





INTERIOR, representado y asistido por el Ilmo. Sr. ABOGADO DEL ESTADO sobre recurso contencioso-administrativo frente a la resolución desestimatoria de fecha 22 de junio de 2020 del Subdirector General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y contra el acto presunto negativo por el que se desestima la reclamación presentada con fecha 3 de julio de 2019 ante el Excmo. Sr. Ministro del Interior, solicitándose en la misma el nombramiento como funcionarios de carrera de los recurrentes (funcionarios interinos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias). En nombre de Su Majestad el Rey, se ha dictado la presente, de acuerdo con los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos Jurídico.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de agosto de 2020 tuvo entrada recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Séptima del Tribunal Superior de Justicia de Madrid una vez turnado, y que ha dado origen al Procedimiento Ordinario nº 1705/2020.

Por Providencia de fecha 16 de septiembre de 2020 se plantea posible incompetencia de esta Sala en relación a resolución presunta, y se procede a conferir traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en plazo común de diez días, formulen las alegaciones que estimen convenientes.

Por auto nº 236/2020 de fecha 22 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Séptima del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, declara la falta de competencia para el conocimiento del recurso, entendiéndose que la misma corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (...).

El Fundamento de Derecho Único dispone:

*“El presente recurso contencioso administrativo se dirige contra la denegación por silencio de la reclamación efectuada el 3 de julio de 2019 ante el Ministro del Interior por la que se solicita el nombramiento como funcionarios de carrera de los recurrentes, funcionarios interinos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias; se trata de un acto presunto atribuible al Ministro del Interior, en materia de personal, por lo que de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, y conforme al artículo 9 a) de la LJCA, su conocimiento corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. La resolución expresa que igualmente se recurre, del Subsecretario, se limita a denegar la extensión de certificación del acto presunto, y carece de sustantividad propia”.*

Por Diligencia de Ordenación de fecha 10 de diciembre de 2020 tuvo entrada este recurso, una vez turnado a este Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo, remitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Séptima del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y se tuvo por interpuesto por [REDACTED]

[REDACTED] frente a la resolución desestimatoria de fecha 22 de junio de 2020 del Subdirector General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y contra el acto presunto negativo por el que se desestima la reclamación presentada con fecha 3 de julio de 2019 ante el Excmo. Sr. Ministro del Interior, interesando la aplicación al personal interino en ella referenciado de la Directiva Comunitaria 1999/70/CE y su Acuerdo marco sobre trabajo temporal, y el reconocimiento de los derechos que se recogen en el Suplico de la reclamación.

En virtud de Oficio del Subdirector General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de fecha 23 junio de 2020 dirigida a la representación legal de los recurrentes, se dice:

*“... No cabe expedirse certificado de acto presunto por no poderse reconocer el transcurso del tiempo, ya que no se ha iniciado procedimiento administrativo alguno al no haberse recibido en esta Unidad, (...) la reclamación previa (...). Con independencia de lo expresado, en el supuesto de que se hubiera producido el*

*inicio de un procedimiento administrativo a instancia de parte, no sería precisa una certificación de acto presunto, debido a que, el mero transcurso del tiempo otorga al interesado la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional si así lo considera conveniente (...)*”

**SEGUNDO.-** Tras los oportunos trámites procesales, que son de ver en las actuaciones, por decreto de 28 de enero de 2021 se admitió a trámite la demanda y se dio traslado de la misma a la Administración recurrida; se tuvo por personado los citados recurrentes y en su nombre y representación al Procurador **D. JOSÉ MARÍA RUIZ DE LA CUESTA VACAS**; se acordó la remisión del expediente administrativo y se citó a las partes a la vista señalada para el día 11 de mayo de 2021, la cual se celebró con el resultado que es de ver en el sistema de grabación, quedando los autos conclusos y a la vista para dictar sentencia.

La cuantía del presente procedimiento es indeterminada.

**TERCERO.-** En la substanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, por cese de esta juez y posterior prórroga de jurisdicción, motivo del retraso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED], interponen recurso contencioso administrativo frente la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dictada por delegación del Ministro del Interior, de fecha 22 de junio del 2020, por la que se desestima la solicitud de emisión de certificado de acto presunto estimatorio producido por silencio administrativo y contra el acto presunto negativo por el que se desestima la reclamación presentada con fecha 3 de julio de 2019 ante el Excmo. Sr. Ministro del Interior, solicitándose en la



estructurales propias de funcionarios de carrera, pues el trabajo se reparte igualitariamente entre los funcionarios de carrera y los temporales interinos de servicio, en función de su horario y jornada de trabajo, sin que el recurrente realice tareas extraordinarias, excepcionales o coyunturales, sino que asume la misma responsabilidad y funciones que los funcionarios de carrera comparables. El nivel de temporalidad existente en el Departamento de Económico del Centro Penitenciario Sevilla II, es del 66,6% ya que el número de funcionarios interinos es de 2, mientras que solo hay un funcionario de carrera; lo que evidencia que los funcionarios interinos temporales no realizan sustituciones, ni prestan servicios excepcionales, coyunturales, transitorios o esporádicos, y que tampoco atienden a necesidades de carácter urgente, excepcional, temporal o esporádico, sino que cubren el déficit estructural de funcionarios de carrera.

-Certificación de fecha 16 mayo de 2019: [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] funcionario interino del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, perteneciente a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior desde el 14 octubre de 2003, prestando sus servicios, según consta en su expediente:

- en el CP de Las Palmas desde el 14 octubre de 2003 hasta el 14 julio de 2005;
- en el CP de Ibiza desde el 9 agosto de 2005 hasta el 19 junio de 2007;
- en el CP de Zucra desde el 4 enero de 2008 hasta 31 octubre de 2009 y,
- en el CP de Sevilla II (Morón de la Frontera) desde el 16 marzo de 2010 hasta la actualidad.

