

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 576/2023 de 9 May. 2023, Rec. 5132/2019**Ponente: Requero Ibáñez, José Luis.****Nº de Sentencia: 576/2023****Nº de Recurso: 5132/2019****Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA****Diario LA LEY, Nº 10308, Sección La Sentencia del día, 15 de Junio de 2023, LA LEY**

ECLI: ES:TS:2023:1927

El Supremo declara que los interinos pueden reclamar por la vía de la responsabilidad patrimonial por el abuso en la temporalidad de su función

INTERÉS CASACIONAL. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Temporalidad. Abuso del empleo público de duración determinada. La existencia de una situación objetivamente abusiva no implica, automáticamente, que el funcionario interino luego cesado haya sufrido un daño efectivo e identificado. No cabe pues por esa sola circunstancia reconocer un derecho a indemnización. Sí cabe en cambio reclamar, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños materiales o morales, por una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Martorell contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Barcelona, que reconoció el derecho de la policía local interesada a la indemnización solicitada, a los efectos de sancionar el abuso en el mantenimiento de la relación temporal, sentencia que se casa y anula por ser contraria a Derecho.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo****Sección Cuarta****Sentencia núm. 576/2023**

Fecha de sentencia: 09/05/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5132/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: rsg

Nota:

R. CASACION núm.: 5132/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 576/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.ª Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 9 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **5132/2019** interpuesto por el **AYUNTAMIENTO DE MARTORELL**, representado por el procurador don Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de doña Elena Moreno Durán, frente a la sentencia 74/2019, de 2 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Barcelona, en el procedimiento abreviado 35/2018. Ha comparecido como parte recurrida doña Estibaliz, representada por el procurador don Victorio Venturini Medina y asistida del letrado don Ferrán Peña Angelats.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña Estibaliz interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Barcelona el recurso contencioso-administrativo 35/2018, seguido por los trámites del procedimiento abreviado, contra el decreto 1844/2017, de 12 de diciembre, del Alcalde del Ayuntamiento de Martorell, que desestima la solicitud de indemnización formulada en su día por su representada.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue estimado por la sentencia 74/2019, de 2 de abril, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" *Primero.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dª Estibaliz, anular, por no ser ajustado a Derecho, el decreto 1844/2017, del Alcalde del Ajuntament de Martorell, de fecha 12 de diciembre de 2017, objeto de este procedimiento, y reconocer el derecho de la recurrente a ser indemnizada por el Ajuntament demandado con la cantidad de 15.635,82 euros.*

" *Segundo.- No imponer las costas a ninguna de las partes.* "

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal del Ayuntamiento de Martorell ante dicho Juzgado informando de su intención de interponer recurso de casación y, tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 1 de julio de 2019, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados el Ayuntamiento de Martorell como recurrente y

doña Estibaliz como recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 4 de febrero de 2021 (LA LEY 2553/2021), lo siguiente:

" *Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Martorell contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de los de Barcelona, de fecha 2 de abril de 2019, estimatoria del procedimiento abreviado 35/2018 .*

" *Segundo. Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si a tenor de las sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 (LA LEY 127173/2018) y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal interino y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma.*

" *Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, es la contenida en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (LA LEY 16526/2015), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015). Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."*

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2021 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Martorell evacuó dicho trámite mediante escrito de 14 de mayo de 2021, en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998) (en adelante, LJCA (LA LEY 2689/1998)), solicitó, en esencia, que se estime el recurso interpuesto, se case y anule la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- Por providencia de 28 de mayo de 2021 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó en escrito de 9 de julio de 2021 la representación procesal de doña Estibaliz, solicitando, en resumen, que se desestime el recurso de casación en su integridad y se confirme la sentencia impugnada en todos sus extremos.

OCTAVO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 21 de marzo de 2023 se señaló este recurso para votación y fallo el 9 de mayo de 2023, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DEL PLEITO.

