Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), el 15 de septiembre de 2020, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica

(*Boletín Oficial del Estado,* núm. 175, de 24 de junio de 2020*)*

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante diversos escritos de objeto y contenido similares varios ciudadanos han solicitado del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 11 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 175 correspondiente al día 24 de junio de 2020.

SEGUNDO. El artículo del Real Decreto-ley 23/2020 contra el que se solicita la interposición del recurso es del tenor literal que a continuación se transcribe:

> Artículo 11. Ampliación de las habilitaciones para la ejecución de la Oferta de Empleo Público y de los procesos de estabilización de empleo temporal.
>
> 1. Con carácter excepcional, la habilitación temporal para la ejecución de la Oferta de Empleo Público, o instrumento similar de las Administraciones Públicas y de los procesos de estabilización de empleo temporal previstos en el artículo 19. Uno. 6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y en el artículo 19. Uno. 9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, mediante la publicación de las correspondientes convocatorias de procesos selectivos regulada en el artículo 70.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, cuyo vencimiento se produzca en el ejercicio 2020, se entenderá prorrogada durante el ejercicio 2021.
>
> 2. Asimismo, se amplía hasta el 31 de diciembre de 2021 el plazo para aprobar y publicar en los respectivos Diarios Oficiales las ofertas de empleo público que articulen los procesos de estabilización de empleo temporal a los que se refiere el apartado anterior. En los demás extremos estos procesos se atendrán a los requisitos y condiciones establecidos en cada una de las citadas Leyes de Presupuestos, según corresponda.

TERCERO. Para fundamentar estas solicitudes se acude a la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fundamentalmente a la sentencia de 19 de marzo de 2020 (Sala Segunda) en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, cuyo objeto eran sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por el Juzgado Contencioso-Administrativo número 8 de Madrid y el Juzgado Contencioso-

Administrativo número 14 de Madrid, mediante autos de 30 de enero y 8 de junio de 2018.

En la solicitud se transcriben de esta sentencia los parágrafos 100 y 101 del tenor literal siguiente,

> 100. A mayor abundamiento, por lo que respecta al hecho de que la organización de procesos selectivos ofrece a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos, este hecho no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada. En efecto, como señaló, en esencia, la Abogada General en el punto 68 de sus conclusiones, tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso.
>
> 101 Por consiguiente, dado que la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Por tanto, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco (véase, por analogía, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartados 94 y 95).

Asimismo, se cita la Sentencia 232/2015 del Tribunal Constitucional y se transcribe parcialmente su fundamento jurídico 5.c) donde se afirma que:

> corresponde al Tribunal Constitucional velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues el desconocimiento y preterición de la norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio).

Asimismo, se trae a colación la sentencia 252/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Alicante en la cual y «respecto de la organización de procesos selectivos o de estabilización para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por el personal público temporal», se afirma que:

> Esta medida, necesariamente debe ser descartada, de acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, en cuyos apartados 97 a 101 , expresamente indica que esta medida no se ajusta a la Directiva 1999/70, ni para prevenir la utilización abusiva de las sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, —pues su convocatoria dependería de la arbitrariedad del empleador causante del abuso—, ni para

> sancionar estos abusos y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que su aplicación ni tiene efecto negativo para el empleador (apartado 97), ni supone una compensación para las víctimas del abuso, en la medida en que el resultado de los mismos es incierto, al estar tales procesos selectivos abiertos a otros candidatos que no han sido víctimas del abuso, que pudieran participar en el mismo. Luego la circunstancia de que la plaza que ocupa la recurrente haya sido incluida en la Oferta de Empleo Público del 2018 para su futura provisión, no reuniría las notas de proporcionada, efectiva y disuasoria, que exige la jurisprudencia.

CUARTO. Juntamente con estas citas jurisprudenciales se hace mención al supuesto fáctico a tenor del cual, según los solicitantes de recurso,

> serían aproximadamente 800.000 los empleados públicos que se encuentran desempeñando sus funciones para las distintas Administraciones Públicas en nuestro país en situación de fraude de ley, en los términos expuestos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,

lo que ha de entenderse referido a empleados públicos temporales.

En esta situación, concluyen los solicitantes de recurso,

> existe el riesgo de que la aplicación de la medida legal dispuesta en el artículo 11 del citado Real Decreto-ley, por cada una de las administraciones públicas empleadoras no sea homogénea, en virtud de la contradicción existente entre dicha medida legal y lo dispuesto por la Directiva 99 /70 CE en la interpretación dada por la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo

lo que a su juicio permite «que se produzca una situación de desigualdad atentatoria del derecho fundamental a la igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución española».