-Certificación de fecha 30 mayo 2019: [REDACTED] lleva desde el 16 marzo de 2010, esto es los últimos 9 años continuados, prestando servicios profesionales como funcionario interino del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias en el CP Sevilla II. Que fue contratado por sus méritos a través de una bolsa tras una oposición, con pleno respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia. En el CP Sevilla

II, prestan servicios 431 funcionarios de carrera y 20 funcionarios interinos, del Cuerpo Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Todos los funcionarios, tanto los de carrera como los interinos, realizan las mismas funciones (...)

-D. [REDACTED], es funcionario interino de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias perteneciente al Ministerio del Interior, con destino actual en el Departamento de lavandería (Vigilancia Interior 2) del Centro Penitenciario Sevilla II (Morón de la Frontera). Desde el 28 de diciembre de 2002 hasta la actualidad, viene desempeñando las funciones del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias a través de varios nombramientos; teniendo, en consecuencia, una antigüedad de más de 16 años de servicios para la Administración. En el último puesto de trabajo, lleva destinado desde el 16 de marzo de 2010, es decir, más de 10 años continuados. Tiene acreditado mérito y capacidad e idoneidad para el desempeño de las funciones públicas que le han sido encomendadas, no solo a través de los más de 16 años de servicios prestados, sino también porque accedió a través de un concurso público de méritos y presentación de títulos, dándose así cumplimiento a lo establecido el art. 23 de la CE y el art. 10.2 del EBEP. En estos más de 16 años de servicios prestados, realiza funciones ordinarias y estructurales propias de funcionarios de carrera, pues el trabajo se reparte igualitariamente entre los funcionarios de carrera y los temporales interinos de servicio, en función de su horario y jornada de trabajo, sin que el recurrente realice tareas extraordinarias, excepcionales o coyunturales, sino que asume la misma responsabilidad y funciones que los funcionarios de carrera comparables. El nivel de temporalidad existente en el Departamento de lavandería (Vigilancia Interior 2) del Centro Penitenciario Sevilla II, es del 50% ya que hay un funcionario interino -el recurrente- y otro con contrato laboral fijo.





actualidad, viene desempeñando las funciones de Ayudante de Instituciones Penitenciarias a través de dos nombramientos:

- en el Centro Penitenciario Puerto III (El Puerto de Santamaría) desde el 4 de enero de 2008 hasta el 31 de octubre de 2009 y,
- en el Centro Penitenciario Sevilla II desde el 16 de marzo de 2010 hasta la actualidad.

Teniendo una antigüedad de más de 12 años de servicios prestados para la Administración. Tiene acreditado mérito y capacidad e idoneidad para el desempeño de las funciones públicas que le han sido encomendadas, no solo a través de los más de 12 años de servicios prestados, sino también porque accedió a través de un concurso público de méritos, dándose así cumplimiento a lo establecido en el art. 23 de la CE y el art. 10.2 del EBEP. En estos más de 12 años de servicios prestados, el actor realiza funciones ordinarias y estructurales propias de funcionarios de carrera, pues el trabajo se reparte igualitariamente entre los funcionarios de carrera y los interinos de servicio, en función de su horario y jornada de trabajo, sin que el recurrente realice tareas extraordinarias, excepcionales o coyunturales, sino que asume la misma responsabilidad y funciones que los funcionarios de carrera comparables. El nivel de temporalidad existente en la sección de mantenimiento del área Mixta 2 del Centro Penitenciario Sevilla II (Morón de la Frontera) es del 25%, ya que el número de funcionarios interinos es de 1 -el recurrente- mientras que el número de funcionarios fijos o de carrera es de 3.

-Certificación de fecha 16 mayo 2019: ■ ■ ■ ■

■ que es funcionario interino del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, perteneciente a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, desde el 4 enero de 2008, prestando sus servicios, según consta en su expediente:

- en el CP de Puerto III desde el 4 enero 2008 hasta el 31 octubre de 2009 y,

-en el Servicio de Mantenimiento de Área Mixta en el CP de Sevilla II (Morón de la Frontera) desde el 16 marzo de 2010 hasta la actualidad.

-Certificación de fecha 24 mayo de 2019: [REDACTED]

[REDACTED] lleva desde el día 16 marzo de 2010, esto es, los últimos 9 años, 1 mes y 9 días continuados prestando servicios profesionales como Genérico Área Mixta en CP Sevilla II (Morón de la Frontera). Que en el CP Sevilla II, en el Departamento de Área Mixta II, prestan servicios 5 funcionarios de carrera, 1 funcionario en prácticas y 1 funcionario interino del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias. Que en el Departamento de Área Mixta II, todos los funcionarios, tanto los de carrera como los interinos, realizan las mismas funciones (...) y [REDACTED] asume las mismas responsabilidades y realiza las mismas funciones en su turno que los funcionarios de carrera del mismo cuerpo, que prestan servicio en el Área Mixta II.

- [REDACTED] es funcionaria interina de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias perteneciente al Ministerio del Interior, con destino actual en la Oficina de Seguridad del Centro Penitenciario Sevilla II (Morón de la Frontera).

Desde el 16 de marzo de 2010 hasta la actualidad viene desempeñando las funciones del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias en el mismo centro, ocupando el puesto de Oficina Genérico -en virtud de un único nombramiento- si bien hasta el 20 de septiembre de 2019 prestó sus servicios en la Oficina de Gestión en el negociado de Altas y Bajas, y desde el 20 de septiembre hasta la actualidad, en la Oficina de Seguridad. Tiene, en consecuencia, una antigüedad de más de 10 años de servicios continuados para la Administración. Tiene acreditado mérito y capacidad e idoneidad para el desempeño de las funciones públicas que le han sido encomendadas, no solo a través de los más de 10 años de servicios prestados, sino también porque accedió

a través de un concurso público de méritos, dándose así cumplimiento a lo establecido en el art. 23 de la CE y el art. 10.2 del EBEP.