1. Doña Estibaliz fue nombrada agente interina de la Policía Local de Martorell por decreto 1736/2008, de 14 noviembre, y por decreto 1511/2017, de 17 de octubre, cesó tras cubrirse la plaza por un funcionario de carrera que había superado el concurso-oposición de ingreso libre.

2. Tras el cese y, al amparo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 14 de agosto (sic) de 2016 (C-596/14), "asunto Diego Porras" (LA LEY 111190/2016), doña Estibaliz *solicitó del Ayuntamiento de Martorell la indemnización de 20 días por año trabajado*, que cuantificó en 15.635,82 euros o, subsidiariamente, la indemnización de 12 días por año trabajado, que cuantificó en 9.381,49 euros, y en ambos casos los intereses del artículo 106 de la LJCA (LA LEY 2689/1998).

3. *El Ayuntamiento de Martorell alegó que su nombramiento no fue abusivo; además, la sentencia "Diego Porras" quedó superada por la sentencia TJUE de 5 de junio de 2018 (LA LEY 53022/2018) (C-677/16), "asunto Montero Mateos", y que ambas se referían a contratados laborales, no a funcionarios públicos, para los que no se prevé indemnización al cesar por causa legal.* Invocó las sentencias de esta Sala y Sección, 1425 y 1426/2018 (LA LEY 127174/2018), ambas de 26 de septiembre (recursos de casación 785 (LA LEY 127173/2018) y 1038/2017, respectivamente), para rechazar la posibilidad de nombramiento indefinido y concluyó que, aun en la hipótesis de abuso, no habría perjuicio pues permaneció como interina más tiempo del correspondiente.

SEGUNDO.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1. *La sentencia impugnada estimó la demanda.* Para ello, parte de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (LA LEY 7675/1999), relativa al Acuerdo Marco de la OES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, Acuerdo Marco). Invoca las sentencias del TJUE "Diego Porras" y "Montero Mateos" así como nuestras sentencias 1425 y 1426/2018, reproduce esta última y señala que en ellas se aplicó la cláusula quinta del Acuerdo Marco en lo que hace a la calificación como abusivo de un nombramiento de interino.

2. Seguidamente expone el régimen de los funcionarios interinos para calificar el caso de autos como un supuesto de "personal interino de larga duración" con base en la sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000 (LA LEY 9516/2000) y que, en el caso de autos, no cabe admitir que no se adopte medida alguna ante el abuso o considerar que el abuso ha beneficiado al interino en el sentido que expone el Ayuntamiento, " *pues ello no disuade de seguir abusando de la contratación temporal*".

3. De esta manera *concluye que "[n]o siendo posible declarar la subsistencia de la relación de empleo como funcionaria interina de la hoy recurrente, pues ni ha sido impugnada la resolución administrativa de cese ni es ello lo que pide la recurrente en su escrito de demanda, y siendo lo único que se discute si procede o no la indemnización solicitada, a los efectos de sancionar el abuso en el mantenimiento de la relación temporal, procede considerar cómo medida efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco y el efecto útil del Derecho de la Unión, la concesión de la indemnización solicitada de 20 días por año*".

TERCERO.- CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL Y ALEGACIONES DE LAS PARTES.

1. La cuestión de interés casacional es la expresada en el auto de admisión y que hemos transcrito en el Antecedente de Hecho de esta sentencia: " *si a tenor de las sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 (LA LEY 127173/2018) y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal interino y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma*".

2. El Ayuntamiento de Martorell alega en su recurso de casación lo siguiente, expuesto en síntesis:

1º La sentencia interpreta el artículo 10 del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015), aprobado como texto refundido por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, EBEP (LA LEY 16526/2015)), y las cláusulas cuarta y quinta del Acuerdo Marco en contradicción con la jurisprudencia de esta Sala.

2º Hubo en este caso una "medida eficaz" frente al abuso como fue la convocatoria de un concurso-oposición y cubierta la plaza, hubo una causa legal de extinción. Añade que el juicio sobre la situación abusiva debe hacerse caso por caso y apreciar la imposibilidad de "convertir" o regularizar al funcionario interino haciéndole de mejor condición.

