, la aptitud o potencialidad para trabajar, –excluye a niños, minusválidos y ancianos– y define «*la población activa*».

El segundo atributo va unido al hecho causante de la contingencia protectora, este no es otro que la extinción de la relación laboral. El contrato de trabajo puede extinguirse por distintos motivos legales (Art. 49 y ss. ET), la Ley General de la Seguridad Social aísla algunas de estas causas y las configura como presupuestos de la prestación, bajo la denominación de «*situaciones legales de desempleo*» (Art. 208 TRLSS 1/1994). Su objetivo fundamental es la acreditación de la pérdida de empleo, acontece de forma involuntaria. La subsunción del motivo de extinción en la situación definida por Ley permite el nacimiento del derecho a la presta-

ción. En el ámbito administrativo, lo presupone la finalización de la relación administrativa por terminación de los servicios (RD 1167/1983, de 27 de abril y RD 322/1985, de 20 de febrero), o cese administrativo por causas independientes a su voluntad, acreditada por certificación expedida por él órgano contratante.

Para que la situación protegible nazca resulta necesaria la concurrencia de dos requisitos adicionales. De una parte, la *cotización* (encontrarse en alta o asimilada a los mismos efectos, caso de la excedencia forzosa por elección de cargo público o sindical<sup>16</sup>, Art. 2 RD 625/1985), durante un período mínimo de 360 días, continuados o alternativos<sup>17</sup>, dentro de los seis años anteriores al hecho causante de la contingencia, o en su caso, referidas al momento en que cesó la obligación de cotizar para los supuestos asimilados a la alta.

---

<sup>16</sup> Ha de traerse a este análisis la reciente jurisprudencia constitucional sobre la materia que examina los principios de igualdad (Art. 14 CE) y libertad sindical (Art. 28 CE) conectado con el sistema público de seguridad Social (Art. 41 CE), en relación con el supuesto de alta asimilada por desempeño de de cargo sindical retribuido y excedencia forzosa. La STC 44/2004, de 23 de marzo, resuelve un recurso de amparo por entender que las cotizaciones realizadas por un cargo sindical retribuido con dedicación exclusiva, sin encontrarse en excedencia forzosa debía considerarse incluido en la contingencia, sobre la base de los derechos constitucionales de igualdad y libertad sindical. Como es sabido el Decreto 625/1985, de 2 de abril asimila a la situación de alta a los cargos electos públicos o sindicales en situación de excedencia forzosa con retroacción de cotización, por el periodo equivalente a la excedencia, a efectos de computar el periodo de carencia de cotización a favor de la contingencia de prestación por desempleo. El supuesto planteado en el recurso de amparo es distinto. El recurrente paso de la empresa privada a cargo sindical, cotizando durante ese período, pero sin hallarse en la situación de excedente forzoso. El alto tribunal no admite una lesión del derecho a la libertad sindical, concebido como el derecho a crear, fundar y militar en un sindicato, a su legítima actuación dentro del mismo (SSTC 17/1996, 74/1998, 87/1998, 191/1998, 30/2000, 173/2001), con interdicción de menoscabo alguno profesional o personal por su afiliación o acción sindical. No comprende este derecho la inclusión o no, en la acción protectora de la Seguridad Social de los cargos electivos sindicales, cuestión atinente al legislador ordinario.

Se trata, en suma, de una cuestión ajena. El alcance en la protección de los cargos directivos sindicales no forma parte del contenido esencial, ni adicional del derecho fundamental a la libertad sindical. Igualmente, el plus de tutela dispensado a estos cargos por hallarse en situación de excedencia forzosa, asimilándose a la cotización en alta, no contradice el principio de igualdad constitucional, por descansar tal diferencia de trato, en una justificación objetiva y razonable, como es la promoción de los sindicatos más representativos (Art. 6 y 7 CE, STC 147/2001, de 27 de junio, FJ 3º, 263/1994, de 3 de octubre, FJ 5º).

