

I.- LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. ALGUNAS CLAVES DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

II.- LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, DEL CONSEJO, DE 28 JUNIO 1999, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP, SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

III.- EL CONCEPTO OBJETIVO DE UTILIZACIÓN ABUSIVA DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL EN EL DERECHO EUROPEO.

IV.- LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA EXISTENCIA DE ABUSIVIDAD EN LA UTILIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL.

V.- LA RESPUESTA NORMATIVA. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO.

I. LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. ALGUNAS CLAVES DE LA SITUACIÓN ACTUAL.

La alta tasa de empleo público temporal en nuestras Administraciones es un fenómeno que contraviene el Derecho europeo constituido por la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 junio 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada. Si ya de por sí la temporalidad en el empleo en general, constituye una de las principales lacras de nuestro sistema productivo, sus efectos en la Administración pública tienen trascendencia más allá de lo económico, afectando negativamente a la calidad de la función pública, basada en un sistema de selección profesional que debe garantizar la libre concurrencia, el respecto a los principios de igualdad, merito y capacidad.. Por otra parte, el problema del empleo público temporal está generando una enorme litigiosidad en los tribunales de justicia, tanto por lo que se refiere a los aspectos relativos a eventuales discriminaciones en los derechos de los empleados públicos temporales, como en el aspecto específico de la abusividad.

Por ello, no es de extrañar que en el conjunto de reformas que España debe afrontar para recibir los Fondos Europeos aprobados con motivos de la crisis económica derivada de la pandemia por la COVID-19 (Fondos Next Generation) se haya introducido el asunto de la elevada temporalidad en la función publica. Dicho en palabras de la exposición de motivos de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para

reducir la temporalidad en el sector público «[...] La necesidad de dar respuestas a este problema ha determinado que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR), ya evaluado favorablemente por la Comisión Europea en la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del citado Plan, contemple en su componente 11, relativo a la Modernización de las Administraciones Públicas, la reforma referida a la reducción de la temporalidad en el empleo público [...]»

Ahora bien, en el origen de tal iniciativa está, entre otros factores, la constatación de que nuestro ordenamiento jurídico no satisface los requerimientos del derecho europeo en materia de empleo público temporal. En este sentido es muy relevante el papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como el seguimiento que la propia Comisión Europea ha hecho respecto al cumplimiento por España de la legislación europea sobre el empleo temporal. La jurisprudencia del TJUE, construida sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 junio 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, ha sido el hito decisivo para la evolución y adaptación de la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo, tanto por su Sala de lo Contencioso-administrativo como de lo Social, sobre la delimitación del concepto de utilización abusiva de la relación laboral de duración determinada en el ámbito del empleo público, y, lo que es más importante, las consecuencias que de ello se derivan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, interpretado a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

No obstante, hay que advertir que esa respuesta de adaptación jurisprudencial no es por sí misma suficiente, pues el calado del problema y, principalmente, la insuficiente de las respuestas que proporcionaba nuestro ordenamiento jurídico interno, han requerido una actuación legislativa, que tan solo de forma parcial se ha abordado por el Real Decreto ley 14/2021 de 8 de julio, primero, y luego por la Ley 20/2021 de 28 de diciembre posteriormente.

Por lo que respecta al régimen jurídico de los empleados públicos, el del personal funcionario está regulado en los art. 8 a 10 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), que clasifica a los empleados públicos en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual.

En esta fase del análisis, nos interesa precisar cual era el régimen jurídico que estaba vigente con anterioridad a las novedades introducidas en la redacción del Estatuto Básico del Empleado Público, por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el Sector público, y poco antes, por el Real Decreto Ley 14/2021 de 8 de julio, del mismo título. El esquema, no

obstante, es muy semejante, y las novedades se han producido en el ámbito van en la línea de remarcar el carácter temporal de su relación de servicio, así como regular, de manera más precisa las causas de cese.

Los funcionarios interinos son aquellos que en virtud de un nombramiento legal, y bajo determinadas situaciones previstas de manera específica por la legislación de función publica, prestan servicios en periodos limitados de tiempo por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia. Estas razones están taxativamente previstas (cobertura de una plaza vacante, sustitución transitoria del titular, ejecución de programas de carácter temporal y exceso o acumulación de tareas), siendo causa de su cese la desaparición de la causa que originó el nombramiento como interino. Además, las vacantes que eran cubiertas por funcionarios interinos debían ser incluidas, según la redacción del art. 10.4 EBEP vigente hasta las reformas legislativas de 2021, en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización, a lo que se añade que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar debería desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años (art.10.4 y 70 TREBEP).

Por su parte, el personal estatutario de los servicios de salud cuenta con un estatuto funcionarial especial, regulado en la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (EMPE), siéndole de aplicación supletoriamente el TREBEP. El personal estatutario fijo, según establecen los art.8 y 9 EMPE, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven, mientras que el personal estatutario temporal (de interinidad, de carácter eventual o de sustitución) es nombrado por razones de diversa índole, inherentes a la duración determinada de los nombramientos. El nombramiento del personal estatutario temporal puede tener, según los casos, carácter interino (para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud), eventual (para cubrir necesidades temporales, urgentes, coyunturales, o extraordinarias, o para la prestación de servicios complementarios) y de sustitución (para atender las funciones del personal fijo o temporal como ocasión de periodos de vacaciones, permisos o ausencias temporales con reserva de plaza).

El cese del personal estatutario interino se producirá cuando se incorpore personal fijo a la plaza que desempeñe, o cuando dicha plaza resulte amortizada, y es causa del cese del personal eventual la supresión de las funciones que motivaron su nombramiento.

Por lo que respecta al personal estatutario eventual, se prevé que si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, debería realizarse un estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro (art.9.3 EMPE).