En estos más de 10 años de servicios prestados, la actora realiza funciones ordinarias y estructurales propias de funcionarios de carrera, pues el trabajo se reparte igualitariamente entre los funcionarios de carrera y los interinos de servicio, en función de su horario y jornada de trabajo, sin que la recurrente realice tareas extraordinarias, excepcionales o coyunturales, sino que asume la misma responsabilidad y funciones que los funcionarios de carrera comparables. El nivel de temporalidad existente en la Oficina de Seguridad del Centro Penitenciario Sevilla II (Morón de la Frontera) es del 100% ya que prestan servicios 4 funcionarios interinos y ningún funcionario fijo o de carrera.

-Certificaciones de fecha 16 mayo de 2019 y 27 abril de 2020: [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] es funcionaria interina del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, perteneciente a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, desde el 16 marzo de 2010, prestando sus servicios en el CP de Sevilla II (Morón de la Frontera) desde el 16 marzo de 2010 hasta la actualidad.

La Administración demandada ha venido utilizando a los empleados temporales/interinos para privarles de los derechos que son propios del personal fijo de carrera, entre ellos, de un mínimo de estabilidad en el empleo, incumpliendo y vulnerando la propia norma nacional que dice aplicar, y la Directiva Comunitaria 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 medida efectiva para prevenir y sancionar la utilización abusiva de la relación temporal sucesiva.

Alegan las recurrentes que prueba de ese déficit estructural de funcionarios de carrera, y de este abuso y fraude en la relación temporal sucesiva incompatible

con la Directiva Comunitaria 1999/70/CE, constituyen los siguientes hechos básicos:

-Durante 16,15, 12 y 10 años consecutivos, el personal interino recurrente desempeña sus funciones como tales, atendiendo a necesidades que no son provisionales, excepcionales, ni coyunturales, sino duraderas, estables y permanentes, propias del personal fijo de carrera, acreditando mérito, capacidad e idoneidad. Del expediente personal de las recurrentes queda acreditado que ni en los nombramientos ni en las renovaciones posteriores, se consigna cláusula alguna que justifique las razones excepcionales, urgentes transitorias, coyunturales o provisionales que motivan su contratación o renovación, ni se acompaña valoración sobre el carácter temporal de los servicios cubiertas, sino que se emplean transcripciones de la Ley que no justifican la utilización de una temporalidad, que califican las recurrentes de abusiva y fraudulenta.

-El déficit estructural de personal fijo de esa Administración Pública es absolutamente desproporcionado. Así, en las áreas donde desempeñan sus servicios las recurrentes, los niveles de temporalidad en el empleo no se justifican:

- en el Departamento de Economato del Centro Penitenciario Sevilla II, la temporalidad es del 66,6% ya que el número de funcionarios interinos es de 2, mientras que solo hay un funcionario de carrera.
- en el Departamento de lavandería (Vigilancia Interior 2) del Centro Penitenciario Sevilla II, la temporalidad es del 50% ya que hay un funcionario interino y otro con contrato laboral fijo.
- en la sección de mantenimiento del área Mixta 2 del Centro Penitenciario Sevilla II (Morón de la Frontera), la temporalidad es del 25%, ya que el número de funcionarios interinos es de 1 mientras que el número de funcionarios fijos o de carrera es de 3.

- en la Oficina de Seguridad del Centro Penitenciario Sevilla II (Morón de la Frontera), la temporalidad es del 100% ya que prestan servicios 4 funcionarios interinos y ningún funcionario fijo o de carrera.

-El déficit estructural de personal fijo en la Administración demandada se mantiene y no han sido cubiertos los puestos de trabajo que desempeñan los funcionarios temporales. El Art. 10.4 del EBEP (anterior, Ley 4/2007), obliga a que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos se incluyan en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en el que se produzca el nombramiento y si no fuera posible, en el siguiente. LA STJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 79, establece que *“el incumplimiento de la obligación legal por parte de las Administraciones empleadoras de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo o de carrera, convocando los correspondientes procesos selectivos, es un signo evidente de que se ha producido un abuso incompatible con la Directiva 1999/70”*.

Estos procesos selectivos se celebraron con sujeción a los principios constitucionales de igualdad, publicidad y libre concurrencia, dándose así cumplimiento a lo establecido en los arts. 23 de la CE y el art. 10.2 del EBEP, deviniendo aplicables las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 2020, rec 3121/2019, de 7 de noviembre de 2019, en recurso 2079/2019, y de 28 de junio de 2018, en recurso 1102/2018 (que es firme la haber sido confirmada por el Tribunal Supremo), declaran la fijeza en plantilla de trabajadores temporales en situación fraudulenta de temporalidad, declarando que si un interino accede a través de un proceso selectivo y desempeña durante un largo periodo de tiempo la función pública, procede su transformación en fijo en base a los artículos 14, 23.2, 103.3 CE, artículo 15.3 ET y artículos 9.2, 11, 55 y 70 EBEP, como una sanción equivalente a la que existe en el sector privado, siendo además proporcionada a la situación abusiva padecida durante años por este colectivo, declarando estas

sentencias “*es la Administración Pública la que ha optado por una contratación temporal fraudulenta cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto deberían de haber sido convocados como fijos desde el principio, sin que el hecho de que la propia Administración hubiera utilizado un proceso selectivo público sin respetar todos los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación pueda ser utilizado como un argumento en contra de los intereses de los trabajadores, que dado que han sido contratados para realizar labores estructurales, y han superado un concurso oposición deben de ser fijos (..)*”

Asimismo, alegan las recurrentes que, la situación de abuso y fraude en la contratación temporal sucesiva del personal público y de precariedad en el empleo, infringe la Directiva 1999/70/CE que concibe “*el derecho a la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores*”, hasta el punto de que “*no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios públicos incluidas en la actividad normal del personal público fijo*”. La renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades (Vid TJUE de 1 de 2016, recaída en el asunto C- 16/15, apartados 27,

47 y 47, la reciente Sentencia de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 71, 75, 76 y 77).