<sup>17</sup> Sólo se computan aquellas cotizaciones que no sirvieron para generar un derecho anterior. Son computables las efectuadas por salarios de tramitación y huelga legal para cubrir el mínimo de 360 días, no se toman como referencia los abonos generados durante la prestación por desempleo (Arts. 210 TRLSS y Art. 3.3 RPD). Véase LÓPEZ-TARRUELLA, F Y VIQUEIRA PÉREZ, C. «*La Protección por Desempleo*», pp. 333 y ss. En «*Derecho de la Seguridad Social*», 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2002. También TORTUERO PLAZA, J. L. Voz «*Desempleo*» Enciclopedia Jurídica Civitas, Madrid, 1993 pp. 2432 y ss.

De otra, *la ajeneidad* en el trabajo, consideración que alcanza a los trabajadores, subordinados al poder de dirección del empresario de forma remunerada. El artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores expulsa del ámbito de los trabajadores por cuenta ajena a todos los funcionarios públicos, en atención a la especialidad del empleador, las administraciones públicas. Su dependencia o sometimiento a través de una relación especial de sujeción a la potestad «domestica o conformadora» de la administración configura un vínculo sometido al derecho público. No obstante ello, la inclusión y ampliación de la acción protectora corresponde a la libertad de configuración del legislador<sup>18</sup>, salvada la garantía institucional

<sup>18</sup> Nuevamente, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre los límites del legislador en la configuración de la acción protectora de la Seguridad Social y el Desempleo, en relación con los contratos fijos discontinuos. Este tipo de contratación laboral posee unos contornos y características propias, sobre las que conviene hacer alguna precisión. Esta modalidad de contrato se fundamenta en la ruptura en el tiempo de prestación del contrato, de tal suerte que se considera contrato indefinido a este tipo contractual, aún cuando la prestación de trabajo se efectúe de forma intermitente o cíclica, suspendiéndose a la conclusión de cada periodo de actividad o campaña, sin perjuicio de su reanudación en la siguiente.

El contrato fijo discontinuo ampara las actividades cíclicas ya sean coyunturales o permanentes de la empresa. Estos ciclos de actividad, llamados temporada, vienen determinados por la naturaleza de la producción (turismo, hostelería) o por las características del objeto empresarial (agricultura etc.). Lo importante es constatar que se trata de trabajadores con contrato de trabajo fijo cuya prestación se suspende al finalizar la campaña. Son tres los elementos caracterizadores: Una actividad empresarial cíclica ya sea periódica o no, determinante del de tracto discontinuo en la prestación del contrato laboral, una modificación de la jornada en su cómputo anual, y una identidad en el trabajador fija o indefinición del nexo o contrato de trabajo. El Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre consideraba como tales «a quienes sean contratados para trabajos de ejecución intermitente o cíclica..., que no exijan la prestación de servicios todos los días del año tienen la consideración de laborales con carácter general». Esta modalidad permite el empleo fijo, aún cuando la ejecución del contrato se interrumpiese a la conclusión de cada período de actividad. La Ley de Protección por Desempleo admitió el nacimiento como situación legal de la contingencia, no sólo para la finalización o extinción del contrato (supuesto común), sino también con la interrupción de la actividad de temporada («cuando carezcan de ocupación efectiva», RD 625/85, Art. 2.2). La reciente modificación del Estatuto de los Trabajadores propiciada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, ha excluido del concepto de fijo-discontinuo el temporero a fecha o llamamiento fijo, esto es, el discontinuo periódico (de campaña cierta), asimilándolo al contrato a tiempo parcial. El propósito de esta política laboral resulta palmario y consiste en excluir a estos trabajadores de la protección por desempleo, que se reduce a los no llamados a fecha fija, a través del expediente técnico de considerarles trabajadores a tiempo parcial, con un error de punto de partida consistente en confundir las notas esenciales de ambos contratos. El contrato a tiempo parcial se altera la jornada, tiempo de trabajo; y en el contrato de trabajo fijo discontinuo, sólo la prestación se torna cíclica según los factores de producción de la empresa. Por el contrario, la jornada durante la prestación del contrato fijo discontinuo, sólo se ve afectada en el periodo en el que la prestación no se efectúa por suspensión del contrato ante la ausencia de llamamiento, en lo demás es semejante a la de cualquier otro trabajador (Art. 34 ET).