Algunas de las causas que subyacen en el fenómeno de la utilización abusiva del empleo público temporal

El fenómeno de la utilización abusiva del empleo público temporal no es reciente. Ya en los primeros años del proceso autonómico, en la década de los 80 del siglo pasado se dio una situación semejante, aunque entonces motivada por la enorme transformación del empleo público que requirió la instauración del Estado de las Autonomías. En las dos últimas décadas, este fenómeno se ha incrementado exponencialmente como consecuencia, primero del crecimiento del empleo de las Administraciones Públicas, en los años de expansión económica que discurrieron desde mediados de la década de los años 90 del pasado siglo hasta finales de 2007, y, después, por las medidas de contención presupuestaria adoptadas a raíz de la crisis económica que se inició en 2008, tras ese dilatado periodo de expansión económica. Aquellas medidas restrictivas presupuestarias, que se iniciaron en el año 2010, y se prolongaron durante varios ejercicios, supusieron, en lo que afecta al empleo público, la limitación de las tasas de reposición de personal público introducidas, primero por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 y luego por las sucesivas disposiciones presupuestarias para los siguientes años, que mantuvieron determinados porcentajes máximos de las tasas de reposición.

Estas disposiciones fueron interpretadas por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en lo que ahora interesa, respecto a la procedencia de incluir o no en la oferta de empleo público las plazas ocupadas por personal interino o temporal. Así, a propósito de la impugnación de las disposiciones de aprobación de la oferta de empleo público que no incluían las plazas ocupadas por interinos, conforme establecía el art. 10.4 del EBEP, nuestra jurisprudencia concluyó que los respectivos preceptos de las leyes presupuestarias, dado su rango legal, exceptuaban, en los respectivos ejercicios, lo que determina el artículo 10.4 del EBEP, sobre inclusión de las plazas vacantes desempeñadas por interinos en la oferta de empleo público del ejercicio en que se produce su nombramiento o el inmediato siguiente. En ese sentido pueden citarse, entre las más recientes, las sentencias nº 1432/2017, de 25 de septiembre de 2017 (casación 363/2016), nº 688/2017, de 21 de abril (casación 1688/2016), nº 1866/2016 , nº 1686/2016 , nº 1424/2016 , nº 1011/2016 , 993/2016, de 15 de diciembre de 2015 (casación 3686/2014), de 13 de octubre de 2015 (casación 2573/2014), de 9 de octubre de 2015 (casación 2561/2014), de 18 de mayo de 2015 (recurso 1690/2014) y de 9 de marzo de 2015 (casación 867/2014).

La consecuencia fue que estas plazas ocupadas por personal interino no eran incluidas en las respectivas ofertas de empleo público, salvo en los supuestos de sectores concretos previstos por las referidas normas presupuestarias. Así, los funcionarios interinos permanecían en muchos casos en dichas plazas o bien en las que resultaban vacantes como consecuencia de los procesos de movilidad, manteniéndose

de forma prolongada la relación de servicio interina más allá de los límites temporales que en principio diseñaban los art. 10 y 70 del EBEP. Esta es una de las principales razones, aunque no la única, por lo que se ha generado un importante numero de empleados públicos temporales que se encontrarían en una situación de utilización abusiva de las relaciones de empleo temporal, en los términos de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 junio 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada.

II.- LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, DEL CONSEJO, DE 28 JUNIO 1999, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP, SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

Para delimitar el concepto de abusividad, como noción específica del derecho europeo, es preciso examinar lo dispuesto en las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco, que establecen lo siguiente:

« [...] Principio de no discriminación (cláusula 4)

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 vengan justificados por razones objetivas.

Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5)

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) 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 [...]»

La jurisprudencia del TJUE, en respuesta a distintas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales europeos, ha ido precisando – bien que en ocasiones con vacilaciones y cambios de sentido – el alcance del Acuerdo Marco en el sector público.

El Acuerdo Marco, ya se ha dicho, tiene un doble objeto: mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando el respeto al principio de no discriminación, y establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula 1). Asimismo, la Directiva 1999/70/CE tiene por objeto la aplicación del Acuerdo Marco.

El principio de no discriminación entre trabajadores con contratos fijos y con contratos de duración determinada, reconocido expresamente en la cláusula 4 del Acuerdo Marco, según establece la jurisprudencia europea (SSTJUE 13 septiembre 2007, del Cerro Alonso, C-307/05, apartados. 37 y 38; de 15 abril 2008, Impact, C-286/06 y de 13 marzo 2014, Nierodzik, C-38/13, entre otras), constituye un principio general del Derecho de la Unión Europea que prohíbe tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, entendiendo como estos últimos, aquellos que realizan un trabajo

idéntico o similar, teniendo en cuenta su calificación y tareas desempeñadas. Las excepciones requieren la concurrencia de razones objetivas que avalen las diferencias de tratamiento.

La finalidad del principio de no discriminación es impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida.

Por otra parte, la prohibición de discriminación se extiende tanto a empresas del sector privado como a las Administraciones Públicas, y ha conducido al reconocimiento por el TJUE de ciertos derechos, en principio específicos de los empleados públicos fijos, a los empleados públicos con contrato de duración determinada. Así pues el personal público, ya sea calificado como funcionario interino, personal estatutario interino o eventual, pero también personal laboral temporal, estaría incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del Acuerdo Marco (cláusula 3), pues el TJUE ha interpretado que el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan, ni tomar en consideración el estatuto jurídico de cada funcionario público en sus distintas categorías, ni el de los empleados públicos en régimen laboral (STJUE 14 septiembre 2016, C-16/15, María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 24).

La cláusula 5 del Acuerdo Marco, bajo el epígrafe «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva» establece que a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, deben introducir una o varias de las siguientes medidas:

- a) 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, y
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Además, dispone que los Estados miembros determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada se considerarán “sucesivos” o celebrados por tiempo indefinido.

