

LA ILUSORIA ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ESPAÑOLA

*THE ILLUSORY STABILIZATION OF TEMPORARY EMPLOYMENT
IN THE SPANISH HEALTH ADMINISTRATION*

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Internacional de La Rioja

Fecha de recepción: 6/10/2023

Fecha de aceptación: 7/12/2023

SUMARIO: 1. LOS INICIALES INTENTOS DE REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO. 1.1. De los inicios del Siglo XX a la Ley 16/2001. 1.2. Del Acuerdo Administración - Sindicatos de 2002 al Real Decreto Ley 14/2021. 2. EL REAL DECRETO LEY 14/2021, LEY 20/2021. 2.1 Motivación y reformas previas a su aplicación. 2.2. Aplicación en el sistema de reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas. 2.3. Criterios comunes para la aplicación de las previsiones de la norma. 3. LAS DUDAS SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA LEY 20/2021 AL ACUERDO MARCO. 3.1. Interpelaciones políticas. 3.2. Cuestiones prejudiciales pendientes. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El abuso en la utilización de vínculos temporales en las Administraciones Públicas españolas es una lacra histórica. Los diversos intentos de atajar esta situación se han demostrado hasta el momento inútiles, pero se reiteran sistemas previos de estabilización con la Ley 20/2021, y ello pese a que persisten las dudas legales sobre su acomodo al Acuerdo Marco. Diversas cuestiones prejudiciales planteadas van a obligar al Tribunal de

Justicia a decidir sobre la legalidad de la norma y sobre el sistema de empleo del personal público español.

ABSTRACT: The abuse in the use of temporary ties in the Spanish Public Administrations is a historical scourge. The various attempts to tackle this situation have proved useless so far, but previous stabilization systems are reiterated with Law 20/2021. This law raises legal doubts as to its compliance with the Framework Agreement, as it's pointed by several preliminary rulings, that will force the Court of Justice to decide on the legality of the law and on the Spanish public civil service system.

PALABRAS CLAVE: personal estatutario; consolidación, estabilización, Acuerdo Marco.

KEY WORDS: statutory personnel; consolidation, stabilization, Framework Agreement.

1. LOS INICIALES INTENTOS DE REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

1.1. De los inicios del Siglo XX a la Ley 16/2001

La problemática del empleo temporal en la Administración Pública española se arrastra desde hace décadas e, incluso, podemos remontarnos al inicio mismo del siglo XX, calificado como una “historia interminable” por la doctrina más solvente en el ámbito del empleo público¹. De esta forma, es un problema que surge en la democratización, pero lejos de desaparecer con la estabilización de la democracia, se ha acrecentado, siendo definido como un problema que “pone en cuestión el funcionamiento, ya no sólo regular, sino también efectivo, eficaz y coherente de un Estado moderno”².

El incremento de la temporalidad en el empleo público tiene un crecimiento progresivo a partir de 1976, vinculado generalmente a la construcción de la función pública autonómica, a la expansión de los servicios que prestan las entidades locales y a la reordenación de todo el Estado, en proceso de transición democrática³.

La existencia de cientos de miles de empleados temporales encargados de prestar servicios públicos afecta al propio funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, dado que impide la toma de decisiones organizativas en el ámbito público. Por ello, se ha definido como “un problema enquistado en el sector público por una mezcla de irresponsabilidad política, falta de capacidad de gestión e indolencia absoluta hacia los problemas de la profesionalización de la función pública”⁴.

Si bien esta radiografía es predicable de la totalidad del empleo público, es un problema aún más acusado en el ámbito sanitario, con múltiples especialidades históricas⁵, y en

.....

1 SÁNCHEZ MORÓN, M., Régimen jurídico de los funcionarios interinos, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 135-142.

2 BOLTAINA BOSCH, X., “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”, Revista digital CEMCI, 51 (julio-septiembre) 2021, p.p. 1-30. <https://revista.cemci.org/numero-51/pdf/tribuna-1-el-real-decreto-ley-14-2021-sobre-personal-interino-y-estabilizacion-la-compleja-aplicacion-transitoria-en-la-administracion-local.pdf>.

3 LORENTE CAMPOS, R. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., Expansión de la temporalidad y erosión de la relación de empleo estándar en España: ¿ La irrupción de un nuevo paradigma de relación de empleo?. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(1), 2018, p.p. 35 a 63.

4 JIMENEZ ASENSIO, R., “Proyecto de ley de medidas urgentes de reducción de la temporalidad en el empleo público”, entrada de 24 de noviembre de 2021. La mirada institucional. https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2021/11/proyecto-de-ley-de-medidas-urgentes-de-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico121-63_dictamen-2.pdf.

5 DE LA IGLESIA AZA, L., “Evolución histórica de la relación de servicio del personal de las instituciones sanita-

el que la tasa de temporalidad oscila entre el 30 y el 40% del total de las plantillas⁶. Estos datos ya fueron objeto de análisis por el Consejo Económico y Social en su informe de 22 de diciembre de 2004, por lo que no se trata de una cuestión temporal, sino claramente estructural, y las limitaciones en las leyes anuales de presupuestos entre los años 2012 y 2016 a la tasa de reposición no han hecho más que acrecentar el problema.

Las respuestas históricas a esta situación han pasado por diversos procesos de consolidación del empleo temporal, siendo ejemplo de ello la Ley 16/2001⁷ que afectaba al personal del INSALUD. Este proceso fue promovido por la Administración central, y a él se acogieron todas las Comunidades Autónomas, pese a tener asumidas las competencias necesarias para realizarlo autónomamente. Esta asunción no deja de ser una muestra de la generalidad de la temporalidad del sistema público de sanidad, así como de la conveniencia de una solución concertada a nivel nacional.

La exposición de motivos de tal norma justificaba la alta temporalidad del sector en que “ha resultado sobremanera dificultoso acompasar la necesidad perentoria y creciente de dotar de efectivos profesionales al Sistema, con las características de los procesos de selección y provisión previstos en las normas vigentes en cada momento, toda vez que los plazos de tramitación y gestión necesarios para la aplicación de los mismos hubieran significado, en buena medida, la imposibilidad de dar respuesta, tanto en tiempo como en calidad, a las necesidades asistenciales de los ciudadanos”. Con esta justificación determinaba la necesidad de un procedimiento extraordinario de consolidación por la demora que los procedimientos ordinarios causarían, “lo cual se muestra poco compatible con las expectativas que tiene el personal afectado”. El objetivo plasmado en esta norma excepcional era la reducción de la temporalidad a, como máximo, el 3% de las plantillas, objetivo que esperaba lograr antes del traspaso definitivo de personal por mor de la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas.

Para lograr tal propósito se establecía un procedimiento excepcional y extraordinario de consolidación de empleo, que diera lugar a la transformación del empleo temporal en el sector en nombramientos estatutarios fijos. Este proceso, en cuanto que extraordinario, se agotaba con su propia resolución, acatando así la doctrina del Tribunal Constitucional⁸ al efecto, de forma que los procedimientos selectivos diseñados, y la provisión de puestos



rias con las administraciones públicas”, *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 31, nº 2, 2022, p.p. 56 a 87.

6 ROJO TORRECILLA, E., “Empleo Público. Notas previas y texto comparado del proyecto de Ley, del Informe de la ponencia y del texto aprobado por la Comisión de Hacienda y Función pública de 22 de noviembre de 2021”. 2021 http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/11/empleo-publico-notas-previas-y-texto_25.html.

7 Ley 16/2001 de 21 de noviembre por la que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud». BOE núm. 280 de 22 de noviembre de 2001.

8 Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991 (ECLI:ES:TC:1991:27), 151/1992 (ECLI:ES:TC:1992:151), 60/1994 (ECLI:ES:TC:1994:60), 185/19 (ECLI:ES:TC:1998:16) y Tribunal Supremo 16/1998 (ECLI:ES:TC:1998:16).

se desarrollaran como medida excepcional, por una sola vez y sometida a una norma con rango legal.

La excepcional situación y la meta de la consolidación del empleo temporal se canalizaban mediante una convocatoria extraordinaria en cada categoría profesional y especialidad. La fase de selección tenía como base el sistema de concurso-oposición, de carácter centralizado, y libre, pudiendo concurrir no solamente el personal temporal del Sistema Nacional de Salud, sino cualquier candidato que cumpliera con los requisitos establecidos en cada convocatoria. La fase de oposición consistía, para las categorías de personal en las que se requiere titulación superior, en la elaboración de una memoria o exposición escrita, mientras que para las restantes se realizaba mediante un ejercicio de carácter práctico sobre los procedimientos más comunes y habituales de la correspondiente categoría. En la fase de concurso se valoraban los servicios prestados en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social del Sistema Nacional de Salud.

Pese a los buenos propósitos de esta convocatoria excepcional, la realidad es que tras la convocatoria del procedimiento extraordinario de consolidación en el año 2001 los problemas de temporalidad en el sector no finalizaron.

1.2. Del Acuerdo Administración-Sindicatos de 2002 al Real Decreto Ley 14/2021

Con estos antecedentes, en el “Acuerdo de la Administración y Sindicatos para la Modernización y Mejora de la Administración Pública”⁹ firmado el 7 de noviembre de 2002, se incluyó un Título IV denominado “Medidas encaminadas a favorecer la estabilidad en el empleo público” en el que se estipulaban los procedimientos a seguir tras la finalización en la Administración General del Estado de los procesos de consolidación para regularizar antes del 2004 al personal interino que accedieron a sus puestos con anterioridad al 2 de diciembre de 1998, y que son definidos en el Acuerdo como “puestos temporales de carácter consolidable”.