El Tribunal Constitucional, en otro supuesto análogo, no ha estimado tacha de constitucionalidad alguna por la exclusión de trabajadores de esta protección por desempleo, si existe una justificación razonable que permita enervar la operatividad del principio de igualdad (Art. 14 CE), reservando a

consagrada en el Art. 41 CE de preservar un régimen público de Seguridad Social en términos reconocibles, que de su imagen que se tiene en cada momento por la comunidad, disponiendo de capacidad para modular su acción protectora conforme a las circunstancias económicas y sociales para la viabilizar el sistema y su eficacia (SSTC 44/2004, de 23 de marzo, F.J. 4; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3). La Ley General de la Seguridad Social de 1994 confiere cobertura legal dentro del ámbito subjetivo al personal contratado en régimen de derecho administrativo y a los funcionarios de empleo (eventuales e interinos) de las Administraciones Públicas, elevando de rango los Decretos de 27 de abril de 1983 y 20 de febrero de 1985 sobre contingencias por desempleo para esta personal, incluida la administración local. Aún cuando el legislador ha contribuido a clarificar la protección por desempleo para el funcionario de empleo, la doctrina judicial ha permanecido dubitativa y vacilante, con líneas argumentales contradictorias, como vamos a examinar.

### III. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: SU ANÁLISIS

A) El primero de los elementos para la correcta configuración del funcionario de empleo (interino o eventual) discurre paralelo al *deslinde del cargo político de naturaleza representativa*. Sus notas esenciales se vertebran en relación con el artículo 23.1 de la Constitución Española. La elección y su consecuencia son reflejo de la Soberanía, de la que emanan todos los poderes del Estado (STC 212/1993, 28 de junio). El régimen de nombramiento y cese depende del sistema electoral a través de un sufragio dotado de un conjunto de garantías (libre, igual, directo y secreto) y articulada su representación a través de partidos políticos (Art. 6 y 1.1

---

la estimación del legislador ordinario de las distintas opciones de política social, con los límites del sistema público de seguridad social, siempre garantizando las prestaciones sociales suficientes (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17). Se trata de la STC 53/2004, de 15 de abril, sobre la exclusión del beneficio del subsidio asistencial por desempleo a los trabajadores fijos discontinuos mayores de 52 años. Se dispensa un distinto trato en atención a su específica situación. Un trabajador fijo discontinuo, en los periodos de interrupción de la prestación, no es un desempleado. Aún cuando, por creación legal, se contemple tal situación de desempleo, en tanto no se extinga el contrato laboral se halla vigente la relación de empleo. No existe por tanto un término de comparación entre los que pierden definitivamente el empleo y aquellas situaciones asimiladas por decisión legal de política laboral. Por lo que, si se retira la protección asignada por decisión legislativa, no puede predicarse desigualdad constitucional. Al legislador estatal le corresponde apreciar estas carencias sociales, en conexión con las circunstancias económicas, disponibilidades del momento y de las necesidades de los grupos sociales. Los Artículos 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional, sino a la libertad de apreciación del legislador, que sólo resultará constitucionalmente controvertida, si se halla desprovista de justificación objetiva y razonable (FJ 6°).

CE), en cuanto expresión de pluralismo ideológico y de la participación política. La representación política se entronca de este modo con la voluntad del electorado manifestada en las elecciones periódicas, el cese del cargo electivo no depende de una voluntad ajena a los electores (STC 5/1983, de 4 de febrero), a diferencia del funcionario de empleo. Por tanto, hemos de distinguir funciones y cargos públicos en el contenido del precepto constitucional. Se reconoce por un lado, el derecho a acceder a determinados puestos funcionariales, amén del desarrollo de una carrera administrativa (STC 192/1991) y de otro, el de participación política, referido a los «*cargos representativos*» que corresponden al Estado y a los entes en los que territorialmente se organiza (Art. 137 CE, Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias, STC 23/1984). Su estatuto deviene para aquellos, de la legislación de funcionarios; y en los segundos, de los reglamentos de las cámaras o normas de organización de los Ayuntamientos<sup>19</sup>, que les confieren el estatuto propio del cargo político electivo (STC 161/1988, de 19 de diciembre FJ 4º; 181/1989, FJ 4º, 214/1990). Advertida esta distinción la doctrina de suplicación emanada de los Tribunales Superiores de Justicia ha excluido de la protección al personal eventual, con fundamento en la normativa aplicable a los cargos electos.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 3 de diciembre de 1992 Arz. 5989 se opone a su cobertura por desempleo con un simplicísimo argumento de derecho positivo, la Ley Básica de Empleo de 1984 no comprende cargos electivos, ni el Gobierno les ha incorporado en su desarrollo reglamentario (RD 322/1985, de 20 de febrero). A lo que se opone el Artículo 75 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que obliga a dar de alta y encuadrar en el régimen general de la Seguridad Social a los cargos locales, con dedicación exclusiva o parcial.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sala de Granada, en sus sentencias de 15 de abril, 6 de mayo y 1 de julio de 1998 y sobremanera en la de 27 de febrero de 2001 Arz. 2490 acentúa el requisito de la ajeneidad en el ejercicio profesional. La Ley General de la Seguridad Social limitaría el campo de beneficiados por causa del desempleo a los trabajadores sometidos al poder de dirección del empresario, delimitación subjetiva que no alcanza a los cargos políticos, en clara referencia a los cargos de Alcalde y Concejal, objeto de enjuiciamiento por la sala andaluza. Para ella, es necesario separar cotización efectuada y derecho a la prestación, éste sólo nace ante la concurrencia de los presupuestos jurídicos más arriba analizados (véase apartado II).