La cláusula impone a los Estados miembros la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando el Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes (STJUE 21 noviembre 2018, De Diego Porras, C-619/17, apartado 84). De modo que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir a una o varias de las medidas enunciadas

en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco o incluso a medidas legales existentes, siempre que sean equivalentes y suficientemente disuasorias, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores.

Por tanto, la cláusula 5, apartado 1 del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros un objetivo general de evitar los abusos de la contratación temporal, dejándoles la elección de las medidas que consideren más adecuadas para alcanzarlo, atendiendo a sus especiales características, sin que ello suponga, claro está, poner en cuestión el efecto útil de la Directiva.

Resulta esencial destacar que la cláusula 5 no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional, por lo que carece de eficacia directa (STJUE 3 junio 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, C-726/19, apartado 78, y de 19 marzo 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18, apartado 118). Por consiguiente, no cabe que un particular pueda invocar esta cláusula para excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria y, en lo que hace al órgano judicial nacional, no está obligado a dejar sin aplicación esa disposición (STJUE 3 junio 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, C-726/19, apartado 81).

Ahora bien, la ausencia de efecto directo de la cláusula 5^a no exime al órgano judicial de la obligación de interpretar la normativa nacional a tenor de la finalidad de la Directiva para alcanzar su resultado, siempre que ello no sea contrario a los principios generales del Derecho (en especial, aquí nos referimos a los principios de seguridad jurídica, irretroactividad o prohibición de interpretación contra legem del Derecho nacional, entre los más significativos, pero también a aquellos principios que, como el de igualdad, capacidad y merito se incorporan al acceso al empleo público), pues ello forma parte de la exigencia derivada de la "interpretación conforme" (STJUE 3 junio 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, C-726/19, apartados 82 a 86).

Este principio de interpretación conforme ha sido reconocido también por nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 1294/2020, de 14 de octubre, Rec. 6333/2018, en la que, con sustento en la jurisprudencia europea, destacará la obligación del órgano jurisdiccional nacional de dar al Derecho interno, en la medida de lo posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión, para garantizar su plena efectividad al resolver el litigio de que conozca (sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, C-158/16). Ello incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya establecida si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva (STJUE 4 junio 2020, C-495/19). En cumplimiento de esta obligación los Tribunales nacionales han de tomar en consideración el conjunto de normas del Derecho interno y

aplicar métodos de interpretación reconocidos por este, para interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad la Directiva en cuestión a fin de alcanzar el resultado que esta persigue (SJUE 10 diciembre 2020, C-735/19).

En síntesis, la cláusula 5 del Acuerdo Marco, aun no siendo directamente aplicable, obliga al órgano judicial en la medida de lo posible a su consideración en la interpretación de la normativa interna, siempre que se pueda conciliar con los principios generales del Derecho interno y no suponga una aplicación contra legem de su ordenamiento jurídico, si bien, como ha declarado la STJUE de 19 de marzo de 2020, C - 103/18 (apartado 123) la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, , apartado 110 y jurisprudencia citada).

Por último, la invocación de razones presupuestarias no puede justificar la falta de adopción de medidas preventivas para evitar la utilización abusiva de figuras de empleo temporal. El TJUE ha llegado a afirmar explícitamente que la aprobación de leyes de presupuestos que prohíban la organización de procesos selectivos en el sector público no puede anular o restringir la protección de que gozan los trabajadores temporales (STJUE 3-6-21, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, C-726/19, apartados 89 a 93).

III.- EL CONCEPTO OBJETIVO DE UTILIZACIÓN ABUSIVA DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL EN EL DERECHO EUROPEO.

El concepto de utilización abusiva del empleo público temporal es, por lo que hace al ámbito de la Directiva 1999/70, un concepto estrictamente objetivo, basado en la utilización de empleo temporal para satisfacer necesidades estructurales o permanentes del empleador. De ahí que la aquiescencia del trabajador, o la inacción por parte del mismo resulten irrelevantes. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha superado algunas reticencias en la calificación de abusiva de relaciones de empleo público en las que se trataba, bien de nombramientos únicos de larga duración, bien de nombramientos sucesivos para satisfacer necesidades duraderas o estables de la Administración empleadora, y así se declara reiteradamente, a partir de la STS núm. 1401/2021 de 30 noviembre, Rec. 6302/2018 (ECLI:ES:TS:2021:4532), y núm. 1449/2021 de 10 diciembre, Rec. 6674/2018 (CLI:ES:TS:2021:4670) que «la utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo. La calificación de la

situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente». En el mismo sentido se expresa la STS núm. 1450/2021 de 10 diciembre, Rec. 6676/2018 (ECLI:ES:TS:2021:4673).

Las situaciones donde se había producido un único nombramiento temporal, aunque se prolongara injustificadamente en el tiempo con incumplimiento de lo previsto en los preceptos citados (art.10.4 TREBEP y art.9.3 EMPE) suscitaron en principio mayores dudas, hasta el punto de haber negado la calificación de abusivas en varias sentencias muy próximas en el tiempo a la ya citada de 30 de noviembre de 2020, que marca, sin duda, un hito en la delimitación del concepto de utilización abusiva de las relaciones de empleo público temporal. En efecto, el Tribunal Supremo rechazó esta calificación de abusiva respecto a relaciones con un único nombramiento prolongado en el tiempo en la Sentencia núm. 1202/2020 de 24 septiembre, rec. 2302/2018, en la que afirma que, en supuestos en los que existe un único nombramiento (en el caso como personal interino), «no concurre el supuesto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco». Y que por ello «...debemos seguir lo ya dicho en la reciente STS 28 mayo 2020, casación 5801/2017, por lo que no debe analizarse la aplicación al caso de la también reciente STJUE 19 marzo 2020, dictada en los asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18; de la doctrina fijada por esta Sala Tercera en dos sentencias el día 26 de septiembre de 2018, rec. 1305/2017 y rec. 785/2017, a las que hace mención el auto de admisión, puesto que las tres se refieren a supuestos de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" o "nombramientos sucesivos"». En ese mismo sentido, se pronunciaron posteriormente las SSTS núm. 1428/2020 de 29 octubre, rec. 1868/2018, y núm. 1429/2020 de 29 octubre, rec. 2596/2018.