Ante esta situación deviene aplicable la doctrina del TJUE,

*“cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso, eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y garantizar en todo momento los resultados fijado por la Directiva”, sin que pueda ponerse en peligro el objetivo o el efecto útil de la Directiva y su Acuerdo marco, que “tiene por objeto evitar la precarización de la situación de los asalariados” y garantizar “el derecho a la estabilidad en el empleo, que se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores” (Vid sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, apartados 26 y 27, y de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 53, 54, 55, 58, 59, 83, 85, 86 y 88).*

Las recurrentes analizan la compatibilidad con la Directiva 1999/70/CE, del régimen que se aplica en nuestro país al personal temporal del sector público, sobre la base de la sentencia de 19 de marzo de 2020 asuntos C-103-18 y C-429/18 del TJUE que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo nº 8 y 14 de Madrid, y que tiene una relevancia singular para este caso, pues esta sentencia se refiere a personal temporal del sector público que se encuentra en idéntica situación de abuso en la temporalidad que mis mandantes, y que ejercita las mismas pretensiones de estabilidad en el empleo, en base a esta misma Directiva 1999/70/CE.

De la mentada sentencia del TJUE de fecha 19 de marzo de 2020 cabe destacar:

*1) Para que los procesos selectivos tuvieran contenido sancionador y fueran conformes con la Directiva, solamente deberían participar en ellos las víctimas de tal abuso (vid apartados 97 a 101 de la sentencia);*

*2) El indefinido no fijo, al igual que el temporal, cesa cuando se amortiza la plaza o se nombra a un empleado fijo y, en consecuencia, al indefinido no fijo no se le*

*permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, incluida la estabilidad en el empleo, que el personal fijo (vid apartado 102 de la sentencia),*

*3) Dictamina en los apartados 103 a 105, que para que una indemnización a favor del empleado público temporal objeto de un abuso, cumpla la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva, es necesario que concurran tres requisitos:*

- a) Que la indemnización realmente exista en el Derecho español.*
- b) Que esta indemnización tenga por objeto compensar específicamente los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Esto es, esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva.*
- c) Que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco.*

La legislación española no prevé, ni establece ninguna indemnización específica a favor de los empleados públicos temporales víctimas de un abuso incompatible con la Directiva 1999/70/CE.

Las únicas indemnizaciones previstas en la ley española, son las previstas en los artículos 49 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, para el caso de despidos del personal laboral privado, no público. Pero estas indemnizaciones laborales por despido improcedente del citado Estatuto, como declaraba el TJUE en sus Sentencias de 21 de noviembre de 2018, asunto C-936/2018 apartados 95 y 96, y de 22 de Enero de 2020, asunto Baldonado, apartados 61 a 63, no constituyen una medida legal equivalente para prevenir los abusos, pues su abono es independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada y, por tanto, estas indemnizaciones no están previstas para sancionar debidamente la contratación temporal sucesiva incompatible con la Directiva, dado que se abonan independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de tales contratos o relaciones, no resultan adecuadas para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración

determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, concluyendo lo que sigue

*Apartado 63: De ello se deduce que el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores persigue un objetivo distinto del mencionado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco y, por lo tanto, no puede considerarse una «aplicación del Derecho de la Unión» en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta.*

Las indemnizaciones por despido del Estatuto de los Trabajadores no se aplican en el sector público, pues el art 96.2 del EBEP, establece que en “*el supuesto de que el despido del trabajador público sea declarado improcedente, procederá siempre la readmisión del trabajador público despedido, sin que este tenga derecho a optar por una indemnización*”.

Tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 207/2019, de fecha 13 de marzo de 2019, en su FJ Cuarto, apartado 3, como la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo, en sus sentencias nº 1425 y 1426 de 26 de septiembre de 2018, tienen declarado que en España no existe una indemnización que, como sanción, cumpla con los requisitos de la Directiva 1999/70.

El TJUE en sentencia de 7 de marzo de 2018, asunto C494/16, establece “*para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo marco una normativa nacional, que solo en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, además de una indemnización, otra medida efectiva adicional para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos temporales*”.

Concluye que, en España no existe indemnización específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, y no cabe más opción que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, como medida

de protección de los empleados públicos para cumplir con los requisitos de la Directiva.

El Tribunal de Justicia de la UE, tiene declarado que *“a pesar de que (...) no estén destinadas a producir efectos vinculantes, los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones del Parlamento a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante”* (vid SSTJUE de 24 de abril de 2008, asunto C-55/06, apartado 94 y de 11 de septiembre de 2003, asunto c-207/2001 apartado 41).

La Administración recurrida se opone rotundamente a las pretensiones solicitadas de contrario en base a las consideraciones efectuadas en el acto de la vista, aquí dadas por reproducidas, y solicita se dicte una sentencia desestimatoria del recurso. Aludió a la resolución recurrida y a la reclamación previa administrativa, formulada en el año 2019. No se acredita el abuso el abuso o el uso abusivo de la contratación temporal. No existe una contratación abusiva fraudulenta. Y de ser así, no es posible reconocer la condición de funcionarios de carrera ni acceder a la indemnización solicitada.