---

<sup>19</sup> Para Corporaciones Locales, el Reglamento de Organización y funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre; Título Primero, «*Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales*».

La sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia de 15 de octubre de 1999, Arz. 3238 añade la inexistencia de una verdadera situación legal de desempleo para los cargos electivos al no hallarse comprendidos en los supuestos tasados causantes de la contingencia (Alcalde del Ayuntamiento en dedicación exclusiva), a la que se une las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, 3 de diciembre de 1992, Arz 5989; de 22 de junio de 1993, Arz. 2807.

Las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia, 25 de febrero de 1994, Arz. 806 y Madrid 24 de octubre de 2000, Arz. 3888 hacen recapitulación del distinto régimen jurídico. Las prestaciones por desempleo comprenden en exclusiva a los trabajadores por cuenta ajena y no a los Concejales de la administración local que tienen encomendada una función pública representativa; contraria e incompatible con las notas de trabajo por cuenta ajena, dependencia remunerada e inserción en situación de desempleo, delimitadoras de la relación de trabajo o empleo en sentido técnico-jurídico. La relación de un concejal con el Ayuntamiento al término de su mandato, no esta sujeta al derecho administrativo, ni al derecho del trabajo, se trata de una relación de derecho político (en palabras de la sala Valenciana), si nos atenemos al sistema de nombramiento y cese, al contenido de su función, análogo a la de los Diputados o Senadores y demás cargos políticos.

En esta interpretación, el artículo 75 de la LRBRL 7/1985 no sería apto para generar un régimen especial para los cargos políticos locales, susceptible de encuadrarles en la acción protectora como personas legalmente protegidas, resultando su grupo normativo aplicable con carácter prevalente el previsto en el orden social (Art. 7 TRSS 1/1994), privativo de trabajadores, funcionarios de empleo y contratados administrativos.

B) La Ley de Protección por Desempleo de 1984 (Art. 3.1) y los Reglamentos de de 27 de abril de 1983 y 20 de febrero de 1985 asumían dentro del ámbito subjetivo de la contingencia como desempleados a los funcionarios bajo una relación de empleo (interinos y eventuales) y los contingentes de personal vinculados mediante contratos administrativos<sup>20</sup>; acción protectora ratificada en el artículo 205 del TRSS 1/1994<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> La disposición adicional cuarta de la Ley de Medidas para la Función Pública 30/1984, de 2 de agosto, suprimió desde su entrada en vigor los contratos administrativos de personal de colaboración temporal, quedando circunscritos al ámbito universitario a través de las disposiciones adicionales duodécima y decimotercera de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Esta vía se cerraría para la Administración Local a través de la Disposición Transitoria 8ª de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/85, de 2 de abril.