El Tribunal Supremo, en todos estos casos, analiza las circunstancias concretas del caso para declarar, especialmente en los casos en que había un único nombramiento, que no existía abuso. Así, en la sentencia de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2702) declara que « [...] La legislación española sobre función pública, que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos, ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.» Esta doctrina fue ratificada en la posterior STS de 16 de junio de 2021 (STS, Contencioso sección 4 del 16 de junio de 2021 (ROJ: STS 2530/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2530 en la que se declara que « [...] esta Sala ha tenido ya ocasión de examinarla y resolverla. En nuestras sentencias nº 602/2020, de 28 de mayo, y nº 1062/2020, de 21 de julio, relativas a los recursos de casación recordados en el auto de admisión, se da una respuesta negativa: con base en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la cláusula 4º del Acuerdo Marco

incorporado a la Directiva 1999/70/CE, oportunamente citada por la recurrente, esta Sala ha entendido que el cese del funcionario interino por causas objetivas no da derecho a indemnización. Por ello, la legislación española que no contempla indemnización para este supuesto no es contraria a la mencionada normativa europea. Esta doctrina debe ahora ser reiterada, máxime teniendo en cuenta que el cese del funcionario interino por la finalización de la sustitución determinante de su nombramiento es, sin duda, una causa objetiva de terminación de la relación de servicio [...]»

Sin embargo, en el estado actual de la Jurisprudencia de la Sala Tercera, estas situaciones de un único nombramiento para el mismo puesto de trabajo, mantenido durante años, son calificadas por lo general de abusivas a los efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Para esta cambio de orientación jurisprudencial ha sido determinante la STJUE 19 marzo 2020 (C-103/18 y C-429/18, acumuladas) y la interpretación que en la misma se hace del concepto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" cuando engloba en el mismo «una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo".

Con sustento en tal precedente europeo, y de forma explícita se exponen las razones del cambio de enfoque jurisprudencial en la STS núm. 1452/2021 de 10 de diciembre, rec. 3989/2019, cuando en relación con el nombramiento de la recurrente como personal estatutario eventual que se mantiene desde el año 2003, declara lo siguiente: «en algunas ocasiones anteriores ha declarado esta Sala que no puede hablarse de situación abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco cuando ha habido un único nombramiento de carácter no fijo, porque lo que esta disposición busca es evitar renovaciones sucesivas de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo para cubrir necesidades de naturaleza permanente. Ahora bien, ciñéndonos a la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es preciso afirmar que, aun en presencia de un único nombramiento de carácter no fijo, la situación puede ser abusiva a efectos de la mencionada cláusula 5 del Acuerdo Marco si aquel único nombramiento es injustificadamente prolongado y, por consiguiente, si en ese tiempo habría debido la Administración organizar el correspondiente proceso selectivo para cubrir establemente la plaza. Véase, en este sentido, la sentencia Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19) de 3 junio 2021 (parágrafo 35) ». En el mismo sentido, y con cita de la anterior, puede verse

la STS de 22 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4812) y también las SSTS núm. 1510/2021 de 16 diciembre, rec. 6157/2018, y núm. 1510/2021 de 16 diciembre, Rec. 7467/2018.

De esta manera nuestra jurisprudencia también considera abusiva la irregular o improcedente prolongación administrativa de un único nombramiento temporal como funcionario interno, o como personal estatutario, de carácter interino o eventual, para cubrir necesidades que la Administración no ha demostrado que no fuesen permanentes.

A la misma conclusión, ha llegado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 28 junio 2021, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3263/2019.

IV.- LAS CONSECUENCIAS DERIVAN DE LA EXISTENCIA DE ABUSIVIDAD EN LA UTILIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL.

Acerca de las consecuencias jurídicas que, en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la legislación española, resultan aplicables a una situación contraria a lo contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, es constante la línea jurisprudencial iniciada en las STS de 26 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3250 y ECLI:ES:TS:2018:3251). Estas consecuencias son: (i) el derecho a la subsistencia de la relación de empleo temporal - con los correspondientes derechos profesionales y económicos- hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art.10 en relación con el art.70 TREBEP o por el art.9.3 EMPE, y (ii) el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta. El Tribunal Supremo , en esta interpretación, concilia las exigencias del Derecho europeo con la interpretación del TREBEP y del EMPE y, en especial, los principios constitucionales y el ordenamiento nacional.

1. La pretensión de permanencia indefinida en el puesto de trabajo en que se ha producido la utilización abusiva.

En efecto, en este tipo de litigios se plantea por los demandantes la pretensión de que se les reconozca, en caso de utilización abusiva de relaciones de servicio de duración determinada, la condición de funcionarios de carrera, o de personal en una situación equivalente, incluso con la condición de " a extinguir". El fundamento de esta pretensiones, en buena parte de los casos, es que tal medida constituiría una "sanción" adecuada, en los términos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, al abuso en la relación temporal sucesiva, y una medida idónea para eliminar las consecuencias de la infracción de la Directiva . Con frecuencia estas pretensiones se articulan de forma subsidiaria unas respecto a otras, instando el reconocimiento de: (i) la condición de funcionarios de

carrera -o personal estatutario fijo-, con destino en el puesto de trabajo al que está adscrito; (ii) la condición de personal público fijo equiparable a los funcionarios de carrera -o personal estatutario fijo- al servicio de la Administración empleadora, y (iii) el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña, como titular y propietario del mismo, con los mismos derechos y condiciones de trabajo que los funcionarios de carrera.