La parte actora no realiza esfuerzo alguno para probar el abuso en la contratación temporal. Estamos, añade, ante una demanda estereotipada ya que no se evidencia el uso abusivo en el caso concreto, donde no se analizan las renovaciones. No defiende el caso concreto. Alude a un porcentaje de interinidad sin acreditar la situación concreta abusiva del demandante; no bastando aludir a los contratos sucesivos. Cuando el recurrente accede a la bolsa de interinos sabe que tiene tal carácter y no obstante se apunta voluntariamente. Si se le nombra muchas veces es porque estaba en la lista

El propio demandante habla de contratos de refuerzo, vacantes; de donde resulta que existen causas objetivas para los nombramientos. Se está ante causas legales previstas. Se pregunta cuándo puede considerarse abusivos los diferentes contratos. Reitera que no existe abuso acreditado. La parte actora hace una queja generalizada. No se prueba la existencia de un déficit estructural; que los distintos nombramientos sean abusivos.

Subsidiariamente, de entender que existe abuso, no puede declararse al demandante funcionario de carrera. Si un nombramiento no se ampara en una causa prevista sería nulo, y podría recurrirlo; lo que el litigante no lo hizo. Los nombramientos los aceptó voluntariamente. No se comprende, añade, que no se impugnen los nombramientos de interinidad, lo que supone que se va contra los propios actos. Alude a las más recientes sentencias del TJUE, como es la de fecha 14-9-2020; 22-1-2020. Argumenta que el uso abusivo no da lugar a la transformación en contrato fijo de otro de duración determinada. No es posible que un funcionario interino pase a ser funcionario de carrera sin mediar concurso, a la luz de lo prevenido en los arts. 14, 23 y 103 de la CE. Los interinos desempeñan su trabajo de manera provisional y temporal. La contratación del personal interino ni está prohibida ni es ilegal; y tampoco puede entenderse fraudulenta por la sucesión de varios nombramientos. Resulta improcedente lo solicitado en este recurso ante la falta de prueba del uso abusivo de la contratación temporal. Subsidiariamente, respecto de la indemnización solicitada, dice no caber la misma, al no existir nombramientos abusivos. Reitera la sentencia del TJUE de 2-1-2020; y cita otras dictadas por el TS, la AN y los TSJ. Y sobre los daños y perjuicios refiere que, no se alega cual es el daño sufrido; no se prueba ni su realidad ni su alcance. Los daños no pueden reclamarse a tanto alzado; y tampoco se habla de daños morales. Tampoco que sea antijurídico, toda vez que el recurrente acudió voluntariamente a los distintos nombramientos interinos. No se dan los requisitos para que tenga lugar el

derecho a la indemnización reclamada. El acuerdo Marco no se opone al Derecho Nacional. De estimarse el recurso chocaría con el Derecho Español y la interpretación de la doctrina del TEJUE. El argumento de que el funcionario interino tiene derechos protectores en nuestro ordenamiento jurídico debe ser rechazado. La supuesta indemnización se rechaza de plano, no cabe reclamarlo en vía judicial, como compensación del abuso sufrido por el daño -artículo 38 Ley 40/2015 daño efectivo-. La actora ha trabajado con plena conformidad, desconoce esta Abogacía del Estado qué daño se le ha producido. Todos los pronunciamientos de Tribunales españoles han sido desestimados y todos los derechos deben interpretarse conforme a los derechos de la Unión Europea.

Interesa una sentencia desestimatoria del recurso con expresa condena en costas a la parte actora.

**SEGUNDO.-** Constituye el objeto del presente recurso, la resolución desestimatoria del Subdirector General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de fecha 22 de junio de 2020 y contra el acto presunto negativo por el que se desestima la reclamación de fecha 3 de julio de 2019 ante el Excmo. Sr. Ministro del Interior. Los recurrentes consideran que la relación funcional que mantienen con la Administración demandada vulnera las previsiones contenidas en el Acuerdo Marco anexo a la Directiva Comunitaria 1999/70/CEE del Consejo de 28 de junio de 1999, en la medida en que comporta un fraude de ley por abuso de la temporalidad - dada la prestación de servicios en virtud de nombramientos temporales durante 15, 16, 12 y 10 años-, que merece ser sancionada. Consideraban que la solución jurídica aplicable a su situación, de acuerdo con la citada Directiva Comunitaria y con la Jurisprudencia sentada al efecto por el TJUE, debía comportar o bien su nombramiento como funcionarios de carrera de la Administración demandada -o como funcionarios públicos equiparable a los de carrera al servicio de aquella-, o **alternativamente el**

reconocimiento del derecho a permanecer en el puesto de trabajo que viene desempeñando, como titular y propietaria del mismo, con las mismas causas, requisitos y procedimientos para el cese en dicho puesto que los legalmente establecidos para los funcionarios de carrera comparables, con idénticos derechos y condiciones de trabajo que estos últimos. Para ambas soluciones, interesaba adicionalmente el abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios por el abuso sufrido, que cifraban en la cantidad de 18.000 euros, para cada uno de los recurrentes, más aquellas adicionales que en su caso procediesen y con imposición de costas. La Administración demandada se ha opuesto al recurso por cuanto considera que los recurrentes accedieron a su puesto por un sistema de selección pero con conocimiento de que era temporal y no fijo.

**TERCERO.-** Se invoca por las partes actoras, la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, y más en concreto, el Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que obliga a los Estados miembros a establecer medidas para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada, trayendo al procedimiento distintas resoluciones con carácter ilustrativo, que esta Juez hace suyas y pasa a reproducir con aplicación al caso concreto.

La cuestión relativa a la forma en la que debe ser aplicada dicha normativa comunitaria y cómo deben ser resueltos los posibles conflictos que pudieran derivarse de la confrontación de la misma con el derecho interno de cada uno de los Estados miembros, encuentra cumplida respuesta en los principios de eficacia directa y supremacía del Derecho Comunitario, acuñados por la consolidada jurisprudencia del TJUE.