<sup>21</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L., «El sistema de protección por desempleo en España», Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

El primer punto de inflexión importante lo constituía el concepto de funcionario de empleo y su asimilación o diferencia con el personal eventual. Una primera línea, en la doctrina judicial, viene asociando la figura de alto cargo o personal eventual al cargo político, situándolo extramuros del funcionario de empleo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, sala de lo social, de 24 de septiembre de 1996, Arz. 2958 con ocasión del análisis del régimen asistencial de los altos cargos, concretados en los Secretarios Generales Técnicos de la Consejería de Política Territorial de la Comunidad de Madrid va a sostener su naturaleza de cargo político, en atención a su calificación en su estructura orgánica de «cargo político», *«reforzada por los mecanismos de nombramiento y cese, fundados en la confianza»*, la libre revocación *«ad nutum»*, excluyente del trabajo por cuenta de un empresario e indicativo de una ausencia de relación laboral.

También la sentencia de 8 de mayo de 1997, Arz. 1576 contiene idéntico pronunciamientos, para el cargo de Director General del Ministerio de Cultura, *«se trata de un alto cargo político cuyo nombramiento descansa en la confianza, derivada de la identificación de una persona con el programa o proyecto de la sociedad que tiene un determinado gobierno, resultado de esa confianza es el efecto de la libre designación y revocación del cargo, siendo claro que no existe la condición de trabajador por cuenta ajena, personal contratado en régimen de derecho administrativo o funcionario de empleo...; con independencia del alta en la seguridad social»*, circunstancia que por sí sola no es acreedora de la condición de beneficiario.

Este modo de razonar desconoce la dogmática expuesta con anterioridad y vacía de contenido la categoría de funcionario de empleo. Sin duda, la sentencia tiene muy a la vista la categoría laboral de alto cargo de empresa (Art. 1.2 RD 1382/1985), concebida para el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que participa con autonomía del ideario y objetivos generales de la misma y exceptuado, por su carácter directivo, de la protección por desempleo<sup>22</sup>. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sala de lo contencioso administrativo, de 5 de junio de 2003 sobre la contratación como personal eventual del Director del Boletín informativo del Ayuntamiento de Laredo, en este caso con plaza designada como eventual de confianza a través la plantilla aprobada por el pleno municipal.

---

<sup>22</sup> Las fuentes reguladoras de la relación de alto cargo de empresa sitúan en primera línea aplicativa el contrato individual. Las demás normas sociales, Estatuto de los Trabajadores además, sólo regulan en los supuestos de remisión expresa del Real decreto 1382/1985. A la extinción del contrato le sobrevienen, de forma exclusiva, las indemnizaciones pactadas (Art. 11 y ss.).

Un vicio impugnatorio de extraordinarios efectos, incluido el recurso de amparo, vendría originado en la invocación del principio de igualdad entre altos cargos y los demás beneficiarios por desempleo. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 15 de septiembre de 1992, Arz. 4510 con cita en el Tribunal Constitucional deshace esta quiebra. La interpretación, muy autorizada, del Tribunal sostiene la falta de discriminación alguna, no habiendo tratamiento diferenciado de supuestos objetivamente iguales (SSTC 70/1983, de 26 de julio; 103/1984, de 14 de noviembre), sino colectivos plenamente diferenciados. El Artículo 41 CE, sistema de seguridad social, –como ya dijimos más arriba–, no presupone el acceso directo de todos los ciudadanos a las prestaciones, sino la posibilidad de efectuar distinciones en los grados de cobertura en función de las diferencias de cada colectivo objeto de tutela. De donde se extrae una consecuencia, el binomio cotización igual a prestación queda matizado por razones de intereses generales, económicos y/o sociales.

C) Se ha hecho necesario por tanto, acotar cada una de las figuras estudiadas (funcionario de empleo, personal eventual y cargo político) para constatar el desacierto técnico-jurídico de esta interpretación. Así es comprobable una nueva visión del problema adaptada a los criterios hermenéuticos expuestos. Este es el supuesto de la nueva corriente dogmática iniciada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en una corriente ya consolidada, de la que son muestra las sentencias de 9 de julio de 2004 (Rec. 82/04), 30 de julio de 2004 (Rec. 301/04), 22 de septiembre de 2004 (Rec. 384/04), 8 de octubre de 2004 (Rec. 338/04) que revisan y contradicen los anteriores postulados. El núcleo argumental de estas resoluciones judiciales del Tribunal Cántabro, se centra en las siguientes notas:

- 1) La previsión legal del deber de cotizar por la contingencia de desempleo, surge del bloque normativo de la Seguridad Social; de este modo los Artículos 7, 15, 97 y 205.1 del TRLSS 1/1994 en relación con el Artículo 7.2 del Real Decreto de 22 de diciembre de 1995 remiten a las normas reguladoras de cada colectivo. La obligación nace al comienzo de la actividad profesional (Art. 12), y se mantiene durante el disfrute de la propia prestación (Art. 214 TRLSS 1/1994). El grupo profesional descrito en este trabajo cotiza de acuerdo con las bases y tipos previstos en la Orden de 12 de febrero de 2004 (Art. 27), desarrollo de la Ley de Presupuestos para 2003 (Ley 61/2003). A pesar de ello, el derecho a la prestación no es consecuencia inmediata de la cotización, sino de su incorporación al círculo de beneficiarios.

- 2) Se revisa, con especial atención, la naturaleza del vínculo que une al personal eventual con la administración. La sala cantabra desestima la concurrencia en éste, de las notas propias del cargo político. Este personal concebido como alto cargo, no accede en virtud del sistema electoral, ni se halla incorporado a un estatuto derivado de su condición de de electo. Sino que accede a una relación de derecho administrativo, nombrado y separado por la autoridad política con unos contornos plenamente definidos.

No hay duda alguna, desde una interpretación sistemática, de la pertenencia personal eventual al concepto de funcionario de empleo. El acceso al ejercicio de funciones públicas por el personal eventual, cimentadas en los principios de libre designación y revocación automática son comunes al personal de empleo. Su cualidad esencial es la contingencia en el empleo, cifrada en ruptura del vínculo con el decaimiento de la autoridad «política» que lo nombra (Ministros y Secretarios de Estado, Consejeros autonómicos o Alcaldes). Su relación amparada en el derecho administrativo (Art. 20.2 LMRFP 30/82, Art. 104 LRBRL 7/1985, Art. 3 y 5 de la LFCE) cuyo marco prefigura el contenido de sus funciones: directivas de confianza o asesoramiento de naturaleza especial, abona esta interpretación.

Su estructura y finalidad representa una alternativa frente al funcionario de carrera de corte francés y la introducción de modelos flexibles basados en la lealtad política del derecho anglosajón, donde el mérito y la capacidad ceden a favor de la confianza, con limitación de tiempo en su provisión e imposibilidad de su invocación como capacitación en el acceso a funciones públicas. El tribunal cántabro homologa ambos conceptos (funcionario de empleo y personal eventual), así expuesta la perspectiva de la controversia, le conduce a su inclusión en la protección por desempleo (Art. 205 TRLSS 1/94).

- 3) La interpretación teleológica o finalista de la norma aparece con razón última de ámbito subjetivo de la acción protectora de la norma: el Art. 205. 1 TRLSS 1/1994. No es otra, que la tutela de la provisionalidad en el trabajo, nota común al personal eventual e interino, garantía de una renta sustitutiva hasta una nueva ocupación. Este es el criterio delimitador de la cobertura en el Convenio internacional de la OIT Número 44 suscrito por España (Art. 2) por el que se obliga a mantener un sistema de garantía para los desempleados involuntarios, con posibilidad de exclu-

sión<sup>23</sup> para el Estado firmante de los trabajadores «*con empleos estables dependientes del gobierno*»; permanencia de funcionarios de carrera en garantía de su inamovilidad, por contraposición al colectivo de funcionarios de empleo (interinos y eventuales) cuya provisionalidad y ausencia del derecho al cargo ha sido resaltada ya.

- 4) El Tribunal Constitucional ha remarcado el derecho a invocar los tratados internacionales ratificados (Art. 96 CE) ante la jurisdicción ordinaria y según el sentido de sus cláusulas, sin que pueda tomarse como canon de constitucionalidad (SSTC 37/1994, 10 de febrero, FJ 2; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 48/1998, de 22 de marzo, FJ 14; 254/1993, de 29 de julio, FJ 5). La posición de supralegalidad y su relación con el resto del Ordenamiento bajo el principio de competencia es cuestión aceptada por la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia 66/1982, de 12 de noviembre, entre otras, y el Consejo de Estado en su dictamen de 25 de septiembre de 1958. Tratado que forma parte del Ordenamiento, una vez celebrado y publicado oficialmente (Art. 96 CE y 1.7 CC), sin que pueda ser modificado o derogado, sino en virtud de sus propias cláusulas o las normas de derecho internacional<sup>24</sup>. Según la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada en 1971, en su artículo 31.1 los tratados deberán ser interpretados de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y finalidad. Para el derecho internacional el principio de probidad exige el ajuste a sus determinaciones al «*pacta sunt servanda*»; evitando interpretaciones contrarias a su propósito teleológico; éste no es otro que la tutela del empleo público sin estabilidad laboral (Art. 2.2 c) Con-