3º Lo razonado por las sentencias de esta Sala y Sección 1425 y 1426/2018 se ha superado por la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (LA LEY 166134/2018), en cuanto que una medida "eficaz" para poner fin a abuso es la convocatoria de la cobertura reglamentaria de la plaza.

4º En lo que hace a la indemnización como medida disuasoria, se remite como precedente a lo resuelto por otros juzgados de lo contencioso-administrativo y, en cuanto a las de esta Sala y Sección, invoca las sentencias 1202 y 1428/2020, de 24 de septiembre y 29 de octubre (recursos de casación 2302 (LA LEY 120405/2020) y 1868/2018 (LA LEY 146944/2020), respectivamente), en las que se resolvió la cuestión de interés casacional en sentido contrario a reconocer una indemnización en caso de cese cuando no concurre una contratación sucesiva o se cubra la plaza por un funcionario de carrera.

5º En consecuencia y a efectos de la cuestión de interés casacional, su pretensión es que esta Sala " *consolide la guía para la actuación de los tribunales y las Administraciones implicadas frente al "abuso en la contratación temporal" (artículo 88.2.a), confirmando en nuevo pronunciamiento la exclusión de indemnización cuando no concurre dicha contratación sucesiva o cuando se convoque la plaza cubierta por el funcionario interno aun cuando el mismo pueda considerarse de larga duración*"

3. Doña Estibaliz se opone al recurso alegando, en síntesis, lo siguiente:

1º La sentencia no asimila utilización abusiva a larga duración, sino que conforme a las sentencias del TJUE entiende

que, en el caso concreto, sí hubo abuso no porque sea de larga duración sino porque ha existido un incumplimiento legal por parte de la Administración que, según el TJUE, debe tener una sanción.

2º Frente a que una medida eficaz ante el abuso sea convocar la vacante opone la sentencia TJUE de 3 de junio de 2021 (LA LEY 57644/2021) (C-726/19), según la cual y a propósito del EBEP (LA LEY 16526/2015), entiende que esa norma nacional no comporta "*medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5*".

3º El Acuerdo Marco es aplicable al ámbito funcional, de ahí que el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), prevea que el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia da lugar a una compensación económica que nace a partir de la fecha del cese efectivo, no habiendo derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias o por renuncia voluntaria.

4º La sentencia impugnada no convierte o regulariza una situación de interinidad, sino que busca "*un mecanismo que nos da el derecho positivo para desincentivar los abusos en la contratación*" de manera que la indemnización como herramienta es una sanción proporcionada, efectiva y equivalente de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo marco que exige "*medidas legales equivalentes para prevenir abusos*".

5º Censura que el abuso no tenga consecuencias porque la vacante se cubra por un funcionario de carrera, lo que no sirve para prevenir y sancionar el abuso de la temporalidad ni se ajusta al Acuerdo Marco.

6º La sentencia está suficientemente motivada con base en las sentencias de esta Sala y Sección 1425 y 1426/2018 y rechaza que la indemnización sólo procedería ante dos o más relaciones y no una sola pues hay que estar a la relación de interinidad en su conjunto y el "contrato de interinidad", y el EBEP (LA LEY 16526/2015) no distingue según que haya uno o varios "contratos".

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. Se aplica al caso la normativa vigente al tiempo de mantenerse la relación de empleo temporal, esto es, entre 2008 y 2017, lo que alcanza al momento de dictarse el acto impugnado en la instancia, 2018. Esa normativa es el artículo 10 del EBEP (LA LEY 16526/2015) cuya redacción no se alteró respecto del primer estatuto básico (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 3631/2007)). Por tanto, *no es aplicable al caso de autos la Ley 20/2021, de 28 de diciembre (LA LEY 28440/2021), de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021 (LA LEY 28440/2021)), pues tal y como se desprende de la disposición transitoria segunda, sus previsiones rigen para el personal temporal nombrado a partir del 30 de diciembre de 2021.*