Pues bien, estas cuestiones han sido abordadas, en una línea jurisprudencial constante de la que es exponente, por su claridad, la referida STS núm. 1403/2021 de 30 noviembre, Rec. 5558/2019 , que refiriéndose al personal estatutario de carácter eventual en servicios de salud, ha declarado que:

«(...) constatada la utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EBEP, con vulneración de lo dispuesto en la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el artículo 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

Esta solución es la más acorde con las exigencias de una planificación adecuada de los recursos públicos en los servicios de salud, bajo los principios de buena administración que vinculan a la Administración (artículo 103.1 CE), ya que corresponde a la Administración titular del servicio determinar, tras los estudios correspondientes, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión.

La jurisprudencia de nuestra Sala ha rechazado reiteradamente la aplicabilidad de la figura de personal indefinido no fijo como solución para los supuestos de utilización sucesiva por las Administraciones Públicas de contratos o nombramientos de carácter temporal para atender necesidades permanentes o de carácter estructural. Igualmente, ha considerado esa jurisprudencia que no procede reconocer al personal nombrado por tiempo determinado en las condiciones que se acaban de mencionar el derecho a ser indemnizado por su cese cuando este se acuerde por la Administración [...].».

El estudio cuya realización impone el art.9.3 EMPE, según afirma la sentencia núm. 1425/2018 de 26 septiembre, rec. 785/2017, «debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por ese personal, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de

mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art.9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas».

En resumen, en las sentencias reseñadas se establece como doctrina jurisprudencial que cuando se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual, ex art.9.3 EMPE, la solución jurídica aplicable es la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, transformando el nombramiento eventual en interino.

Se reitera así, la doctrina establecida en la STS de 16 de diciembre de 2020, Sección 4^a, 16-12-2020 (rec. 2081/2019 ECLI:ES:TS:2020:4341) que a su vez continua la establecida en las sentencias de 26 de septiembre de 2018, citadas.

En la base de esta doctrina subyacen consideraciones atinentes a las exigencias de una planificación adecuada de los recursos públicos en los servicios de salud, bajo los principios de buena administración que vinculan a la Administración (art. 103.1 CE), ya que corresponde a la Administración titular del servicio determinar, tras los estudios correspondientes, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión. Además, la conversión del personal temporal que fue nombrado como interino en personal de carrera, confronta con el sistema de acceso de la función pública previsto en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional, basado en los principios de mérito y capacidad (art.23 CE), con lo que se vulneraría el derecho fundamental de los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, ya que el puesto que desempeña el empleado interino se vería excluido del proceso selectivo al que podría concurrir cualquier persona con los requisitos que señala la ley . Ello supondría, además, un privilegio inaceptable para el empleado interino, al no verse obligado para seguir desempeñando la plaza que ocupa a participar y superar un proceso selectivo que imperativamente tiene carácter abierto y debe garantizar la libre concurrencia, sin perjuicio de la valoración de la experiencia profesional en la fase de concurso de los procedimientos selectivos con arreglo a las bases aprobadas.

Por tanto, ante situaciones en las que lo impugnado no es el cese del funcionario o empleado público en situación de abusividad, la STS de 3 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4526) declara que « [...] bajo tal marco resulta improcedente la pretensión ejercitada, y desestimada en la instancia, de obtener un nombramiento de personal estatutario fijo dado el contenido del artículo 23 CE, sobre mérito y capacidad, (STS 17 de noviembre de 2020, casación 4641/2018) y la interpretación que sobre la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999 ha venido realizando el TJUE [...]» .

Por las mismas razones no es posible reconocer al personal interino que ha sufrido situación de abusividad el derecho a permanecer, aun sin el reconocimiento de la condición de funcionario de carrera, en el puesto de trabajo que desempeña, y con un estatuto jurídico equiparable en derechos y condiciones de trabajo que los funcionarios de carrera, pues esta situación supondría el reconocimiento a aquel personal temporal del régimen legal estatutario propio de la relación de servicio que vincula a los funcionarios de carrera con la Administración pública, sin ostentar tal condición.

Y por último, tampoco es procedente el reconocimiento al personal interino en situación de abusividad de la condición de personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social. Y es que, siendo cierto que el TJUE ha afirmado que la figura de los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada (sentencia de 14 septiembre 2016, Martínez Andrés y Castrejana, C 184-15 y C 197/15, apartado 53), la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido rechazando reiteradamente esta solución, desde las sentencias de 26 de septiembre de 2018, recaídas precisamente a propósito de los recursos contencioso-administrativo en que se plantearon las cuestiones prejudiciales resueltas por la citada STJUE de 14 de septiembre de 2016, con base en la diferente naturaleza del vínculo estatutario, frente al laboral.

No obstante, no cabe negar las semejanzas con el régimen de los indefinidos no fijos laborales, dejando al margen la cuestión de la indemnización por extinción de la relación, a la que a continuación nos referiremos.