El preámbulo de la norma parte de las intensas modificaciones en el ámbito de la Función Pública derivadas de la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, y reconoce como un factor clave para mejorar la calidad de los servicios que presta la Administración la adecuada ordenación y gestión de sus recursos humanos, determinando como uno de sus objetivos “el establecimiento de medidas a favor de la estabilidad en el empleo público, a través de: la finalización de los procesos de consolidación; disminución de la tasa de temporalidad y la ordenación de las contrataciones de carácter temporal. Para

.....

⁹ Resolución de 15 de noviembre de 2002, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se ordena la publicación del acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración Pública. BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2002.

lograr estos objetivos, el Acuerdo entiende que se requiere el análisis de la situación, para lograr el objetivo de que la tasa de empleo público temporal no supere el 8% del total del empleo público”. Como se puede observar, el objetivo del 3% de temporalidad plasmado en la Ley 16/2001 ya se admitía como irrealizable.

Para ello, una de las medidas del Acuerdo era la determinación de que “sólo se recurrirá a trabajadores temporales para atender necesidades coyunturales o cubrir plazas estructurales mientras estas últimas no se provean por cualquiera de los mecanismos ordinarios previstos en la legislación aplicable. Esta provisión deberá iniciarse en el plazo máximo de diez meses a partir del nombramiento o contrato interino”. Y como plan de choque, que “los puestos del personal declarado por sentencia indefinido no fijo y cuya relación laboral de carácter temporal con la Administración fuera anterior a 2 de diciembre de 1998 serían objeto de consolidación”.

Transcurridos 5 años desde tal Acuerdo, en el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007¹⁰ nuevamente se articularon diversas medidas para normalizar las convocatorias de empleo público (art. 10); acotar la duración de los procesos selectivos (art. 70), e incluso la posibilidad de un turno de consolidación del empleo temporal con la voluntad de regularizar las plazas ocupadas por interinos y temporales con anterioridad al 1 de enero de 2005 (disposición transitoria 4.ª del EBEP).

Las limitaciones presupuestarias derivadas de la crisis económica dieron lugar al establecimiento de una tasa de reposición cero en la Ley de Presupuestos para el 2012 o la excepción del diez por ciento en sectores esenciales muy concretos (art.23.uno.1 y 2 de la Ley 2/2019). Pero incluso estas normas, supuestamente tajantes, establecían una vía de escape para la supuestamente prohibida contratación de personal temporal, la posibilidad de efectuar tales contrataciones “en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales” (art.23.dos). Pocos sectores se han considerado históricamente más prioritarios que la sanidad, y, por tanto, las contrataciones temporales siguieron incrementándose. Máxime a partir del año 2017, con normas que seguían hablando de excepcionalidad, pero con menos requisitos para efectuar contrataciones temporales (por ejemplo, art.19. cuatro, Ley de Presupuestos para el 2021)¹¹.

Esta situación dio lugar a que los mínimos avances que se habían logrado por mor de la consolidación excepcional de 2001, el Acuerdo de 2005 y la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 se diluyeran. De esta forma, se incrementaron las

10 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

11 CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo temporal irregular en el sector público”, *Anales de Derecho* nº 35, vol 2, 2017.

tasas de temporalidad, con una realidad tan catastrófica que la Comisión Europea remitió carta de emplazamiento a España en el año 2015. Por tanto, la necesidad de reducir la temporalidad en el sector público pasó a ser perentoria, ya no por decisión política, sino por imposición externa.

En parte motivado por esta actuación de la Comisión Europea, a partir de 2016 el modelo se flexibilizó, tanto con tasas de reposición menos estrictas como con medidas como los procesos de estabilización previstos en los artículos 19 de la Ley 3/2017 y Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado de tales años. Especialmente esta última, que permitía estabilizar prácticamente todas las plazas ocupadas interina o temporalmente con una antigüedad de tres años previos al 31 de diciembre de 2017, sin que ello implicara aplicar una tasa de reposición limitativa.

Estos procesos de estabilización han tenido un éxito relativo dado que muchas entidades públicas no utilizaron las posibilidades que les ofrecían ambas leyes, especialmente la Ley 6/2018, de hecho, los periodos previstos para aprobar los procesos de estabilización, que finalizaban en diciembre de 2019 y 2020 respectivamente, se prolongaron, y el RD-Ley 14/2021 los ha vuelto a tener en cuenta, ofreciendo la posibilidad de aprobarlos con fecha límite de 31 de diciembre de 2021. Resulta evidente por tanto que la consolidación de las plazas anteriores en tres años al 31 de diciembre de 2017 no se había producido, o al menos, no en su totalidad.

Ambas normas, la Ley 3/2017 y la Ley 6/2018, establecían como sistema de acceso al empleo público para este colectivo el concurso oposición, con las limitaciones del art. 61.3 del EBEP en cuanto a la proporción en la puntuación final de la valoración de los servicios prestados. De esta forma, la puntuación de méritos no podría en ningún caso ser determinante por sí misma del resultado del proceso selectivo, siendo por tanto sistemas de acceso libre, no restringido. Cumplían así estos sistemas con los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad consagrados en la Constitución Española.

Estas normas no tuvieron el desarrollo que hubiera sido deseable, y con la afectación de la legislación interna derivada de los múltiples pronunciamientos del Tribunal de Justicia en materia de empleados públicos temporales, la situación en el año 2020 no había mejorado frente a la valorada en la Carta de emplazamiento de la Comisión.

Al amparo de ésta, y tras la constatación del fracaso de los sistemas de consolidación de los años 2017 y 2018, el Gobierno central y los sindicatos más representativos en la función pública (CC.OO., UGT y CSI-F) negociaron una solución que se concretó en el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas de 5 de julio de 2021.

El núcleo del debate se centró en cómo casar la protección y los derechos del personal temporal de más larga duración con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el

acceso a la función pública, dado que, tal y como se ha señalado¹² es esta “una cohesión no siempre fácil, más bien al contrario, en ese conflicto entre derechos -incluso constitucionales- que acontece en muchos ámbitos del Derecho, así como un debate nada menor, cual es hasta qué punto las Directivas de la Unión Europea pueden imponerse no sólo al derecho nacional -lo que es claro- sino al propio ordenamiento constitucional, cuestión en absoluto pacífica”.

De esta forma, en tal Acuerdo sindical, de naturaleza programática, los representantes sindicales acordaron la reiteración del previo objetivo de limitación del empleo temporal al 8% del total del empleo público mediante procesos de estabilización. Si bien se reconoce que tal objetivo ya se había intentado lograr en el periodo 2017-2018 mediante la convocatoria de 218.000 plazas en procesos de estabilización, se entiende que las modificaciones jurisprudenciales derivadas de las diversas sentencias del Tribunal de Justicia, la evolución de las plantillas y la temporalidad real indican la necesidad de proceder a un nuevo proceso de estabilización. Su objetivo confeso es la definitiva consolidación de un cambio de modelo en el empleo público, reforzando el carácter temporal de la figura del personal funcionario interino e introduciendo medidas disuasorias a su utilización fraudulenta. Para ello se entendía que se debía apostar firmemente por la profesionalización del empleo público, con una delimitación tajante de los supuestos de utilización de personal temporal¹³. Todo ello con la premisa de fortalecer la adecuada planificación de recursos humanos.

En tal Acuerdo está la base del actual proceso de estabilización, dado que uno de los puntos de consenso de los firmantes era la necesidad de proceder a reiterar la iniciativa del período 2017-2018, que, si bien se había demostrado útil, había resultado insuficiente para atajar los altos índices de temporalidad. De esta forma, este Acuerdo ponía el foco en las plazas ocupadas con carácter temporal desde al menos tres años antes al 31 de diciembre de 2020 y no incluidas en los procesos de estabilización de los años 2017-2018. Se determinaba ya la obligación de que los procesos finalizasen antes del 31 de diciembre de 2024, el proceso de concurso oposición y el límite del 40 % en la valoración de méritos, preferentemente los referidos a experiencia en la prestación de servicios. Se establecía además la posibilidad de integrar a los aspirantes que no superasen el proceso selectivo en bolsas de interinos creadas al efecto o en las preexistentes¹⁴.

Además, ya se regulaba la compensación a los aspirantes que no superasen el proceso selectivo y fueran cesados por ocupación de su plaza mediante indemnización máxima de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Este derecho in-

.....

12 BOLTAINA BOSCH, X., “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro, Documentación Administrativa”, nº 8, diciembre de 2021, p. 74.

13 NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración”. Documentación Administrativa, 8, 2021, p.p. 115-136.

14 JIMENEZ ASENSIO, R. cit.

demnizatorio se limitaba al personal temporal que efectivamente participase en el proceso, si bien sin resultar adjudicatario de plaza. Es este mismo Acuerdo la base de la modificación en las causas habilitantes de la contratación temporal del EBEP operada por la Ley 20/2021.

De esta forma se llega a la aprobación por el Consejo de Ministros del 6 de julio de 2021 del Real Decreto-ley 14/2021, cuya exposición de motivos reconoce la previa situación, con una tasa de temporalidad de casi el 30% (las estimaciones sindicales siempre han sido más altas), señalando como causas de tal situación las restrictivas tasas de reposición de los períodos anteriores, la afectación por los cambios sociales y demográficos a las necesidades de personal, la ausencia de planificación estratégica en materia de ordenación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y la incidencia de la Directiva 1999/70 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su aplicación¹⁵. Sin entrar a valorar lo absurdo de culpabilizar a una norma de 1999, con finalización del plazo de transposición el 10 de julio de 2001 de la situación del empleo público español en el año 2021, se analiza la citada norma.

2. EL REAL DECRETO LEY 14/2021, LEY 20/2021

2.1. Motivación y reformas previas a su aplicación

Uno de los puntos más significativos de esta norma es la valoración de méritos del 40% sobre la puntuación final, lo que casi impediría el acceso de un aspirante externo. Este límite se ha considerado “constitucionalmente tolerable” por el Tribunal Constitucional, que previamente ya había validado que en la fase de méritos se alcance el 45 % del total de la puntuación, si bien puntualizando que no debe ser un mérito predeterminado, como es la “pura y exclusiva” antigüedad en el puesto o plaza convocado, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989¹⁶ y entre las posteriores, la Sentencia del mismo órgano de 27/2012¹⁷.