Finalizan los escritos recibidos solicitando, sin mayores concreciones, la interposición del recurso por la posible vulneración de los artículos 9, 24 y 93 de la Constitución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Como resulta de todo punto evidente, esta solicitud de interposición de recurso solo de manera muy indirecta tiene como objeto el precepto contra el que se formula. De hecho, lo que en realidad se cuestiona no es tanto el contenido del precepto cuanto el mecanismo articulado para reducir o eliminar la temporalidad en el empleo público. Este mecanismo consiste en la convocatoria de pruebas selectivas derivadas de las tasas adicionales para la reposición de efectivos que las leyes de presupuestos autorizan para la estabilización de empleo temporal, convocatorias estas que han de incluir las plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a las fechas de referencia. Y el precepto cuestionado amplía el plazo en

el que pueden aprobase y publicarse las convocatorias correspondientes y frente a él se solicita recurso, aunque lo que se cuestiona no es su contenido sino la fórmula de reducción del empleo temporal en el sector público.

Es por ello que se transcriben en la solicitud de recurso los parágrafos citados en los antecedentes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 (Sala Segunda) en los asuntos acumulados C 103/18 y C 429/18, en los que se afirma que la organización de procesos selectivos para dar la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada no constituye una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada, en los términos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada.

Y es por ello también que esta cita se complementa en el escrito de solicitud con la de la sentencia del Tribunal Constitucional referida en antecedentes en la que se declara que

> corresponde al Tribunal Constitucional velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues el desconocimiento y preterición de la norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien este planteamiento, que podría ser pertinente en un procedimiento constitucional de amparo, previo agotamiento de la correspondiente vía jurisdiccional, nada aporta en relación con la alegada inconstitucionalidad del artículo 11 del Real Decreto ley 23/2020, que se limita a ampliar, como ya se ha dicho, durante el ejercicio 2021 y por las circunstancias excepcionales actuales, las habilitaciones temporales para la ejecución de la Oferta de Empleo Público y la aprobación y convocatoria de los procesos de estabilización de empleo temporal.

SEGUNDO. Tampoco la alegación relativa a la existencia de riesgo de que se generen desigualdades en la aplicación del precepto por las distintas administraciones públicas podría fundamentar la interposición del recurso solicitado.

El Tribunal Constitucional tiene declarado que

> es constante la doctrina que insiste en que no será legítima la utilización del recurso de inconstitucionalidad con la finalidad de obtener declaraciones preventivas o previsoras ante eventuales agravios competenciales o interpretativas que pongan a cubierto de aplicaciones contrarias al orden de competencias establecidas en la [Constitución] y, dentro del marco

> constitucional, en los Estatutos de Autonomía (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 2) (SSTC 110/2011, FJ 3, y 31/2010, FJ 2).

El recurso de inconstitucionalidad no tiene carácter preventivo (excepto, y ello con matices, en el caso del control previo de inconstitucionalidad de los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos) y, en consecuencia, no cabe alegar para fundamentarlo que la futura aplicación de la norma pudiera eventualmente generar algún tipo de desigualdad. Si esta circunstancia llegara a producirse sería entonces cuando quepa reaccionar frente al trato desigual en la vía que proceda, pero sin perder de vista que el trato desigual no derivaría entonces de la norma sino de los actos de aplicación.

TERCERO. Por su parte, las alegaciones genéricas contenidas en el escrito de solicitud de recurso y relativas a la presunta vulneración de los artículos 9, 24 y 93 de la Constitución no concretan el alcance de dicha vulneración ni las razones que fundamentan tal aseveración, por lo que no es posible su toma en consideración. A su vez, la cita parcial del fundamento quinto de la sentencia 232/2015 del Tribunal Constitucional no es pertinente en relación con disposición cuestionada por la razón antes expuesta, e innecesario es decir que la cita de la sentencia 252/2020 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Alicante es irrelevante en un eventual juicio de inconstitucionalidad en el que los términos de contraste son las normas constitucionales y las que constituyen el bloque de constitucionalidad.

Todo ello deriva —ha de insistirse— de que lo que en realidad se está cuestionando es la convocatoria de pruebas selectivas con la finalidad de reducir o eliminar la temporalidad en el empleo público, en línea con las consideraciones contenidas en los parágrafos antes transcritos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero ese asunto, el del abuso del empleo temporal en el sector público, es un problema ajeno a la norma aquí examinada que no regula ni organiza las pruebas selectivas que tienen esta finalidad y que solamente amplía por las circunstancias excepcionales actuales los plazos en que pueden aprobarse y ejecutarse determinadas convocatorias.

Por otra parte, la jurisprudencia europea no cuestiona las convocatorias orientadas a la reducción o eliminación del empleo temporal. Lo que declara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (declaración tercera) en la sentencia de 19 de marzo de 2020 respondiendo a la cuestión prejudicial planteada es que

> incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en «indefinidos no fijos» y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los

abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda **no interponer** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo 11 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.