Fue en la Sentencia TJUE de 5 de febrero de 1963, dictada en el Asunto 26/62 Van Gend & Loos en la que por primera vez se hizo referencia al principio de

eficacia directa de las normas de Derecho de la Unión, en el sentido de entender que las mismas, deben desplegar plenitud de efectos en todos los Estados Miembros desde la fecha de su entrada en vigor y durante toda su vigencia, pudiendo ser directamente invocadas ante las autoridades administrativas y judiciales de cada uno de los Estados Miembros, quienes deben salvaguardar los derechos y obligaciones derivados de éstas.

Por su parte, la Sentencia TJUE de 15 de junio de 1964, dictada en el Asunto 6/64 Costa-ENEL, vino a consagrar el principio de primacía del Derecho de la Unión, -ratificado por ulteriores sentencias como la de 9 de marzo de 1978, Asunto C-106/77 Simmenthal-, afirmando que “ *los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho Comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas, dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional*”.

En acatamiento de esta doctrina, nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2012 de 2 de julio, expresamente indica que: “ (...) *los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados Miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tiene la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de Derecho de la Unión.(... ) Esta obligación cuya existencia es inherente al principio de primacía recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados Miembros, con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho Interno con el Derecho de la Unión Europea*”.

De lo anteriormente expuesto, y de la jurisprudencia de TJUE dictada al respecto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que el efecto directo y la primacía del Derecho Comunitario implican, tanto la obligación del legislador de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho Comunitario, como la del juez nacional de inaplicar aquellas normas internas que resulten incompatibles con el mismo, como señala la Sentencia TJUE de 22 de junio de 1989, Asunto C-11/91;
- En segundo lugar, que el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno se impone incluso cuando la contradicción se verifica con normas constitucionales internas, prevaleciendo la disposición comunitaria sobre la disposición constitucional - así se indica en la Sentencia TJUE de 23 de febrero de 2013 Asunto C-399/211-;
- En tercer lugar, que las Sentencias dictadas por el TJUE en respuesta a un reenvío prejudicial, tienen carácter vinculante al tener autoridad de cosa interpretada como instrumento procesal idóneo para alcanzar una aplicación uniforme de dicho ordenamiento en todos los Estados Miembros- Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2016-;
- Finalmente que es competencia de las autoridades administrativas o judiciales nacionales la de aplicar directamente el Derecho de la Unión, no estando vinculadas por los pronunciamientos de órganos jurisdiccionales superiores - ni siquiera del Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional-, cuando se trata de aplicar el mismo, ya que únicamente están vinculados por las Sentencias del TJUE de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, como se indica en la Sentencia TJUE de 15 de enero de 2013 Asunto C-415/10.

Por lo tanto, podemos concluir que es procedente resolver la cuestión controvertida aplicando de manera inmediata el contenido de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo temporal, dejando incluso, si procediere, inaplicada cualesquiera disposición nacional que se opusiera a la misma, siendo función de los juzgados y tribunales nacionales,- y por ende, de esta juzgadora-, la de

garantizar la plena efectividad de la Directiva y la de alcanzar en este caso concreto, una solución conforme con el objetivo perseguido por la misma, en cumplimiento de la doctrina sentada al efecto por el TJUE ( sentencia de 4 de julio de 2006, y más recientemente, en la sentencia de 19 de marzo de 2020, Asuntos C-103/2018 y C-429/2018).

**CUARTO.-** En cuanto al contenido y alcance de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, y en particular, del Acuerdo Marco anexo a la misma, cuyo objetivo es, de un lado, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y de otro lado, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada( Cláusula 1).

En efecto, la referida Directiva concibe el derecho a la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores, hasta el punto de que, como indica la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 ( Asunto C-16/15, apartados 27 y 47), *" no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones incluidas en la actividad normal del personal público fijo"*, añadiendo que *" la renovación de los contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5 apartado 1 letra a) del Acuerdo Marco, en la medida en que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo Marco"*.

Nos encontramos por tanto ante una normativa comunitaria que viene a proclamar el principio de igualdad de trato y no discriminación en la prestación de servicios, cuya finalidad es la de establecer límites a la utilización sucesiva de contratos duración determinada, ordenando, de un lado la adopción de medidas

preventivas al efecto, y de otro lado, la imposición de sanciones frente tales abusos,- cuando se hayan producido-, siempre con el objetivo primordial de proteger al trabajador. Así, es la propia Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 ( Asunto C-184/15 y C-197/15) la que expresamente indica que *" cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión"*.

Cierto es que si bien el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados Miembros adopten medidas preventivas de este tipo de abusos, olvida enunciar sanciones específicas para el caso en el que se compruebe la existencia de los mismos. No obstante ello, ha sido la reiterada jurisprudencia emanada del TJUE la que ha venido a solventar esta cuestión. Así pues, tal y como indica la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, (Asuntos C-103/2018 y C-429/2018), -con cita de sentencias anteriores de dicho Alto Tribunal-, *" corresponde en cada caso concreto a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias"*, añadiendo esta misma sentencia, que *" cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores, efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso, y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión "*.

De lo expuesto se colige que el hecho de que el Estado español no haya aprobado las medidas legislativas pertinentes para ajustar la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE, no libera a la Administración empleadora - y por ende a

los tribunales-, de la obligación de garantizar la consecución de los objetivos de la Directiva, ni de la obligación de sancionar el abuso y de eliminar las consecuencias de la infracción de la normativa comunitaria, en caso de quedar el mismo acreditado.

**QUINTO.-** Fijado así el marco normativo y la competencia para resolver el mismo, debe ser analizada la concreta relación funcional que mantienen los recurrentes con la Administración demandada, a fin de determinar si la misma tiene o no carácter abusivo en los términos previstos en la Directiva que se invoca. Ha sido la reciente sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/2018), la que ha acabado con el argumento tradicionalmente invocado por las autoridades españolas, que negaban la existencia de abusos en nuestro país, sosteniendo que los nombramientos del personal temporal en el Sector Público estaban amparados por la normativa nacional, especialmente por el EBEP .