2. *El primer extremo de la cuestión de interés casacional plantea, en abstracto, cuándo es abusivo mantener una relación de empleo temporal tratándose de funcionarios interinos, lo que depende de los supuestos legales de interinidad, en concreto estos:*

1º Para el supuesto del apartado a) del artículo 10.1 una interinidad razonable se corresponde con dos ejercicios, luego habrá abuso de superarse sin que la vacante se integre en la oferta de empleo para ser cubierta por un funcionario de carrera de nuevo ingreso o no se provea por funcionarios de carrera mediante los sistemas de provisión de puestos o de promoción profesional.

2º Para el supuesto del apartado b) del artículo 10.1 se entiende que por ser de sustitución, no hay vacante, luego será razonable la interinidad durante el tiempo en que se prevea la sustitución dependiendo de la causa y habrá abuso de la interinidad si la sustitución no es transitoria sino indefinida.

3º Y en caso de nombramiento de interinos para ejecución de programas o por exceso o acumulación de tareas, el tiempo razonable será el de los plazos de los apartados c) y d) del artículo 10.1 en relación con el apartado 6 de forma que si se prolonga indefinidamente se tendrá por abusiva.

3. *La segunda parte de la cuestión de interés casacional plantea, en caso de abuso de la temporalidad, si al extinguirse esa relación de empleo, procede otorgar al cesado una indemnización de efecto sancionador a modo de medida disuasoria deducible de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.* Pues bien, nuestra jurisprudencia lo rechaza y a tal efecto citamos la sentencia 1401/2021, de 30 de noviembre (recurso de casación 6302/2018 (LA LEY 236346/2021)), en la que expusimos lo siguiente sobre la finalidad de esa cláusula 5:

" QUINTO.-

(...)

" Pues bien, dicha cláusula 5 [del Acuerdo Marco] tiene como finalidad, en sus propias palabras, "prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada"; y para lograr esta finalidad exige que los Estados miembros adopten una o varias medidas (razones objetivas que justifiquen la renovación de la relación laboral de duración determinada, duración máxima total esas relaciones sucesivas, número posible de sucesivas renovaciones). También contempla la posibilidad de que, en lugar de las mencionadas, los Estados miembros aprueben "medidas legales equivalentes". De la lectura de la cláusula 5 del Acuerdo Marco se infiere que este precepto tiene una finalidad predominantemente objetiva; es decir, busca que en el ordenamiento interno de cada Estado miembro haya normas que -previa consulta con los agentes sociales y "conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales"- impidan o al menos dificulten la utilización injustificada y, en ese sentido, abusiva de las formas de trabajo de duración determinada. Dicho de otra manera, la cláusula 5 del Acuerdo Marco -cosa distinta es la cláusula 4- no tiene como finalidad primaria otorgar derechos subjetivos a los individuos en concretas relaciones jurídicas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al tratar del abuso de la interinidad en el empleo público de naturaleza estatutaria, insiste en que lo crucial es que haya medidas que efectivamente resulten disuasorias.

4. Respecto de la aplicación de sanciones e indemnizaciones como medida disuasoria frente al abuso de la temporalidad, en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia 1401/2021 (LA LEY 236346/2021) dijimos lo siguiente:

" En todo caso, en conexión con cuanto se acaba de exponer, debe subrayarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que las sanciones e indemnizaciones pueden ser una medida equivalente para alcanzar el efecto disuasorio contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco; pero en ningún momento ha dicho que sea una consecuencia necesaria e ineludible. Es una posibilidad para lograr la finalidad impuesta, no un medio obligatorio. Y ni que decir tiene, siempre en este contexto, que un deber de la Administración de indemnizar habría de tener alguna clase de cobertura en el ordenamiento interno del Estado miembro, dado que no surge de manera forzosa y directa del Acuerdo Marco. No es ocioso recordar aquí lo que dispone el apartado quinto de la cláusula 8 del Acuerdo Marco: "La prevención y la resolución de los litigios y quejas que origine la aplicación del presente Acuerdo se resolverán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales"."