La norma señala en su exposición de motivos como base de su formulación el contenido del Acuerdo Marco, con la preeminencia de la contratación indefinida como “forma más común de relación laboral”, y con dos grandes objetivos: mejorar la calidad del trabajo



15 SEMPERE NAVARRO, A-V., “Texto y contexto de la STJUE sobre consecuencias de la temporalidad injustificada en el empleo público”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, 2017.

16 ECLI:ES:TC:1989:67.

17 ECLI:ES:TC:2012:27.

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. Se constituye así en una suerte de tardía transposición de la Directiva 1999/70/CE.

En relación con el primer objetivo, ninguna crítica. Así la equiparación de derechos entre personal temporal y el fijo con base en el principio de no discriminación, salvo existencia de causas objetivas que justifiquen la diferencia de trato es un principio de derecho actualmente incontrovertido, no sólo para el Tribunal de Justicia, sino también para nuestros tribunales internos¹⁸.

Sin embargo, la valoración que realiza la exposición de motivos de la norma en relación con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco es mucho más discutible.

Mantiene ésta que la determinación del abuso corresponde a los jueces nacionales y la aplicación de las soluciones efectivas y disuasorias depende del Derecho nacional, para manifestar a continuación que “el Tribunal de Justicia comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”¹⁹. Como se ha señalado, resulta esta afirmación mucho más discutible, dado que pronunciamientos tales como *Martínez Andrés*²⁰ no son tan tajantes en este aspecto como el preámbulo de la norma pretende dar a entender²¹.

De lo que no cabe duda es de que los múltiples pronunciamientos del Tribunal de Justicia en esta materia están tendiendo a una cierta aplicación horizontal de la Directiva 1999/70/CE, sistema que en algunos supuestos los Tribunales internos han decidido secundar. Como se ha destacado²², este “activismo judicial”, genera un considerable nivel

18 ROQUETA BUJ, R. y GOERLICH PESET, J. M., Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-Ley 14/2021. Tirant lo Blanch, 2021.

19 CANTERO MARTINEZ, J., Temporalidad y estabilización en el empleo público. Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en la Administración, Thomson Reuters Aranzadi 2022; FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin”, El Consultor de los Ayuntamientos, nº especial II, 2022; ROQUETA BUJ, R., “Los procesos de estabilización del empleo temporal en las Administraciones Públicas”, Revista Lex de Derecho Administrativo, Número 1-2020, pp. 9-45.

20 STJ de 14 de septiembre de 2016, *Florentina Martínez Andrés contra el Servicio Vasco de Salud*, asunto C 184/15. (ECLI:EU:C:2016:680).

21 TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, núm. 409, abril 2017.

22 MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., Alcance general y excepcional aplicación horizontal de las Directivas de la Unión Europea en el ámbito laboral, En: MARTÍNEZ MORENO, C. (Coord.), El personal laboral de las Administraciones Públicas. Nuevos enfoques, Universidad de Oviedo, 2018, P 101.

23 NAVARRO NIETO, F., El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria, Temas Laborales, 130, 215, P 88.

de inseguridad jurídica, si bien también es cierto que permite superar el inmovilismo interno. En todo caso, la utilización de la doctrina del Tribunal de Justicia como justificación en este contexto no resulta muy afortunada. Máxime cuando las nuevas cuestiones prejudiciales formuladas por órganos internos en esta materia, mediante las que se parecen querer forzar las respuestas que entienden necesarias para superar las disfunciones del sistema español son numerosas. Así, se observa en los recientes planteamientos de cuestiones prejudiciales el intento de los tribunales remitentes de “iluminar” al Tribunal de Justicia en sus pronunciamientos con miras a que estos sean más ambiciosos.

Ejemplo de esta situación es el planteamiento de la cuestión prejudicial del asunto C 464/21²³, mediante la cual el órgano judicial remitente pretendía forzar una declaración en relación con la figura del contrato indefinido no fijo de plantilla, al entender que no es remedio al fraude en la temporalidad, dado que supone transformar un contrato temporal en otro contrato temporal²⁴. Este intento se vio frustrado, al resolver el Tribunal de Justicia mediante Auto que el concepto de trabajador con contrato de duración determinada del Acuerdo Marco engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y con independencia de la calificación de su contrato en Derecho interno²⁵.

Lo que resulta evidente es que el Acuerdo Marco determina la necesidad de establecer un límite para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Para ello la cláusula 5.ª prevé la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de nombramientos temporales. La interpretación de esta cláusula por parte del Tribunal de Justicia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad, obligación que hasta el momento se ha venido incumpliendo sistemáticamente en el ámbito del empleo público.

Con base en esta regulación, el artículo 2 de la Ley 20/2021 amplía los procesos de estabilización de empleo temporal como medida complementaria inmediata para paliar la situación existente, exigiendo que las ofertas de empleo relativas a estos se aprueben y publiquen antes del 31 de diciembre de 2021, y las respectivas convocatorias antes del 31 de diciembre de 2022, debiendo finalizar los procesos antes del 31 de diciembre de 2024. Sorprendentemente, la disposición final segunda prevé la aplicación diferida al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud, y ello pese a ser los colectivos con mayor tasa de temporalidad de todo el empleo público.



23 Auto de 26 de abril de 2022, *QL contra Universitat de Barcelona*, Asunto C-464/21 (ECLI:EU:C:2022:337).

24 SELMA PENALVA, A., “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”, *Relaciones Laborales*, núm. 11 (2014), pp. 75-103.

25 RODRIGO SÁIZ, M. C., “Indefinido fijo en la Administración Pública”, *Diario La Ley* Nº 9821, 2021.

La justificación de la demora en la aplicabilidad de estas previsiones al personal docente y al personal estatutario de los servicios de salud es la necesidad de adaptación de su legislación específica y su especial complejidad, otorgando a este efecto el plazo de un año a los efectos de efectuar una correcta planificación de las medidas adoptadas. Por tanto, no deja de ser un reconocimiento de las propias especialidades históricas de esta categoría de personal²⁶.

En efecto, transcurrido exactamente un año (8 de julio de 2021 a 6 de julio de 2022), se publica el Real Decreto Ley 12/2022 por el que se modifica la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, norma cuya exposición de motivos es plenamente coincidente con la del Real Decreto Ley 14/2021. Se reconoce en esta que la tasa de temporalidad del personal estatutario asciende en la actualidad al 47%, por lo que resulta imprescindible su reducción. Pese a la supuesta necesidad de adaptación de la normativa propia de estos colectivos que determina la Ley 20/2021, la modificación de “calado” se limita a unas mínimas alteraciones de los artículos 9 y 33 y Disposición Adicional Decimotercera del Estatuto Marco y a la inclusión de los artículos 9 bis; 9 ter y 9 quater²⁷.

La alteración del artículo 9 determina la regulación del vínculo de interinidad del personal estatutario, estableciendo una duración máxima de tres años, salvo en el supuesto de exceso o acumulación de tareas, en el que el nombramiento será por un máximo de nueve meses dentro de un período de dieciocho. La superación de estos plazos máximos dará lugar a la creación de una plaza estructural, y la finalización del vínculo temporal no determinará derecho a compensación para el trabajador.

El nuevo artículo 9 bis regula el vínculo del personal estatutario sustituto, que podrá ser contratado para la cobertura de ausencias que comporten reserva de plazas, incluidas las vacaciones; sustitución de exenciones de guardias y de reducciones de jornada ordinaria, tanto de personal fijo como temporal. Nuevamente la finalización de la relación no dará lugar a indemnización para el trabajador.

El artículo 9 ter, absolutamente prescindible por redundante, reitera la igualdad entre el personal fijo y el temporal “en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter de su nombramiento”. Reitera por tanto las previsiones del Acuerdo Marco.

En el artículo 9 quater apartado cuatro, sí se incluyen ciertas novedades. Así, se establece indemnización para el trabajador en los casos en los que se incumpla el plazo

.....

26 MARÍN ALONSO, I., “El personal estatutario temporal de la administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa”, Cuadernos de Derecho Transnacional, nº 12 (2), 2020, p.p.1079-1098.

27 DE LA IGLESIA AZA, L., “El Real Decreto Ley 12/2022, la insuficiente reforma del Estatuto Marco”, Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022, AEDTSS, 2022, p.p.219 a 221.

máximo de permanencia, indemnización equivalente a la contenida en la Ley 20/2021, veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Sorprendentemente, finaliza señalando que “la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”. Por tanto, se quiebra la consolidada doctrina del encadenamiento de contratos para limitar la cuantía de la indemnización al último vínculo. Esta limitación, así como la determinación del salario regulador como “las retribuciones fijas” ya se puede prever que va a ser fuente de múltiples conflictos.

Por su parte, el nuevo artículo 33 establece el procedimiento de selección del personal estatutario temporal, con evidente referencia a los principios establecidos en los artículos 23 y 103 de la Constitución Española y con remisión expresa a la necesidad de previa negociación en las mesas correspondientes, atendiendo por tanto al mandato del artículo 37 del EBEP. Delimita además la duración del período de prueba, que fija en un máximo de tres meses para el personal sanitario licenciado y diplomado (obviando por tanto del sistema de clasificación establecido en el artículo 76 del EBEP y continuando con la transitoriedad de la Disposición Transitoria sexta de esta norma); y de dos meses para el resto del personal. En ambos casos, sin superación de un medio de la duración del nombramiento, y declarando exento de período de prueba a quien hubiera desarrollado funciones análogas en los dos años anteriores al nuevo nombramiento.

La nueva Disposición Adicional Decimotercera determina la posibilidad de cobertura mediante personal estatutario sustituto del personal del Cuerpo Militar de Sanidad que curse estudios para la obtención de una especialidad complementaria.