Así, la referida sentencia en sus apartados 71 y 75 deja claro que los abusos contrarios a la Directiva 1999/70/ CE se producen cuando se destina a empleados públicos temporales a atender necesidades que, de hecho no son provisionales, esporádicas, puntuales, excepcionales o coyunturales, sino que son ordinarias, estables y permanentes, cubriendo el empleador con personal temporal sus necesidades estructurales en materia de personal, al no disponer de suficientes funcionarios fijos o de carrera.

Y para determinar cuándo concurre tal abuso, la propia sentencia en su apartado 79 fija una serie de parámetros a valorar en cada caso concreto tales como: número de años consecutivos prestando servicios en la Administración empleadora realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo; la inexistencia real de límites máximos de duración de los contratos temporales; o el incumplimiento por parte de la Administración empleadora de proveer las plazas

servidas por personal temporal con personal fijo o de carrera, convocando los correspondientes procesos selectivos.

Pues bien, aplicando los parámetros apuntados por la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/2018) en su apartado 79, para determinar cuándo concurre abuso de la contratación temporal, a los que anteriormente hemos hecho referencia-, en el presente caso, podemos concluir:

-En primer lugar, respecto al parámetro "número de años consecutivos prestando servicios en la Administración empleadora realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo", consta probado que:

1. ■■■■■■ viene desarrollando su actividad desde el 14 de octubre de 2003 hasta el 14 de julio de 2005 (sin interrupción); así mismo, desde el 9 de agosto de 2005 hasta el 19 de junio de 2007 (sin interrupción); desde el 4 de enero de 2008 hasta el 31 de octubre de 2009 (sin interrupción) y desde el 16 de marzo de 2010 hasta la actualidad. Servicios prestados en Centros Penitenciarios de distintas Comunidades Autónomas (más de 15 años).

2. D.■■■■■ desarrollando su actividad desde el 28 diciembre de 2002 hasta el 20 de julio de 2003 (sin interrupción); asimismo desde el 24 julio 2003 hasta el 14. Julio de 2005 (sin interrupción); desde 9 agosto de 2005 hasta el 28 junio de 2007 (sin interrupción); desde el 4 enero de 2008 hasta el 31 octubre de 2009(sin interrupción) y desde el 16 marzo de 2010 hasta la actualidad. Servicios prestados en Centros Penitenciarios de distintas Comunidades Autónomas (más de 16 años).

3. ■■■■■<sup>a</sup> viene desarrollando su actividad desde el 4 enero de 2008 hasta el 31 octubre de 2009 y desde el 16 marzo de 2010 hasta la actualidad. Servicios prestados en Centros Penitenciarios de distintas Comunidades Autónomas ( más de 12 años).

4. [REDACTED] viene desarrollando su actividad desde el 16 marzo de 2010 hasta la actualidad, en un mismo Centro Penitenciario, sin interrupción (más de 10 años), con un único nombramiento.

Todos ellos, atendiendo a necesidades que de hecho, no son provisionales, excepcionales ni coyunturales, sino duraderas, estables, permanentes y estructurales, propias de un funcionario de carrera. Por la demandada no se corrobora justificación alguna de cuales pudieran ser las necesidades urgentes, transitorias o coyunturales que motivan la contratación de los mismos, ni se acompaña ninguna valoración o estudio sobre el carácter temporal de los servicios cubiertos por éstos.

-En segundo lugar, respecto al parámetro " de la inexistencia real de límites máximos de duración de los contratos temporales", unido al " incumplimiento por parte de la Administración empleadora de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo o de carrera, convocando los correspondientes procesos selectivos", deriva del incumplimiento por parte de la Administración demandada de realizar las previsiones contenidas en el artículo 10.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público ( anterior Ley 4/2007) que obliga a que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos se incluyan en la Oferta de Empleo correspondiente al ejercicio en el que se produzca el nombramiento y si no fuera posible en el siguiente, añadiendo el artículo 70 de dicho Texto Legal, que la ejecución de la Oferta de Empleo, y por lo tanto, la provisión de la plaza vacante por un funcionario de carrera, deberá producirse en el plazo improrrogable de 3 años .

Atendiendo a la concreta situación analizada, resulta evidente que la Administración demandada ni cumplió con la obligación de ejecutar la oferta de

empleo público en el plazo máximo de 3 años previsto en la norma, para proceder a la cobertura definitiva de la plaza vacante mediante el correspondiente proceso selectivo-, ni amortizó la misma, optando por cubrir dicha vacante con personal temporal, pese a que el artículo 10.1 del EBEP sólo prevé esta figura para supuestos puntuales y coyunturales de "necesidad y urgencia" justificada. Ello queda acreditado con la certificación del expediente profesional y toma de posesión de cada uno de los recurrentes. Así:

- [REDACTED], tras 3 contratos temporales sucesivos de una duración de dos años cada uno, el cuarto contrato temporal alcanza una duración de 9 años desde el 16 de marzo de 2010 hasta la actualidad-según certificación de expediente de fecha 30 de mayo de 2019-.
- [REDACTED], tras cuatro contratos temporales sucesivos de una duración de dos años cada uno, el quinto alcanza una duración de 10 años desde el 16 de marzo de 2010 hasta la actualidad-según certificación de expediente de fecha 24 de mayo de 2019-.
- [REDACTED], tras un nombramiento de contrato temporal de un año de duración, el segundo alcanza una duración de 9 años desde el 16 de marzo de 2010 hasta la actualidad-según certificación de expediente de fecha 24 de mayo de 2019-.
- [REDACTED] de un único nombramiento de contrato temporal de 10 años de duración desde el 16 de marzo de 2010 hasta la actualidad-según certificaciones de expediente de fechas 16 mayo de 2019 y 27 abril de 2020-.