2.- La indemnización

En muchas ocasiones, los recurrentes plantean, con el mismo fundamento de la situación de abusividad en la utilización del empleo temporal, que se les reconozca una indemnización económica, como compensación al abuso sufrido en la relación temporal sucesiva mantenida. El fundamento que se invoca para tal pretensión es reparar el daño sufrido, derivado de la situación de abuso en que se habría mantenido al funcionario temporal. También se invoca la pérdida de oportunidad, o directamente que la medida es una sanción por la vulneración del Acuerdo Marco. Este tipo de pretensiones se plantean, frecuentemente, con motivo del cese del empleado público temporal en situación de abusividad, cese que, en principio, se fundamenta en una causa que aparece ajustada a Derecho. Se pretende, en la generalidad de los casos, una indemnización que se concreta en la de veinte días por año trabajado hasta un máximo de doce mensualidades, pretensión que se sustenta, en muchas ocasiones, en la mera analogía con la establecida por la legislación laboral, y admitida por la reciente jurisprudencia de la Sala Cuarta, por todas la STS de 28 de junio de 2021 (

ECLI:ES:TS:2021:2454) para los casos de trabajadores con vínculo laboral en situación de abusividad, bajo determinadas condiciones.

Este extremo ha sido abordado por la reciente jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la STS 1401/2021 de 30 noviembre, rec. 6302/2018 (ECLI:ES:TS:2021:4532), en relación con la indemnización por cese de personal interino de la Administración sanitaria, cese cuya conformidad a derecho no fue cuestionada en la instancia, al dejar firme el pronunciamiento que así lo declaró. En esta sentencia, se declara la utilización abusiva de la situación de interinidad, y, respecto a la pretensión de indemnización, auténtico núcleo del debate, se aborda la cuestión de la falta de fundamento de la analogía con la legislación laboral para sustentar el derecho a la indemnización, y se afirma que « [...] cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada-, la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral [...]». Explica la sentencia del Tribunal Supremo que « la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un "estatuto" en gran medida heterónomo, y en que en este sentido no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración [...]».

A continuación, aborda la eventual actividad administrativa generadora del daño o perjuicio y razona que « [...] El cese ajustado a Derecho no puede ocasionar un daño susceptible de indemnización [...]» pues ésta « [...] sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar [...]», lo que pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños. En definitiva, concluye la STS de 30 de noviembre de 2021, «el mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño [...]».

En definitiva, la auténtica naturaleza de la indemnización reclamada, y que había sido reconocida en las sentencias de instancia objeto del recurso, constituiría un « [...] castigo a la Administración que ha permitido -si no alentado- esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada que están legalmente pensadas para otros fines [...] », fundamento al que la sentencia opone que « [...] la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta».

La cuestión que surge es si, aun no existiendo una previsión legal específica para otorgar una indemnización de esta naturaleza punitiva, esta conclusión podría encontrar apoyo en la propia Directiva 1999/70 y en la Jurisprudencia del TJUE, y al respecto concluye la STS de 30 de noviembre de 2021 que « [...] [e]l deber de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora, como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, no viene impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea atinente a la cláusula 5 del Acuerdo Marco; jurisprudencia que ha afirmado de manera inequívoca que dicha cláusula 5 "[...] no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional[...]". Así las sentencias Sánchez Ruiz (C-103/18 y C-429/18) de 19 marzo 2020 (parágrafo 118) e Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19) de 3 de junio de 2021 (parágrafo 79)».

Para el Tribunal Supremo, el deber de interpretación y aplicación del derecho nacional en línea con la mayor efectividad del derecho europeo no puede llevar a establecer una compensación económica con finalidad punitiva - que no indemnización pues no responde a ningún daño o perjuicio acreditado – pues, siendo « [...] verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia Directiva a las Directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la Directiva [...] la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo caer en la arbitrariedad. Y, como se ha visto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados [...]».

En definitiva, la STS de 30 de noviembre de 2021 vuelve a recordar que la base de indemnización debe fundarse en el instituto de la responsabilidad patrimonial de manera que nada de lo anterior obsta a que « [...] quien habiéndose hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva [no] pueda, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido».

Así pues el Tribunal Supremo reitera su doctrina, recogida en las sentencias núm. 1425/2018 y núm. 1426/2018 de 26 septiembre, Rec. 785/2017 y 1305/2017, que se mantiene en multitud de pronunciamientos posteriores (SSTS núm. 1576/2021, de 22 de diciembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4812; núm. 1542/2021 20 de diciembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4803; núm. 1536/2021, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021: núm 1551/2021, de 21 de diciembre de 2021 ECLI:ES:TS:2021:4816; 1497/2021, de 15 de diciembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4801; núm. 1510/2021 de 16 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4671.

Ahora bien, tal y como puntuiza la sentencia núm. 1401/2021 30 de noviembre, rec. 6302/2018, estas son las consecuencias actualmente contempladas en el ordenamiento español para la utilización abusiva de figuras de empleo público de duración determinada -de lege lata-. Pero nada de ello impide al legislador, si lo considera oportuno, establecer alguna clase de compensación para situaciones como la aquí examinada, y en este punto enlaza el razonamiento con lo que regula, si bien con efectos pro futuro, el Real Decreto Ley 14/2021, de 6 julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, y posteriormente recogido en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que usan la expresión "compensación económica", en vez de "indemnización", dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por tanto, la doctrina casacional fijada en la STS de 30 de noviembre de 2021, y reiterada en las posteriores sentencias citadas, es que «el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permiten».

Siendo así las cosas, la indemnización por responsabilidad patrimonial debe estar ligada al menoscabo o daño de cualquier orden producido por la situación de abuso, efectivo e identificado, pues aquella institución no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora. Por ello, como señala la STS núm. 1426/2018 de 26 septiembre, rec. 1305/2017 ECLI:ES:TS:2018:3251, ello nos remite, por completo, al régimen de la responsabilidad patrimonial, lo que implica que « [...] el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida. Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público».