Estas mínimas modificaciones, aplicables únicamente al personal estatutario temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor (Disposición transitoria primera), se consideran suficientes para la aplicabilidad a este colectivo de las previsiones de la Ley 20/2021, dado que se constituyen en la modificación que éste determinaba como imprescindible en el ámbito estatutario para su entrada en vigor. El nimio alcance de la modificación “requerida” para aplicar las previsiones de la norma de 2021 recalca la decisión política de retrasar el proceso de consolidación de empleo en el ámbito sanitario, pues la reforma operada se descubre como innecesaria.

Además, no se realiza concreción alguna referida al procedimiento de consolidación, que se tendrá que ajustar a las previsiones del artículo 2 de la Ley 20/2021, ahora plenamente aplicable a este colectivo por el transcurso del año establecido en su Disposición Final Segunda.

Pese a esta directa aplicabilidad, se reconoce en el Real Decreto Ley 12/2022, Disposición Adicional Primera, la necesidad de actualizar el Estatuto Marco, texto de 2003 no del todo concordante con el EBEP, por lo que se determina un plazo de tres meses desde

su entrada en vigor, para iniciar un proceso de negociación sindical para su renovación, señalando que tal proceso deberá concluir en el plazo de seis meses, si bien, prorrogables.

2.2. Aplicación en el sistema de reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas

Una vez realizados estos “necesarios” ajustes en el Estatuto Marco, y transcurrida la *vacatio legis* de un año fijada para el personal estatutario, la Ley 20/21 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público le es plenamente aplicable.

En este momento surge el problema de cómo proceder a su aplicación, dado el reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas. De esta forma, el artículo 2 del Estatuto Marco, además de señalar su ámbito subjetivo, determina la escala de fuentes aplicable en su segundo apartado en los siguientes términos, “en lo no previsto en esta ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente”.

Establece así un sistema conforme al cual las normas de la función pública de las respectivas Comunidades constituyen el régimen supletorio, rompiendo el esquema general de fuentes del art. 103.3 de la Constitución, que otorgaría este papel a las normas de función pública estatales. Esta opción ha sido duramente criticada por la doctrina²⁸, dado que supone que el régimen supletorio de primer grado sean las normas de la función pública de la Administración autonómica correspondiente, y no el tronco común que sería la normativa dictada en aplicación del artículo 103.3 de la Constitución. “En la práctica, supone un fraccionamiento potencial del régimen jurídico por la vía del régimen supletorio que, al no ser homogéneo, está llamado a producir este fraccionamiento”²⁹.

Se plasma de esta forma la competencia compartida Estado-Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución Española: delimitación estatal de las bases y desarrollo legislativo autonómico. Y sigue el sistema clásico en este ámbito, dado que la Ley no puede regular todos los sistemas de detalle de la Función Pública³⁰. Se

28 GONZÁLEZ SALINAS, P., Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 75.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Objeto y ámbito de aplicación de la LEBEP”, AA.VV. (Sala Franco, T., coord.), Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Lex Nova, Valladolid, 2007, p.p. 27 a 33.

29 PALOMAR OLMEDA, A., Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Thomson Aranzadi, 2006, p.p. 53 y 54.

30 SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho de la Función Pública, 9ª ed., Tecnos, 2016, p. 69.

PALOMAR OLMEDA, A., Derecho de la Función Pública Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos, 7ª ed., Dykinson, 2003, p.p. 247 a 250.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo I, 11ª ed. 2002, p.p. 301 a 307. FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, en MARTÍN TETORTILLO BAQUÉR, S. (coord.), Estudio sobre la Constitución Española I, Civitas, Madrid, 1991, p. 542.

trata de esta manera de resolver la situación derivada del modelo de Estado Autonómico, que comportó el traspaso de las funciones y servicios que en materia de asistencia sanitaria venía prestando el Estado a las Comunidades Autónomas³¹.

Además, este régimen de supletoriedad se complementa con los pactos y acuerdos que suscriban los representantes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones sindicales del personal a su servicio, conforme a las previsiones del artículo 78 del propio texto, en relación con la Ley 9/1978 de órganos de representación y determinación de las condiciones de trabajo y de participación de dicho personal. Estos pactos históricamente ya habían sido una parte trascendente de la regulación de las condiciones de trabajo de este personal.

En cuanto a la regulación contenida en el EBEP, resulta evidente que la relación entre ambos textos legales es de especialidad, el Estatuto Marco es una norma más específica, empero, el EBEP es directamente aplicable al personal estatutario en su carácter de norma básica, dado que su artículo 2.4 establece “cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de salud”. Siendo esta interpretación un punto de encuentro de la doctrina³².

Con este reparto competencial, obligatoriamente la aplicación de la Ley 20/2021 se debe hacer en el seno de cada Comunidad Autónoma.

Dado el carácter básico de la Ley 20/2021 para los procesos de estabilización que se van a desarrollar en todas las Administraciones Públicas (no se puede olvidar que sólo caben por regulación mediante norma con rango legal) y con la finalidad de dar un tratamiento armonizado a estos en todo el territorio se realizan unas orientaciones.

Así, previa consulta y debate con los representantes de las Comunidades Autónomas y de la Federación Española de Municipios y Provincias en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público; así como con las organizaciones sindicales más representativas en el seno de la Comisión de seguimiento del Acuerdo sindical relativo al Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas, la Dirección General de Función Pública plasma unas orientaciones que pueden servir de guía a las diferentes Administraciones Públicas, sin perjuicio de que la competencia corresponda en todo caso a la Administración convocante y respetando la potestad de autoorganización de cada Administración. Estas constituyen el documento “Orientaciones para la puesta

.....
31 PÉREZ GÓMEZ, J.M.; PÉREZ LÓPEZ, R., “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, vol. 13, 2, Aranzadi, 2005, p.p. 187-210.

32 LORENZO DE MEMBIELA, J.B., “Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, 16, 2007, p.p. 1943-1956. VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Regímenes estatutario, funcionario y laboral (I) Jerarquía, convivencia normativa y Escenario de aplicación en los Servicios de Salud”, *Actualidad de derecho sanitario*, 145, 2008, p.p. 121-124. CANTERO MARTÍNEZ, J., “O Estatuto Básico do Empregado Público: Balance e perspectivas”, *Administración & Ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, 2008, volumen 3, 3, p.p. 32 a 34”.

en marcha de los procesos de estabilización”³³, publicado por la Secretaría de Estado de Función Pública.

2.3. Criterios comunes para la aplicación de las previsiones de la norma

Estas Orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización publicadas por la Secretaría de Estado de Función Pública, tras reiterar el objetivo de reducción de la temporalidad por debajo del 8% del total del empleo público en el conjunto de las Administraciones, establecen como procedimiento para lograrlo una reforma basada en tres actuaciones coordinadas:

1. Adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente (consolidación del empleo temporal)
2. Articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro
3. Potenciación de la adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos.

Siendo objeto de este artículo la primera de tales actuaciones, y centrando el análisis en esta, estructura los procesos de consolidación mediante dos vías principales:

- a) La autorización de un tercer proceso de estabilización de empleo público, adicional a los que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, que incluya las plazas de naturaleza estructural que, estando o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos 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.
- b) Con carácter único y excepcional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del EBEP, se prevé la posibilidad de convocar, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016³⁴.

.....

33 <https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rj-pdp/regimen-juridico/ResolucionSEOrientacionesEstabilizacion.pdf.pdf>.

34 BOLTAINA BOSCH, X., “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 14 Extra-2, 2018, p.p. 140-155.

De forma complementaria, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación de esta naturaleza, anterior a 1 de enero de 2016.

En cuanto al efectivo desarrollo de estos procesos, lo primero que se establece es la determinación de las plazas susceptibles de ser consolidadas, siendo los criterios para su delimitación:

- i) Que de estos procesos no podrá derivarse incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse, por tanto, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.
- ii) Que una plaza o dotación será susceptible de estabilización en tanto que cumpla los requisitos establecidos en la Ley 20/2021, independientemente de que haya sido ocupada por la misma o distintas personas de forma consecutiva, alternativa, o con alguna interrupción.
- iii) Que la fecha de 31 de diciembre de 2020 establecida en el art. 2.1 de la Ley 20/2021 es la referencia para la determinación del ámbito temporal de las plazas a estabilizar, teniendo en cuenta que debe existir dotación presupuestaria y, que dicha fecha no es de aplicación a las plazas a estabilizar derivadas de la disposición adicional octava de la Ley (Inclusión adicional de 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)
- iv) Dado que el resultado del cómputo es una cifra de tasa de reposición adicional a la ordinaria, el que una plaza se compute a este fin no significa que necesariamente dicha concreta plaza vaya a ser provista como plaza de nuevo ingreso para quienes superen el proceso de estabilización, ya que puede haber casos en que dichas plazas se cubran en un procedimiento de promoción o movilidad interna paralelo al de estabilización, dada la compatibilidad de los distintos sistemas prevista en la propia ley.

Es evidente que el guiño realizado en la disposición adicional octava de la Ley 20/2021 a las plazas estructurales ocupadas de forma temporal con anterioridad al 1 de enero de 2016 supone el reconocimiento del, al menos parcial, fracaso de los procesos de estabilización convocados mediante las Leyes 3/2017 y 6/2018. De hecho, se requiere en relación con estas plazas que hubieran estado incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización y llegada la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no hubieran sido convocadas o hubieran quedado desiertas tras la resolución de los procesos selectivos en los que fueron convocadas.

Adicionalmente, la disposición adicional sexta reconoce la convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración, mediante la cual se convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas estructurales que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. La excepcionalidad de esta convocatoria determina que estos procesos se realicen por una sola vez.