5. Respecto de la diferencia entre el abuso de la temporalidad en el ámbito laboral respecto del ámbito funcionarial, en la sentencia 1401/2021 (LA LEY 236346/2021) hicimos estas consideraciones:

" SÉPTIMO.-

" ... En primer lugar, cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. Es perfectamente sabido que la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un "estatuto" en gran medida heterónimo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.

6. Y finalmente, diferenciamos las indemnizaciones sancionadoras de las resarcitorias, que son las que contemplamos en las sentencias 1425 (LA LEY 127173/2018) y 1426/2018 (LA LEY 127174/2018); y así dijimos en los Fundamentos de Derecho Séptimo a Noveno de la sentencia 1401/2021 (LA LEY 236346/2021) lo siguiente:

" En segundo lugar, dado que no puede ser el cese ajustado a derecho lo que ocasione un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto -tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en las sentencias de 26 de septiembre de 2018 , citadas en el auto de admisión de este recurso de casación- pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños; algo que ni siquiera se ha intentado en este caso. En otras palabras, el mero hecho de haber sido personal interino durante un

tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño. La recurrida no hace indicación alguna sobre el perjuicio o la lesión que le habría ocasionado la mera circunstancia de haber sido interina.

" OCTAVO.- En relación con este último extremo, es significativo que la parte recurrida concluya su escrito de oposición afirmando que la indemnización por utilización abusiva de la interinidad no tiene por objetivo resarcir daños o perjuicios efectivamente padecidos por el empleado público mientras estuvo en esa situación o sufridos como consecuencia de ella, sino que en el fondo tiene una "naturaleza sancionadora".

(...)

" Esto significa que lo que debería indemnizarse, según la recurrida, es el hecho mismo de haberse hallado en esa situación y que, así, la indemnización no es debida para resarcir daños o perjuicios efectivos e identificados, sino como castigo a la Administración que ha permitido -si no alentado- esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada que están legalmente pensadas para otros fines. Esta idea, además, es la que sin duda subyace -aunque no se haga explícita- en las sentencias de instancia y de apelación. Tal idea está muy próxima de lo que, en la terminología jurídica angloamericana, se denominan "daños punitivos". Ocurre, sin embargo, que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta. Tampoco es fácil encontrar supuestos de daños punitivos en la legislación civil española.

" Así las cosas, lo que en el fondo se plantea en este recurso de casación es si debe darse por bueno el reconocimiento hecho en instancia y en apelación de una indemnización de naturaleza sancionadora, sin ninguna base en el ordenamiento español. Esta Sala considera que la respuesta debe ser negativa. El deber de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora, como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, no viene impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea atinente a la cláusula 5 del Acuerdo Marco; jurisprudencia que ha afirmado de manera inequívoca que dicha cláusula 5 "[...] no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional [...]". Así las sentencias Sánchez Ruiz (C-103/18 y C- 429/18) de 19 de marzo de 2020 (parágrafo 118) e Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19) de 3 de junio de 2021 (parágrafo 79).

" Es verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las directivas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la directiva. En este sentido, entre otras muchas, la sentencia Marleasing (C- 106/89) de 13 de noviembre de 1990 . Pero la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo caer en la arbitrariedad. Y, como se ha visto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados.

" NOVENO.- Ni que decir tiene, en fin, que cuanto se acaba de razonar no significa que quien habiéndose hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva no pueda, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido. Así se dijo en nuestras sentencias de 26 de septiembre de 2018 y así lo reiteramos ahora. Y también reiteramos, aunque ello no sea relevante en el presente caso, que quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015). Éstas -no otras- son las consecuencias actualmente contempladas en el ordenamiento español para la utilización abusiva de figuras de empleo público de duración determinada de manera.