El Tribunal Supremo considera, en esta línea jurisprudencial consolidada a partir de las STS de 26 de septiembre de 2018, y confirmada en la de 30 de noviembre de 2021 y todas las demás citadas, que corresponde al legislador adoptar otras medidas que pudieran ir más allá de las ya reconocidas ante una utilización abusiva de figuras de empleo público temporal, a saber, la subsistencia y continuación de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por los art.9.3 EMPE y 10.4 TREBEP-, sin perjuicio de la eventual indemnización sobre la base de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, y no a modo de compensación.

En esta línea corresponde ahora examinar las medidas contenidas en el RDL 14/2021, de 6 julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, y posteriormente recogidas en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, si bien nos centraremos, por razones obvias de vigencia, en esta última.

V.- LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD

El incumplimiento por España de la Directiva 1999/70, por la ausencia en nuestro ordenamiento de medidas adecuadas para combatir la utilización abusiva del empleo público temporal, es reconocido explícitamente en la exposición de motivos de la Ley 20/2021, de reducción de la temporalidad en el empleo público. Esta legislación se enmarca en la necesidad de dar respuestas a este problema, hasta el punto de que, según explica la exposición de motivos de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre « [...] el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR), ya evaluado favorablemente por la Comisión Europea en la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del citado Plan, contemple en su componente 11, relativo a la Modernización de las Administraciones Públicas, la reforma referida a la reducción de la temporalidad en el empleo público [...]».

Aunque la citada exposición de motivos asegure que « [...] esto supone un antes y un después a la hora de afrontar las reformas estructurales de calado para adaptar y hacer más eficiente el funcionamiento de las Administraciones Públicas [...]» lo cierto es que la reforma es bastante más modesta, y tiene por objeto intentar reducir los altos niveles de temporalidad que reconoce el propio legislador – próximos al 30 por ciento según dice la EM - con el objetivo declarado de « [...] situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas, actuando la reforma en tres dimensiones: adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y, por último,

potenciación de la adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos [...].».

Lo cierto es que, además de que se trata de una mera reforma con ese limitado objetivo, también lo es que las medidas dirigidas a atajar el problema de la temporalidad se proyectan a futuro, pero no afectan – a excepción de lo que se regula sobre procesos de estabilización - al personal que hubiera estado en situación de abusividad. En efecto la ley 20/2021 previene, al igual que lo hacia el Real Decreto Ley 14/2021, que, en cuanto a las modificaciones incorporadas al Estatuto Básico del Empleado Público (art. 1 de la Ley 20/2011) tan sólo resultarán aplicables al personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor (disposición transitoria segunda) que fue, si nos atenemos al Real Decreto ley 14/2021, el 8 de julio de 2021. Para las situaciones anteriores, las medidas son las contenidas en su artículo 2, que configura el régimen de los procesos de estabilización de empleo temporal, al que se añade un controvertido proceso denominado excepcional de “estabilización de empleo temporal de larga duración” cuya régimen resulta de la Disposición Adicional sexta.

En síntesis, esta reforma legal introduce una nueva redacción en el art.10 TREBEP y establece plazos máximos para la duración de los nombramientos de funcionarios interinos: (i) tres años para plazas vacantes; (ii) el tiempo estrictamente indispensable que motive el nombramiento para sustituciones; (iii) tres años en el supuesto de nombramiento para ejecutar programas de carácter temporal, ampliable a doce meses más por las leyes de función pública de cada Administración, y (iv) nueve meses dentro de un periodo de dieciocho meses para el supuesto de exceso o acumulación de tareas.

En el caso de nombramiento de funcionario interino para plaza vacante, transcurridos tres años desde el nombramiento se producirá su cese y la vacante sólo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino. Esta previsión debe complementarse con lo dispuesto en el art. 70 del EBEP respecto a la convocatoria y ejecución de los procesos selectivos. Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el art.70 TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica.

Se refuerza, aunque en general con medidas puramente nominales, la sanción de las actuaciones irregulares en la materia, que darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. Así, se introduce una nueva Disposición adicional

decimoséptima en el Estatuto Básico del Empleado Público, que tiene por rúbrica « Medidas Dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público» y proclama que la responsabilidad de las Administraciones públicas en las contravenciones a las previsiones contenidas en la referida norma. Sin embargo, las medidas quedan reducidas a que las Administraciones “velaran” por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino, a que “promoverán” en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal, y, por último, en el apartado 2 de la citada DA 17^a se declara que « Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas ». Por otra parte el apartado 3 de la DA 17^a declara la nulidad de pleno derecho de « [...] todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido Directiva o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal [...].».

Pero no está claro que ninguna de estas prevenciones puedan resultar suficientemente efectivas en orden a garantizar la exigencia de responsabilidad por las vulneraciones en que pudieran incurrir las Administraciones públicas en la utilización abusiva del empleo de duración determinada. Desde luego, en términos de cumplimiento de la Directiva 1999/70, no es obvio que se puedan calificar de medidas equivalentes dirigidas a evitar situaciones de abuso contrarias a la citada Directiva 1999/70, a diferencia de lo que, por ejemplo, ha previsto la legislación italiana (artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo núm. 165/2001) por poner un ejemplo. Algunas de estas medidas introducidas en el Derecho italiano son de tipo personal, para el funcionario o autoridad responsable, puesto que los abusos cometidos se tienen en cuenta en la evaluación del desempeño de los directivos responsables, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. Y otras de índole institucional, dado que a las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación, no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción. En este sentido, puede verse la valoración que hace al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su STJUE de marzo de 2018, C-494/16, parágrafo 52.

La medida más efectiva que incorpora la nueva Ley 20/2021, en la misma línea que el Real Decreto ley 14/2021, es la previsión de que el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal temporal, a cargo de la Administración responsable, exigible a partir de la fecha del cese efectivo, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades (Da 17^a, apartado 4 del TREBEP). En este punto, interesa destacar que el concepto que utiliza el legislador es el de compensación y no

indemnización. De hecho, el siguiente apartado 5^a puntuiza que, para el caso de personal laboral temporal, la compensación será esa misma, con independencia de la, aquí sí, indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.