Es notorio que, antes de avanzar con el sistema de selección, es imprescindible fijar los propios términos de la determinación de las plazas a convocar. Así, la configuración de las plazas que se consideran que han estado ocupadas de forma ininterrumpida, es imprescindible en este ámbito. Los criterios de la Dirección General de Función Pública consideran que a los efectos de entender una plaza como ocupada de forma ininterrumpida, no suponen interrupción los periodos de tiempo en los que la plaza haya estado vacante como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo los trámites administrativos correspondientes derivados del nombramiento o contratación de nuevo personal interino o laboral temporal tras el cese del anterior. Y como limitación temporal señala que podrá considerarse que no ha habido interrupción, siempre que la plaza vuelva a ocuparse efectivamente en un plazo no superior a tres meses.

En cuanto al concepto de plaza de naturaleza estructural, entiende que son aquellas relativas a funciones recurrentes que se integran en la actividad ordinaria y del normal funcionamiento de la Administración de que se trate, incluyendo, por tanto, las plazas ligadas a programas o actuaciones que no gocen de sustantividad propia y diferenciada de la actividad ordinaria. Con carácter general, estas plazas se corresponderán con aquellas destinadas al ejercicio de competencias propias de la Administración correspondiente.

Se realiza expresamente una precisión en relación con las plazas ocupadas por personal declarado indefinido no fijo de plantilla, precisión absolutamente necesaria, dado que diversas voces³⁵ habían dudado de su naturaleza de personal temporal a los efectos de su inclusión en las plazas objeto de estabilización. Así, señala de una forma un tanto críptica, que se podrán incluir las plazas ocupadas por personas que hayan sido declaradas personal indefinido no fijo por sentencia judicial siempre que las plazas cumplan con la necesaria naturaleza temporal, de ocupación ininterrumpida y carácter estructural que fija la Ley. Esa referencia a la naturaleza temporal carece de sentido en este contexto, máxime cuando la Sentencia de los Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 ya señaló con claridad la consideración de vínculo temporal de este personal.

.....

35 TREVIÑO PASCUAL, M., El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº.52, 2019.
SALA FRANCO, T., La temporalidad en el empleo público, *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, (1), 49-62, 2021.

Deja también claro que el objetivo de reducción de la temporalidad por debajo del 8% es aplicable a cada sector de la Administración, y no un objetivo global.

En el ámbito sanitario, la ausencia de RPT puede dar lugar a un problema accesorio a la hora de realizar estos procesos de consolidación del empleo temporal, el derivado de la inexistencia de puesto de referencia. Esta situación se contempla, señalando que, para el sector sanitario pudieran existir ámbitos en los que en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2020 haya existido personal interino o temporal que no ocupara puesto con dotación referenciada, pero cuya prestación de servicios respondiera a necesidades estructurales y exista la dotación presupuestaria necesaria. Aclara que este personal también deberá ser computado a efectos de este proceso y señala además que en el momento del nombramiento se deben asignar puestos concretos, ya sea utilizando vacantes preexistentes, ya sea dando de alta nuevos puestos.

En cuanto al propio desarrollo del proceso, establece que los procesos de estabilización no suponen la paralización de la Oferta de Empleo Público ordinaria, sino que se desarrollarán dos procesos paralelos: el de reposición para la planificación y gestión ordinaria de los recursos humanos y el de estabilización derivado de la Ley 20/2021, cada uno de ellos con una Oferta de Empleo Público diferenciada. Posibilita además que se desarrollen de forma conjunta o separada, a elección de la Administración competente y que los ejercicios de la fase de oposición y los méritos valorables en la fase de concurso puedan ser iguales para ambas convocatorias o diferenciados.

Se realiza también una categorización de las plazas objeto de la convocatoria de estabilización, señalando por un lado que, dado que esta convocatoria no puede suponer el incremento del gasto público, las plazas que tengan reserva de puesto a un funcionario de carrera o personal laboral fijo no podrán incluirse en la Oferta, al suponer la duplicidad de titulares; y por otro que las plazas a tiempo parcial cubiertas de forma temporal computarán en el proceso de estabilización para ser cubiertas con personal fijo a tiempo parcial.

En cuanto a las plazas de la Disposición Adicional octava, las vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con vínculo anterior al 1 de enero de 2016, la referencia expresa al carácter vacante de las plazas se debe interpretar en el sentido de que estas plazas adicionales a incorporar al proceso no pueden estar afectadas por una reserva de puesto del titular, puesto que supondría incremento de gasto público y duplicidad de personal. En este caso, estas plazas vacantes de naturaleza estructural son aquellas ocupadas a la entrada en vigor de la Ley 20/2021 por personal temporal de larga duración con una relación de servicios sea anterior a 1 de enero de 2016, aun cuando se hayan sucedido diversos nombramientos o contratos temporales a lo largo del tiempo en la misma Administración, estabilizándose la última plaza ocupada. Se prevé que el análisis de la concurrencia de este supuesto excepcional deberá realizarse y justificarse caso por caso.

En las citadas instrucciones se establece una calendarización de los procesos de consolidación, señalando la evidente necesidad de incluir las plazas objeto de consolidación en una oferta de empleo público a realizar por cada una de las Administraciones competentes con fecha límite para tal aprobación de 1 de junio de 2022, plazo máximo para la convocatoria de 31 de diciembre de 2022 y fecha máxima de resolución de 31 de diciembre de 2024.

Con miras a garantizar el acatamiento a los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en la Constitución Española, se prohíben expresamente las convocatorias restringidas.

En cuanto a los procedimientos para realizar el desarrollo de estas convocatorias, las instrucciones reiteran la regulación de la Ley 20/2021: concurso oposición, con fase de concurso con puntuación máxima del 40% en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del TREBEP. No podrá tener carácter eliminatorio, de valorarse de forma previa, la fase de concurso, dado que vulneraría la doctrina del Tribunal Constitucional, al configurar la experiencia profesional como requisito de acceso. Se señala así mismo la posibilidad extraordinaria de que normas específicas prevean el sistema excepcional de concurso para el desarrollo de estos procedimientos.

Salvo este supuesto, ya determinado de carácter excepcional que presupone una justificación expresa de su utilización, en la fase de oposición del sistema general puede negociarse que los ejercicios no tengan carácter eliminatorio, debiendo fijarse la puntuación mínima directa para su superación. Expresamente se determina la posibilidad de que superen la fase de oposición más concurrentes que plazas ofertadas.

En la fase de concurso, un máximo del 90% de la puntuación estará referido a la experiencia profesional, mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, de modo que deberá existir una graduación que permita valorar en mayor medida los servicios prestados en la misma categoría o cuerpo. A este efecto, las instrucciones realizan orientaciones sobre la debida ponderación de cada tipo de servicios. Un mínimo de un 10% de la valoración total de la fase de concurso estará reservada a méritos académicos o de otro tipo, como pudiera ser la superación de exámenes previos para el acceso a la categoría.

En el desarrollo de estos procesos se deberá respetar la normativa básica referida a la reserva de plazas a personas con discapacidad, condicionada a la compatibilidad con el desempeño de las tareas, por lo que puede haber supuestos en los que no exista este turno.

Este es el sistema general para las plazas convocadas al amparo del régimen del artículo 2 de la Ley 20/2021.

Para las plazas a convocar al amparo de las Disposiciones adicionales sexta y octava, referidas a las ocupadas con carácter temporal ininterrumpidamente desde antes del 1 de enero de 2016, el sistema de convocatoria será el de concurso. Sistema que tiene su amparo legal en los apartados 6 y 7 del art. 61 del EBEP, y que las Orientaciones reiteran que no puede suponer la contravención de la prohibición de sistemas de acceso restringido. Por tanto, ni formal ni materialmente se puede establecer un sistema que suponga la imposibilidad real de que personas distintas de quienes vengan ocupando los puestos se presenten a las mismas y, en caso de tener la puntuación necesaria, puedan resultar adjudicatarios de la plaza. En estos procedimientos se podrán establecer pruebas psicotécnicas o físicas que guarden relación directa y objetiva con las funciones y las tareas a desempeñar. Se exceptúan estos procesos excepcionales de la normativa referida al acceso por turno de discapacidad.

Cada Administración Pública, en cumplimiento de su normativa específica, podrá optar por ofertar las plazas a un previo concurso de traslados, si su normativa sectorial o convencional así lo establece. Esta posibilidad se ampara en que la Ley 20/2021 no obliga a que la estabilización tenga lugar en las plazas concretas que vengan ocupando los concurrentes a tal convocatoria. Por tanto, no existe obstáculo para ofertar las plazas a cubrir en concurso de traslados a quienes ya sean funcionarios de carrera o personal laboral fijo previamente a la adjudicación de las vacantes de la convocatoria de estabilización. Este sistema se encuentra limitado temporalmente, dado que, con independencia de la posible convocatoria de traslados previa, el proceso de consolidación deberá estar finalizado en la fecha general de 31 de diciembre de 2024. Esta previsión se basa en el principio general de la Ley 20/2021 de que lo que se estabiliza son las plazas, no las personas que las venían ocupando.

Siguiendo este mismo planteamiento, el orden de elección de plazas por los aspirantes que logren plaza será el derivado de su puntuación total, sin que se puedan reservar plazas concretas al personal que venía ocupándolas con carácter temporal. Todo ello, salvo normativa específica que establezca otra regulación.

Estas premisas generales que constituyen las Orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021 deberán ser objeto de negociación en cada uno de sus ámbitos de aplicación para determinar la forma concreta de desarrollo. Negociación que se ampara en el propio texto de la Ley, pero que también sería obligada conforme al art. 37.1.c) del EBEP. Negociación en todo caso condicionada por el Acuerdo sindical relativo al Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas de 5 de julio de 2021.

Otro de los elementos reflejados en las citadas Instrucciones es la indemnización para el personal con vínculo temporal que no supere el proceso de estabilización, en aquellos

casos en los que las plazas que vengán ocupando sean incluidas en este y pese a participar, no resulten adjudicatarios, cesando. A este colectivo se le indemnizará con un máximo de 20 días por año de servicio, limitados a 12 mensualidades de sueldo.