---

<sup>23</sup> El Artículo 2 del Convenio de la OIT Número 44 permite excepcionar de la protección por desempleo a los trabajadores cuyas ganancias sean consideradas elevadas por la autoridad competente para poder protegerse ellos mismos contra el desempleo, caso del contrato laboral de alta dirección. Sobre la interpretación de los Tratados Internacionales puede consultarse el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, instrumento de adhesión de España de 27 de mayo de 1972 (BOE de 13 de junio de 1980).

<sup>24</sup> La versión inicial de anteproyecto de Constitución Española predicaba para los Tratados Internacionales una posición jerárquica superior a las leyes, rectificada en su versión definitiva. La doctrina encuentra la respuesta a la relación normativa entre Ley y Tratado en el principio de competencia. La materia adoptada por un tratado, quedaría «*acotada en una esfera dentro del sistema de fuentes y sometida a un tratamiento procesal específico, el propio derecho internacional, resistente a la invasión de cualquier norma legal*», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. «*Curso de Derecho Administrativo*», Civitas, Madrid, 4ª edición, 1984, p. 169.

venio OIT). La observación individual realizada por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones, dependiente de la Organización Internacional del Trabajo expresa su preocupación por el alto número de desempleados desprovistos de protección, formulando una interpretación acorde con los postulados convencionales, como expresión más acabada de la voluntad de las partes y deudora de la máxima «*in claris non fit interpretatio*», centrada en la ausencia interpretativa excluyente o negativa, cuando no se requiera por estar comprendido el ámbito material o el propósito normativo.

- 5) El funcionario eventual aparece diferenciado del interino en razón de las funciones reservadas a éste colectivo, vinculadas al interés general permanente de las administraciones públicas y al ejercicio de autoridad, ausentes las notas directivas o de confianza. Su nombramiento por razones de urgencia y necesidad, pero de acuerdo con criterios de mérito y capacidad, y su cese con la provisión definitiva de la plaza por el procedimiento reglado (oferta de empleo público y proceso selectivo – ver apartado II–), con independencia de la autoridad que lo nombra, le separan del funcionario eventual. Esta cualidad de temporalidad en el cargo, no obstante, asimila su régimen de protección por desempleo (Art. 205. 1 TRLSS 1/94).

#### IV. CONCLUSIONES

Primera. La distinción entre personal funcionario y el personal laboral es básica en la legislación vigente. El primero sometido al derecho Administrativo, sus condiciones de trabajo quedan referidas a la Ley y su desarrollo a través de la potestad reglamentaria; el segundo penetrado por el convenio colectivo, el pacto individual. No obstante, aparece una tendencia a homologar ambos colectivos en el régimen de la Seguridad Social, y dentro de este, en la protección por desempleo.

Segunda. Un instrumento de perfeccionamiento del derecho al trabajo (Art. 35 CE), lo constituyen sus políticas pasivas, entre ellas: el desempleo. La pérdida involuntaria de ocupación o desempleo, aparece tutelado por una contingencia, tendente a sustituir la renta perdida en función de la cotización efectuada, durante un determinado período de tiempo.

Tercera. La protección de desempleo alcanza a los trabajadores por cuenta ajena, caracterizado su régimen de empleo por la provisionalidad,

por contraposición al funcionario de carrera cuya nota dominante es la inamovilidad y el derecho al cargo.

Cuarta. Un sector de la función pública lo constituyen los funcionarios de empleo (eventuales e interinos), colectivo caracterizado por su inestabilidad laboral. Este grupo funcional resulta escindible del cargo público electivo. Su régimen jurídico, nombramiento y cese, así como las funciones desempeñadas y la sumisión al derecho administrativo son vestigios jurídicos de su particularismo. Por todo ello, resultan acreedores de la protección por desempleo.

### **III. Crónicas y Documentos**