" Por lo demás, todo el razonamiento hasta aquí desarrollado es de lege lata. Nada impide al legislador, si lo considera oportuno, establecer alguna clase de compensación para situaciones como la aquí examinada. Esto es, por cierto, lo que hace pro futuro el reciente Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021), de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo [hoy día, la disposición adicional decimoséptima.4 del

EBEP (LA LEY 16526/2015) reformado por la Ley 20/2021 (LA LEY 28440/2021) antes citada] . *Y no deja de ser significativo que a este respecto use la expresión "compensación económica", en vez de "indemnización", dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración."*

7. Con base en lo expuesto, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) y conforme a la normativa aplicable al caso *ratione temporis*, cabe concluir en estos términos:

1º Que el hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva no implica, automáticamente, que el funcionario interino luego cesado haya sufrido un daño efectivo e identificado, luego no cabe reconocer un derecho a indemnización por esa sola circunstancia.

2º Sí cabrá reclamar por aquellos daños materiales o morales, por una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Para ello deberá presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños.

QUINTO.- APLICACIÓN AL CASO.

1. En este caso, *no es cuestión controvertida la realidad del abuso de la temporalidad, al que se puede añadir otro abuso que si bien es ajeno al pleito no está de más recordar: que no cabe nombrar policías municipales en régimen de interinidad* (cfr. sentencias 828 y 848/2019, de 14 y 18 de junio, dictadas en los recursos de casación 922 y 889/2017, respectivamente). Centrado lo litigioso en la indemnización, la conclusión es que se estima el recurso de casación, anulándose la sentencia de instancia.

2. La sentencia impugnada anuda la indemnización al hecho del cese y para ello aplica, sin más, la lógica del ordenamiento laboral al ámbito funcional que, como hemos dicho, es de naturaleza estatutaria, no contractual y en este punto no deja de ser significativo que la parte recurrida se refiera reiteradamente a su "contrato" como funcionaria interina cuando no hubo tal contrato sino un nombramiento.

3. Si lo reclamado por doña Estibaliz era una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el cese y que cuantificó según los criterios propios de la relación laboral, habría abandonado la carga procedimental de justificar o probar no sólo la existencia de un daño real y efectivo sino, además, su cuantía y la pertinencia de los criterios de cuantificación. Sin embargo, *su pretensión siempre ha sido -y así lo estima la demanda- que se la indemnice y que su indemnización sea a modo de sanción por el abuso de la temporalidad, para lo que aplica a las relaciones estatutarias funcionariales la lógica de las relaciones laborales.*

4. En fin, la Sala no ignora que lo que en su momento pretendió doña Estibaliz, y estima la sentencia impugnada, tiene ya respaldo legal en la disposición adicional decimoséptima.4 del EBEP (LA LEY 16526/2015), introducida por la Ley 20/2021 (LA LEY 28440/2021). Esto es cierto pero como hemos dicho también, esta innovación normativa rige *pro futuro* y en este caso, a la relación estatutaria de doña Estibaliz y en especial a su cese, le era aplicable la normativa y la jurisprudencia que hemos expuesto.

SEXTO.- COSTAS.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) en relación con el artículo 93 LJCA (LA LEY 2689/1998), en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

2. No se imponen las costas de la instancia pues si bien el artículo 139 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) prevé imponerlas a quien vea desestimadas todas sus pretensiones, en el caso de autos se ha admitido que se produjo abuso, aun cuando en el Suplico de su demanda no se pretendiese tal declaración.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , conforme a lo declarado en el Fundamento de Derecho Cuarto.7,

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación deducido por el **AYUNTAMIENTO DE MARTORELL** contra la sentencia 74/2019, de 2 de abril, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Barcelona en el recurso contencioso- administrativo 35/2018, sentencia que casamos y anulamos.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **DOÑA Estibaliz** contra el decreto 1844/2017, de 12 de diciembre, del Alcalde del Ayuntamiento de Martorell.

TERCERO.- En cuanto a las costas, estese al último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.