3. LAS DUDAS SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA LEY 20/2021 AL ACUERDO MARCO

3.1. Interpelaciones políticas

Existen múltiples argumentos para dudar del acomodo de la Ley 20/2021 a las previsiones del Acuerdo Marco, dudas que han dado lugar incluso a la formulación de la Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-004472/2021³⁶, planteada al amparo del artículo 138 del Reglamento interno por el sr. Miguel Urbán Crespo. Pregunta en la que, entre otras cuestiones, interpelaba a la Comisión con el siguiente tenor literal: “Conociendo el apartado 101 de la sentencia del TJUE, Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18³⁷ (Servicio Madrileño de Salud) de 19 de marzo de 2020, ¿considera que la convocatoria de procesos de estabilización descritos en el artículo 2 del RDL resulta adecuada para sancionar la utilización abusiva de relaciones temporales? Considerando el apartado 104 de la misma, ¿considera que la indemnización por despido del artículo 1, apartado 3, y artículo 2, apartado 6, del RDL es lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de la Directiva?”.

Sr. Schmit en nombre de la Comisión Europea, ante lo prematuro de la pregunta, dado que la norma aún se encontraba en trámite de convalidación parlamentaria, se limita a manifestar: “La Comisión está siguiendo de cerca el proceso legislativo y evaluará la conformidad del texto resultante con 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, así como con la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia”³⁸.

En sentido equivalente, la Petición al Parlamento Europeo n.º 0774/2021³⁹, cuestiona la eficacia del entonces Real Decreto Ley 14/2021 como medida de sanción del uso abusivo de la temporalidad en el ámbito del empleo público, al entender el peticionario que no cumple con la Directiva 1999/70/CE, ni con las sentencias y autos del Tribunal de Justicia

.....

36 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-004472_ES.html.

37 ECLI:EU:C:2020:219.

38 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-004472-ASW_ES.html.

39 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PETI-CM-719914_ES.pdf.

sobre la consolidación de los trabajadores interinos. Tras solicitar el Parlamento Europeo información a la Comisión, al amparo del apartado 6 del artículo 227 del Reglamento Interno, se responde a la pregunta con la valoración de la Comisión sobre las modificaciones introducidas en la ya Ley 20/2021, con el fin de evaluar la conformidad de esta a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia.

En la contestación de la Comisión referencia su decisión a la continuación en el procedimiento de infracción INFR(2014)4334, para concluir que la Comisión está examinando las modificaciones introducidas en la legislación española para evaluar la conformidad del texto resultante con la Directiva 1999/70/CE, así como con la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia. Remite por tanto a futuras valoraciones, sin concluir realmente sobre la cuestión que le es planteada.

Resulta más extensa e interesante la información actualizada en relación con la denuncia múltiple CHAP(2013)01917, actual CPLT(2013)01917 conforme a la nueva nomenclatura. Así, la actualización de 12 de julio de 2023⁴⁰, referencia a nuevas cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia en relación con la posible incompatibilidad de la legislación nacional modificada por la Ley 20/2021 con la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración y, más concretamente, a las medidas para prevenir y sancionar los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada en el sector público español. Concluye que, dado que las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales remitentes pueden resultar relevantes dentro del análisis de las cuestiones investigadas en el marco del procedimiento de infracción abierto contra España en relación con la transposición de la Directiva 1999/70/CE, procede aplazar cualquier otra acción en el marco de dicho procedimiento hasta que las sentencias correspondientes sean publicadas.

3.2. Cuestiones prejudiciales pendientes

Examinadas las decisiones prejudiciales pendientes a las que se hace referencia, se evidencia que la resolución de estas, si el Tribunal entra a realizar una valoración en la profundidad que se le requiere por los órganos remitentes, puede suponer un vuelco en la estrategia española de consolidación en el empleo público como forma de solventar las altas tasas de temporalidad.

Algunos de los asuntos no tienen relación directa con el ámbito objeto de este estudio, al versar sobre las implicaciones de estos procedimientos en el marco de las relaciones

.....

40 https://commission.europa.eu/about-european-commission/contact/problems-and-complaints/complaints-about-breaches-eu-law-member-states/how-make-complaint-eu-level/decisions-and-other-notice-multiple-complaints_en.

de carácter laboral, pero su resolución, cuando menos tangencialmente, puede afectar al colectivo estatutario. Este sería el caso del Asunto C-59/22⁴¹, en el que se interpela al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de las limitaciones temporales del artículo 15.5 ET al amparo del Acuerdo Marco. Y, con mayor trascendencia, el Asunto C-110/22⁴², también en el ámbito laboral, pero incidiendo en el carácter del vínculo indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de la irregularidad en materia de contratación en el ámbito del empleo público. Se plantea en este asunto si el hecho de que el legislador español no haya dictado ninguna norma limitativa de las renovaciones, expresas o tácitas, de la contratación de los trabajadores indefinidos no fijos podría ser considerado vulneración de la cláusula quinta del Acuerdo Marco, y, al amparo de tal posibilidad, si la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a dicha cláusula que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en sus sentencias de los Asuntos C-494/16, *Santoro*⁴³, y C-494/17, *Rossato*⁴⁴, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la *restitutio in integrum*.

Se valora si el hecho de que en la Ley 20/2021 solamente se prevea una indemnización tasada y objetiva (de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad), pero no se establezca previsión alguna de indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, y ello teniendo en cuenta que solamente se devenga indemnización en el momento de la extinción del contrato por cobertura de la plaza, pero ninguna durante la vigencia del contrato como alternativa a su declaración como indefinido. De hecho, se cuestiona también si la conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria al articulado de la Constitución Española, al entender que debe regir el principio de interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación de los art. 23.2 y 103.3 de la Constitución que los haga compatibles con el Derecho de la Unión.

La última pregunta de esta decisión prejudicial puede tener una relevancia directa para los procesos de consolidación de empleo del personal estatutario, dado que se plantea si la eventual conversión del vínculo temporal en fijo en aplicación del Acuerdo Marco puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se establece por medio de una Ley un proceso de consolidación del empleo temporal que supone realizar con-

41 <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=259241&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3147336>.

42 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9534eefc-37f6-11ed-9c68-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

43 ECLI:EU:C:2018:166.

44 ECLI:EU:C:2019:387.

vocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada. El Tribunal remitente perfila su consulta, al destacar que dicho proceso debe garantizar el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización tasada. Tanto esta cuestión prejudicial como las comentadas a continuación constituyen claros ejemplos del activismo judicial al que ya se ha hecho referencia en este artículo.

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Barcelona ha interpuesto dos cuestiones prejudiciales cuyas resoluciones pueden ser determinantes del devenir de la Ley 20/2021. La primera de ellas es el asunto C-331/22⁴⁵, que pone en cuestión la propia legalidad de la norma, puesto que prevé como única medida sancionadora del encadenamiento irregular de contratos y de la temporalidad fraudulenta la convocatoria de procesos selectivos y una indemnización tasada a favor solo de las víctimas del abuso que no superen los procesos selectivos convocados. Se entiende por el órgano remitente que tal limitación podría infringir la cláusula quinta del Acuerdo Marco, al dejar de sancionar los abusos producidos respecto de los empleados públicos temporales que superen los procesos selectivos, pese a que la sanción es indispensable y la superación de los procesos selectivos no es una medida sancionadora con los requisitos de la Directiva. Sustenta tal consideración, entre otros argumentos, en el Auto del Tribunal de Justicia del Asunto C-103/19⁴⁶, en el que valora la legalidad de la transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos de personal estatutario interino como medida no acorde con el Acuerdo Marco.

En caso de compartir el Tribunal de Justicia tal opinión, y dado que el juez remitente entiende que la Ley 20/2021 no prevé otras medidas efectivas de sanción de la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos o de prolongación abusiva de un contrato temporal, podría entenderse que el no contemplar la norma una conversión en contrato indefinido de estos vínculos, podría infringir la cláusula 5 del Acuerdo Marco, como por otro lado entiende que ya se declaró por el Tribunal de Justicia en el Auto del Asunto C-135/20⁴⁷.

Plantea además si el hecho de que el Tribunal Supremo⁴⁸ haya declarado que la medida que hay que adoptar ante una situación de abuso de temporalidad puede consistir simplemente en mantener al empleado público víctima de un abuso en el régimen de precariedad en el empleo hasta que la Administración empleadora determine si existe una necesidad

45 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62022CN0331>).

46 ECLI:EU:C:2021:460.

47 ECLI:EU:C:2020:760.

48 SSTS núm. 1425/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3250) y 1426/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3251), de 26 de septiembre de 2018, y SSTS núm. 1534/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4526), de 20 de diciembre.

estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos (abiertos a otros candidatos) para cubrir la plaza con empleados públicos fijos, infringe la cláusula quinta del Acuerdo Marco. Nuevamente sobre la base de que la convocatoria y la superación de un proceso selectivo abierto no es una medida sancionadora que cumpla con los requisitos de la Directiva. Y ello dado que entiende que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no prevé otras medidas efectivas de sanción de la utilización abusiva de contratos de duración determinadas sucesivos o de prolongación abusiva de un contrato temporal, por lo que no contemplar la conversión en contrato indefinido, podría considerarse que infringe la cláusula 5 del Acuerdo Marco, como infiere que ya ha declarado el Tribunal de Justicia en el Asunto C-135/20.