Esta compensación está referida a los «años de servicio» derivados del nombramiento de que traiga causa el incumplimiento, y no a otros anteriores. Sin duda se planteará litigiosidad al respecto en el caso de nombramientos sucesivos que puedan encubrir una única relación de servicios, en los términos que ha declarado la STJUE de 19 de marzo de 2020 o la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la STS 1401/2021 de 30 noviembre, rec. 6302/2018, ECLI:ES:TS:2021:4532).

En cuanto a las medidas directas para hacer frente a la situación de los empleados públicos que ya están en situación de abuso, la Ley 20/2021 introduce, en la misma línea que el Real Decreto Ley 14/2021, la consideración del plazo de tres años como el límite máximo por el que, como regla general, se extenderá el nombramiento de funcionario interino en el caso más frecuente, el de interinidad por vacante. Esta regla general de duración por tres años deja a salvo las excepciones que permite el art. 10.4 EBEP, esto es, que se haya publicado la correspondiente convocatoria para cubrir la plaza dentro del plazo de los tres años y hasta que se produzca su finalización. A la superación ilegal de este plazo se vincula también el derecho a la percepción de una compensación en los términos ya indicados.

Por otro lado, la Ley establece en su artículo 2 la ampliación de los procesos de estabilización de empleo temporal, como medida complementaria excepcional e inmediata, autorizando un tercer proceso de estabilización de empleo público, además de los regulados en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018 (art. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018), en los que se que incluirán las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. La articulación de estos procesos selectivos deberá garantizar, en todo caso, el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración convocante. La DA 8º reitera la necesidad de que los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluyan en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016. Cabe colegir que la finalidad de esta norma es la identificación de estas plazas, de forma específica, en los procesos de estabilización, para lo que se establece que, con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Administraciones

Públicas deberán certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas estructurales ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados.

En este proceso de estabilización de empleo temporal excepcional, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate. Adicionalmente a lo previsto en el Real Decreto ley 14/2021, la ley 20/2021 prevé la posibilidad de que no sean eliminatorios los ejercicios en fase de oposición, para lo que remite al marco de la negociación colectiva establecida en el art.37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el ámbito de la Administración local se establecen medidas de agilización de la selección, pudiendo encomendar la gestión material de la selección de su personal funcionario de carrera o laboral fijo a las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes en las comunidades autónomas uniprovinciales, así como se deja sin aplicabilidad, para estos procesos lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

Se establece, además, un calendario de cumplimiento de distintos hitos en el desarrollo de las ofertas de empleo relativas a estos procesos de estabilización, de manera que deberán publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022, y las respectivas convocatorias antes del 31 de diciembre de 2022, debiendo finalizar los procesos antes del 31 de diciembre de 2024.

También, en el marco de estos procesos selectivos se prevé una compensación económica para el personal funcionario interino que, estando en activo, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización. Esta compensación económica será equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrataéndose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El devengo, que está vinculado al cese efectivo, requerirá que se concurra – obviamente sin obtener plaza debido a la no superación de las pruebas - al proceso de estabilización regulado en el art. 2 de la Ley, y en este sentido conviene tener presente la vinculación que establece la ley entre el proceso de estabilización relativo a las plazas en situación de uso abusivo de la interinidad, al que se refiere el art. 2.1 de la Ley 20/2021, y los procesos de estabilización derivados de la Ley de presupuestos para los años 2017 y 2018 (art. 2.1 párrafo segundo de la Ley 20/2021).

Mención aparte requiere el denominado proceso excepcional que se introduce en la disposición adicional sexta de la Ley 20/2021, que se regirá por lo dispuesto en el art. 61.6 y 7 del EBEP, es decir por el sistema de concurso, y en el que habrá de incluirse aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, esto es, que sean de naturaleza estructural en la forma que dicha norma las define, y que estén dotadas presupuestariamente, así como que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Estos procesos excepcionales, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma. La exposición de motivos de la Ley 20/2021 se extiende en argumentar que este proceso supera el test de constitucionalidad, al ser de carácter excepcional, por una sola vez además de su cobertura legal, y lo hace con mención expresa a la ausencia de vulneración del principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos. Conviene también traer aquí a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre restricciones en el acceso a pruebas selectivas, concretamente la STC 38/2021, de 18 febrero, que ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la Ley de policía del País Vasco, en la medida en que vulneran el régimen de la legislación estatal básica sobre acceso a la función pública con arreglo al art. 149.1.18 CE (FJ 3). Según declara la STC el propósito de solucionar el abuso en la contratación temporal debe subsanarse sin vulnerar la norma básica estatal que proscribe las pruebas de acceso restringidas o específicas. Señalar que la Ley 20/2021 constituye legislación básica y se dicta al amparo del artículo 149.1.7.^a y 18.^a de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas; y bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Asimismo, se dicta al amparo del artículo 149.1.13.^a que establece la competencia del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

El único aspecto del Real Decreto ley 14/2021 que se mantiene expresamente en vigor, tras la publicación de la Ley 20/2021, es la previsión de la disposición final segunda que, en relación con el personal docente y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud, sectores en los que concurren las mayores tasas de temporalidad, y para los que dispone que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley se procederá a la adaptación de la normativa de dicho personal a lo dispuesto en el art.10, 11 y en la disposición adicional decimoséptima TREBEP -objeto de modificación por la L 20/2021, de acuerdo con las peculiaridades propias de su régimen jurídico. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca la citada adaptación de la legislación específica serán de plena aplicación a este personal las previsiones contenidas en los citados preceptos del TREBEP.

Barcelona, 18 de febrero de 2022