Con estos presupuestos, solicita el parecer del Tribunal de Justicia sobre si la Ley 20/2021, infringe el derecho comunitario al no establecer ninguna medida sancionadora específica que garantice el cumplimiento de sus objetivos. Plantea además si ante tal infracción debe acordarse por parte de los Tribunales internos la conversión de la relación temporal de carácter abusivo en una relación fija diferente a la del funcionario de carrera, pero dotando de estabilidad en el empleo a la víctima del abuso para evitar que dicho abuso quede sin sanción y que se socaven los objetivos de la cláusula 5 del Acuerdo. Y ello pese a la inexistencia de previsión legal interna que ampare tal transformación. Limita tal posibilidad a los supuestos en los que dicha relación temporal haya ido precedida de un proceso selectivo de pública concurrencia y con respeto a los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad. Sostiene por tanto que el derecho europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son una fuente más del derecho de la función pública, conclusión que parte de la doctrina⁴⁹ ya había formulado.

El mismo Juzgado nº 17 de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona ha presentado la cuestión prejudicial que ha dado lugar al Asunto C-322/22⁵⁰, parcialmente reiterativa con las cuestiones planteadas en el Asunto C-331/22, pero en algunos aspectos con mayores precisiones en la formulación. Así, en la segunda cuestión planteada, el contexto que se ofrece al Tribunal de Justicia parte de la situación de que un “órgano jurisdiccional nacional, en cumplimiento de su obligación de sancionar, en todo caso, el abuso constatado (la sanción es «indispensable» e «inmediata»), llega a la conclusión de que el principio de interpretación conforme no permite garantizar el efecto útil de la Directiva sin incurrir en una interpretación «*contra legem*» del Derecho interno, precisamente porque el ordenamiento interno no ha incorporado ninguna medida sancionadora para aplicar la cláusula 5 del Acuerdo marco en el sector público”.

49 FUENTETAJA PASTOR, J., “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la función pública española”, *Revista Jurídica de Asturias* nº 46, 2023, p.p. 97-117.

50 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62022CN0332>).

Con esta base pregunta si el órgano judicial interno debe aplicar las consideraciones de la Sentencia *Egenberger*⁵¹ o de la Sentencia del Asunto C-268/2006⁵², y, conforme a las previsiones de los arts. 21 y 47 de la Carta de Derechos de la Unión Europea excluir las disposiciones del Derecho interno que impidan garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70/CE, con independencia de su rango constitucional. Entiende que, de ser así, debe procederse a la conversión de la relación temporal de carácter abusivo en una relación fija, idéntica o equiparable a la de los funcionarios fijos comparables, dotando de estabilidad en el empleo a la víctima del abuso, como medio para evitar que el abuso quede sin sanción y se socaven los objetivos y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo.

La siguiente pregunta planteada al Tribunal de Justicia se fundamenta en las sentencias de los Asuntos C-331/17⁵³ y C-82/19⁵⁴, entendiéndose que la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que excluya a determinados empleados públicos de la aplicación de las normas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, al no existir en el sector público ninguna otra medida efectiva de sanción de tal utilización abusiva. Por ello, y al amparo del principio de equivalencia, entiende que el Acuerdo Marco obliga a transformar a los empleados públicos temporales víctimas de un abuso en empleados públicos fijos o de carrera, de forma equivalente a como sucedería en el ámbito del empleo privado. Sustenta además tal conclusión en la nueva redacción del art. 83.3 de la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público⁵⁵. Este precepto de derecho nacional permite que los trabajadores privados de empresas y entidades que pasen al sector público puedan desempeñar las mismas funciones que los funcionarios de carrera con la condición “a extinguir” y, por tanto, con las mismas causas de cese que los funcionarios.

De esta forma, sobre la base de que las condiciones de cese forman parte de las condiciones de trabajo⁵⁶, de entender el Tribunal de Justicia que no procede la transformación directa del vínculo en fijo, solicita se determine si la estabilización del personal público temporal víctima de un abuso, aplicándole las causas de cese y de despido que rigen para los funcionarios de carrera, pero sin adquirir esta condición, es una medida de obligado cumplimiento en aplicación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco y del principio de interpretación conforme. Esta pregunta parte de entender que la legislación nacional solo prohíbe adquirir la condición de empleados fijos o de carrera a quienes no cumplen determinados requisitos, y la estabilización del colectivo sin la adquisición de tal condición no conllevaría la vulneración de la normativa nacional.

.....

51 C-414/16; ECLI:EU:C:2018:257.

52 ECLI:EU:C:2008:223.

53 ECLI:EU:C:2018:859.

54 ECLI:EU:C:2019:337.

55 BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

56 SSTJUE del 13/3/2014, asunto C-38/13, caso *Nierodzik* (ECLI:EU:C:2014:152), apartados 27 y 29; y de 14/9/2016 asunto C-596/14, caso *Ana de Diego Porras* (ECLI:EU:C:2016:683) apartados 30 y 31).

En esta cuestión prejudicial el órgano remitente vuelve a entrar a fondo en la valoración de la Ley 20/21, preguntando si vulnera los principios comunitarios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE) al prever como sanción al abuso en la temporalidad procesos selectivos que se aplican aunque las acciones u omisiones constitutivas de la infracción y el abuso, así como su denuncia, se produjeron y consumaron años antes de la promulgación de Ley 20/2021. Además, entiende que la Ley 20/2021, al establecer como medida sancionadora la convocatoria de procesos selectivos y una indemnización solo a favor de las víctimas de abuso que no superen el proceso selectivo, podría infringir la cláusula 5 del Acuerdo Marco, al dejar sin sancionar los abusos producidos respecto de los empleados públicos temporales adjudicatarios de plaza. Basa tal posibilidad en que la sanción es siempre indispensable y la superación del proceso selectivo no es una medida sancionadora que cumpla con los requisitos de la Directiva, como ya se ha establecido por el Tribunal de Justicia en el Auto de 2 de junio de 2021, caso C-103/2019.

Plantea, por tanto, si la Ley 20/2021, al limitar el reconocimiento de la indemnización al personal víctima de abuso que no supere el proceso selectivo, excluyendo a los empleados que han sido objeto de abuso y han obtenido la condición de personal fijo a través de tales procesos abiertos infringe la Directiva 1999/70/CE y lo dispuesto en el citado Auto del Asunto C-103/2019, en concreto en su apartado 45. En tal apartado se establece que, “si bien la organización de procesos selectivos abiertos a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada permite a estos últimos aspirar a obtener un puesto permanente y estable y, por tanto, el acceso a la condición de personal estatutario fijo, ello no exime a Estados miembros de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada”.

De esta forma esboza si la Ley 20/2021 al establecer que los procesos selectivos encaminados a reducir la temporalidad en el sector público deben celebrarse en el plazo de tres años, y al fijar como sanción una indemnización a percibir en el momento del cese o despido de la víctima de abuso, vulnera la cláusula 5 del Acuerdo Marco, conforme a la doctrina del Auto del Tribunal de Justicia del Asunto C-44/2016⁵⁷ o de las Sentencias de los Asuntos C-16/15⁵⁸ o C-619/2017⁵⁹. Y ello por cuanto considera que lo que hace es perpetuar al empleado víctima de un abuso en esa situación de abuso, de desprotección y de precariedad en el empleo, socavando el efecto útil de la Directiva hasta que se materializa el cese del empleado y puede percibir la indemnización tasada.

57 ECLI:EU:C:2020:558.

58 ECLI:EU:C:2016:679.

59 ECLI:EU:C:2018:936.

Entiende además que la Ley 20/2021 puede vulnerar el principio de equivalencia, pues confiere derechos en aplicación de la Directiva que son inferiores a los que resultan del derecho interno, ya que el nuevo art. 87.3 de la Ley 40/2015, aplicando el Derecho interno, permite que los trabajadores de empresas privadas que pasan al sector público puedan desempeñar las mismas funciones que los funcionarios de carrera quedando sujetos a las mismas causas de cese, aunque no hayan superado un proceso selectivo, si bien con la condición de “a extinguir”. Mientras, la Ley 20/2021, aplicando el Derecho Comunitario, no permite que los trabajadores públicos temporales que han sido seleccionados con arreglo a procesos selectivos sujetos a principios de igualdad, mérito, publicidad y libre concurrencia, continúen desempeñando las mismas funciones que los funcionarios de carrera, quedando sujetos a las mismas causas de cese.

En este aspecto, valora las previsiones de los art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, en los que se consagra el principio de reparación integral, que obliga a las Administraciones a compensar todos los daños y perjuicios causados a las víctimas de su actuación, y la oposición a esta previsión de la indemnización tasada favor de las víctimas de un abuso, limitada apriorísticamente. Entiende que la Ley 20/2021, al establecer como única medida sancionadora real esta indemnización a favor de las víctimas de abuso que no hayan superado el proceso selectivo, vulnera la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia del Asunto *Santoro*⁶⁰, en la que declaró que en el sector público, para dar cumplimiento de la Directiva, no basta con una indemnización, sino que ésta debe de ir acompañada de otras medidas sancionadoras adicionales, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Entiende el juzgador remitente que la Ley 20/2021, al fijar las indemnizaciones favor de las víctimas que no superen un proceso selectivo de forma tasada y limitada, vulnera los principios comunitarios de compensación adecuada, íntegra y proporcional, al excluir el lucro cesante y otros conceptos indemnizatorios o compensatorios, como son los derivados de la pérdida de oportunidad (concepto que utiliza la Sentencia *Santoro*). Pero también el no poder promocionar ni ascender, la minoración de las futuras pensiones de jubilación, así como los daños morales derivados de la falta de protección intrínseca a toda situación de precariedad en el empleo; máxime en supuestos en los que la víctima del abuso, por condiciones de edad, sexo u otras variables, no tenga previsiblemente un mercado de trabajo alternativo.

Por tanto, la Ley 20/2021, al establecer una indemnización topada en cuantía podría vulnerar la normativa comunitaria, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia en Sentencias tales como la del Asunto C-271/91, caso *Marshall*⁶¹, y la del Asunto C-407/14,

.....

60 ECLI:EU:C:2018:166.

61 ECLI:EU:C:1993:335.

caso *Arjona*⁶², según las cuales el Derecho de la Unión se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de un despido esté limitada por un tope máximo fijado a priori.

4. CONCLUSIONES

¿Es efectivo el sistema de consolidación del empleo temporal de larga duración como medida limitativa de la utilización abusiva de la contratación temporal en el ámbito del empleo público? La historia demuestra que no.

Los sucesivos intentos de atajar la rampante temporalidad de la Administración Pública, y, específicamente en el ámbito estatutario, mediante procesos de consolidación del empleo público temporal se han revelado una y otra vez como un fracaso. De esta forma sólo se ha paliado temporalmente la situación, con una especie de “tabla rasa”, para iniciar una nueva sucesión de contratos temporales y estar en la misma situación transcurridos una serie de años desde la consolidación anterior. En tal momento el proceso vuelve a empezar.

Desde el año 2001 en el ámbito sanitario se han realizado grandes convocatorias de consolidación del empleo irregular temporal, el último aún en proceso, sin que se haya conseguido atajar los abusivos índices de temporalidad. Si bien es cierto que los objetivos de las últimas normas, la limitación de la temporalidad por debajo del 8%, son más realistas que los pretendidos en procesos anteriores, temporalidad por debajo de 3% en Ley 16/2001, no se ha logrado en ningún momento de la reciente historia española siquiera acercarse a estos números. Así lo constata la exposición de motivos del Real Decreto ley 12/2022 al reconocer una tasa de temporalidad en el ámbito sanitario del 47%.

¿Cuál es la solución a esta situación? La salida propugnada por el Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona, la creación de una figura intermedia, no con vínculo funcionario o estatutario, pero tampoco temporal, con causas de cese equiparables al personal con tales vínculos no es sino un adorno de la realidad. La creación de estas figuras ya es tradicional en Derecho español, con la categoría de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla como máximo referente. Tal y como señala el profesor Beltrán⁶³, esta creación es la materialización jurídica del “gato de Schrödinger”, aunque transcurridos más de quince años desde su creación el EBEP de 2007 decidiera su reconocimiento jurídico, no solo jurisprudencial.

.....

62 ECLI:EU:C:2015:831.

63 BELTRÁN HEREDIA, I., Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 31 de agosto de 2023.

¿Realmente es útil crear una figura equiparable al personal funcionario o estatutario, sin tal categoría pero con sus mismas causas de cese? En principio esta nueva categoría, que podríamos denominar “funcionario indefinido no fijo” o “personal estatutario equiparable al fijo” no nos ofrece ninguna solución más allá del maquillaje estadístico de la actual coyuntura. De hecho, conforme a las precisiones del Tribunal de Justicia en cuanto a la naturaleza temporal de esta figura, no solventaría la tasa de temporalidad ni los incumplimientos del Estado español.

Una apuesta firme porque la Ley 20/2021 sea la última consolidación de empleo necesaria sería mucho más útil. El estricto cumplimiento de la nueva configuración legal de las causas habilitantes de las contrataciones temporales, unido a ofertas públicas de empleo de carácter forzosamente anual, en las que se convoquen todas las plazas en los términos y plazos exigidos por el artículo 70 del EBEP podría ser la solución al histórico problema del abuso de la temporalidad en el empleo público. La limitación de la tasa de temporalidad derivada de las diversas crisis económicas se ha revelado como una de las causas del exceso de temporalidad del empleo público en España, pero desde el reconocimiento a los trabajadores temporales de los derechos de los trabajadores fijos, no existe causa que ampare no celebrar procesos selectivos con periodicidad anual.

El ahorro que históricamente ha supuesto el personal temporal ya no existe, las Sentencias del Tribunal de Justicia en los Asuntos *Gavieiro Gavieiro*, *Regajo Dans*, *Lorenzo Martínez y Santirso* acotaron tal justificación. Por tanto, es necesaria una mayor eficacia en los procesos de selección en el ámbito de la función pública, sancionando de forma real los incumplimientos de las Administraciones y olvidando la dañina congelación de la tasa de reposición como medio de adornar los presupuestos.

En cuanto a la sanción, la regulación de la Disposición Adicional 17^a, apartado 4^o del EBEP debe interpretarse como incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 70 del mismo texto, y, por tanto, el mantenimiento de vínculos de interinidad superiores a tres años debe entenderse que supone el incumplimiento del plazo máximo de permanencia como interino, generando a favor de tales trabajadores una indemnización económica. Indemnización que la disposición adicional 17^a, apartado 4^o cuantifica en 20 días de salario por año de servicio. Esto supone superar la interpretación literal de la disposición transitoria segunda de la Ley 14/2021, en cuanto a limitación de los contratos a los que es aplicable esta sanción, pero el tenor literal del precepto lo permite y sería esta una interpretación más conforme a la cláusula quinta del Acuerdo Marco. La amenaza del coste económico del incumplimiento de los plazos máximos de convocatoria de las plazas ocupadas por personal temporal debería ser suficientemente incentivadora de la puntual convocatoria de procesos selectivos.

Y todo ello a la espera del previsible varapalo del Tribunal de Justicia a la Ley 20/2021, puesto que es indudable que sólo sanciona el proceder irregular en los supuestos en los que los empleados públicos temporales que han sufrido el fraude no superen los correspondientes procesos selectivos.

Por el bien de los Presupuestos esperemos que no determine la necesidad de indemnizar a todos los trabajadores que hayan sufrido el fraude, con independencia de si han consolidado o no su posición como empleados públicos de plantilla.

5. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN HEREDIA, I., Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 31 de agosto de 2023.

BOLTAINA BOSCH, X., “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 14 Extra 2, 2018.

BOLTAINA BOSCH, X., “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”, *Revista digital CEMCI*, 51 (julio-septiembre) 2021.

BOLTAINA BOSCH, X., “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro, *Documentación Administrativa*”, nº 8, diciembre 2021.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “O Estatuto Básico do Empregado Público: Balance e perspectivas”, *Administración & Ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, 2008, volumen 3, 3.

CANTERO MARTÍNEZ, J., *Temporalidad y estabilización en el empleo público. Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en la Administración*, Thomson Reuters Aranzadi 2022.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo temporal irregular en el sector público”, *Anales de Derecho* nº 35, vol 2, 2017.

DE LA IGLESIA AZA, L., “El Real Decreto Ley 12/2022, la insuficiente reforma del Estatuto Marco”, *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, AEDTSS, 2022.

DE LA IGLESIA AZA, L., “Evolución histórica de la relación de servicio del personal de las instituciones sanitarias con las administraciones públicas”, *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 31, nº 2, 2022, p.p. 56 a 87.

- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, en MARTIN TETORTILLO BAQUÉR, S. (coord.), *Estudio sobre la Constitución Española I*, Civitas, Madrid, 1991.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Los procesos de estabilización. Una solución definitiva o el origen de un futuro conflicto sin fin”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº especial II, 2022.
- FUENTETAJA PASTOR, J., “El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la función pública española”, *Revista Jurídica de Asturias* nº 46, 2023.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª ed. 2002.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2005.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Proyecto de ley de medidas urgentes de reducción de la temporalidad en el empleo público”, entrada de 24 de noviembre de 2021. La mirada institucional. https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2021/11/proyecto-de-ley-de-medidas-urgentes-de-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico121-63_dictamen-2.pdf.
- LORENTE CAMPOS, R. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Expansión de la temporalidad y erosión de la relación de empleo estándar en España: ¿La irrupción de un nuevo paradigma de relación de empleo?*, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(1), 2018.
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B., “Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, 16, 2007.
- MARÍN ALONSO, I., “El personal estatutario temporal de la administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 12 (2), 2020.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Alcance general y excepcional aplicación horizontal de las Directivas de la Unión Europea en el ámbito laboral*, En: MARTÍNEZ MORENO, C. (Coord.), *El personal laboral de las Administraciones Públicas. Nuevos enfoques*, Universidad de Oviedo, 2018.
- NAVARRO NIETO, F., *El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria*, *Temas Laborales*, 130, 215.
- NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración. Documentación Administrativa”, 8, 2021.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos*, 7ª ed., Dykinson, 2003.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson Aranzadi, 2006.

- PÉREZ GÓMEZ, J.M.; PÉREZ LÓPEZ, R., “Régimen Jurídico del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, vol. 13, 2, Aranzadi, 2005.
- RODRIGO SÁIZ, M. C., “Indefinido fijo en la Administración Pública”, *Diario La Ley* N° 9821, 2021.
- ROJO TORRECILLA, E., “Empleo Público. Notas previas y texto comparado del proyecto de Ley, del Informe de la ponencia y del texto aprobado por la Comisión de Hacienda y Función pública de 22 de noviembre de 2021”.
- ROQUETA BUJ, R., “Los procesos de estabilización del empleo temporal en las Administraciones Públicas”, *Revista Lex de Derecho Administrativo*, Número 1-2020, pp. 9-45.
- ROQUETA BUJ, R. y GOERLICH PESET, J. M., *Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-Ley 14/2021*. Tirant lo Blanch, 2021.
- SALA FRANCO, T., La temporalidad en el empleo público, *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, (1), 49-62, 2021.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Objeto y ámbito de aplicación de la LEBEP”, AA.VV. (Sala Franco, T., coord.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 9ª ed., Tecnos, 2016.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- SELMA PENALVA, A., “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”, *Relaciones Laborales*, núm. 11 (2014).
- SEMPERE NAVARRO, A-V., “Texto y contexto de la STJUE sobre consecuencias de la temporalidad injustificada en el empleo público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017.
- TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 409, abril 2017.
- TREVIÑO PASCUAL, M., *El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo*, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N°.52, 2019.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Regímenes estatutario, funcionario y laboral (I) Jerarquía, convivencia normativa y Escenario de aplicación en los Servicios de Salud”, *Actualidad de derecho sanitario*, 145, 2008.