De lo expuesto, cabe concluir que en el presente supuesto nos encontramos ante un evidente abuso de la contratación temporal, que no sólo infringe la normativa interna, sino que además es incompatible con la Directiva 1999/70/CE.

La única oposición efectuada por la Administración demandada viene dada por el hecho de no haber accedido los funcionarios a su puesto de trabajo a través de concurso u oposición, pero con conocimiento de que era una plaza para contratación temporal y no fija, si bien ello no obsta al incumplimiento de la oferta de todas y cada una de las funciones y plazas ocupadas, comprobándose que las mismas fueron cubiertas con personal temporal.

La Administración tampoco puede ampararse en razones internas para vulnerar los derechos que las normas comunitarias reconocen a los empleados públicos, siendo ésta una doctrina pacífica y reiterada del TJUE.

Así, como declara el TJUE en su Sentencia de 22 de abril de 2010, caso ZENTRALBETRIEBSRAT , recaída en el Asunto C-406/08, Apartados 45 y 46; y en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014, Caso MASCOLO, Asunto C-22/13 y otros, Apartado 110, *"ni la gestión rigurosa del personal, ni las consideraciones de índole presupuestaria, ni la dificultad o complejidad de crear empleos fijos, pueden justificar una discriminación, ni la falta de medidas de prevención y sanción de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de las Cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco"*.

**SEXTO.-** Como consecuencia de lo anterior, se ha de entender acreditada la existencia del abuso por parte de la Administración demandada, si bien en cuanto a la determinación de la respuesta más efectiva, proporcionada y disuasoria que debe ser adoptada para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, se debe acudir a la invocada Clausula 5ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva Comunitaria 1999/70/CEE del Consejo de 28 de junio de 1999, bajo la rúbrica " Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva" establece una serie de medidas preventivas a adoptar por los diferentes Estados miembros, pero no establece sanciones específicas en el caso de que se compruebe la existencia de abusos,

como ha señalado la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 ( Asunto C-103/18 y C-429/18), apartado 88, con cita a su vez de la Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 ( Asunto De Diego Porras C- 619/17): " (...) *cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores, efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y de eliminar las consecuencias de la infracción de Derecho de la Unión*", añadiendo esta misma sentencia en su apartado 89 que " *corresponde a los juzgados remitentes(...) en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*".

Por lo tanto, y recibiendo así el testigo, por expresa indicación del TJUE, seguidamente vamos a proceder a analizar las diferentes soluciones que pudieran derivarse de la contratación abusiva constatada, a fin de dar así cumplimiento a los fines perseguidos por la Directiva Comunitaria.

-La primera medida a adoptar para corregir la actuación de la Administración demandada, podría ser la de ordenar la organización de procesos selectivos o de estabilización para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por el personal publico temporal . 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 las plazas que ocupan las recurrentes puedan ser ofertadas como empleo público para su futura provisión, no reuniría las notas de proporcionada, efectiva y disuasoria, que exige la jurisprudencia.

-La segunda solución que aborda esta Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 es la de la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, en indefinidos no fijos, por analogía con el Derecho Laboral. Esta opción también es expresamente rechazada por la citada Sentencia del TJUE, la cual, en su apartado 102 afirma que esta medida en modo alguno cumple con los fines perseguidos por la Directiva, dado que esta transformación se produce "*sin perjuicio de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por el reingreso del funcionario sustituido*", con lo cual estaríamos sancionando el abuso de la temporalidad con más temporalidad y más abuso, incumpliendo así los objetivos y el efecto útil de la Directiva de aplicación. Añade además la citada sentencia que "*la transformación de los empleados públicos con nombramientos de duración determinada en indefinidos no fijos no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo*", puesto que unos y otros quedan sometidos a diferentes causas de cese, no cumpliendo así con el fin perseguido por la Directiva, que no es otro que la estabilidad en el empleo.

En respaldo de este argumento, el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-84/14) expresamente indica que: "*la conversión de la relación laboral de duración determinada en una relación laboral indefinida no fija, no es una sanción eficaz conforme al Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva de los contratos de duración determinada*".

- La tercera medida a acordar sería la de conceder una indemnización a favor de los empleados públicos víctimas del abuso. Si bien, como señala la sentencia,

ésta sí que podría ser una " medida legal equivalente", en los términos señalados por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, lo cierto es que para que así fuera, deberían concurrir los siguientes requisitos, a saber: en primer lugar, que la indemnización esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, y en segundo lugar, que la misma no sólo sea proporcionada, sino que además sea lo suficientemente efectiva y disuasoria.

Ninguno de estos requisitos concurre en el supuesto de Autos. En primer lugar, por cuanto que nuestro Ordenamiento Jurídico no prevé ni establece indemnización alguna a favor de los empleados públicos en caso de abuso en la temporalidad sucesiva, a excepción de las previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores para el caso de despidos de personal laboral privado. Respecto a la misma, ya se ha pronunciado el TJUE en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-936/2018) y de 22 de enero de 2020 ( Asunto Baldonado, apartados 61-63), en el sentido de indicar que la misma no constituye una medida legal equivalente en los términos que exige la Directiva, dado que la misma no tiene por objeto sancionar el abuso en la temporalidad, sino compensar la ruptura imprevista y brusca del vínculo laboral en un contrato indefinido.

Y en segundo lugar por cuanto que, esta indemnización tampoco sería efectiva y disuasoria, puesto que como ha indicado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019: " (...) *no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal*". En análogos términos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 al indicar que: " *una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasorio como para garantizar esta plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización*".

Es un hecho notorio, que en España, ni existe una indemnización específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, ni tampoco existe ninguna norma que permita multar a las autoridades o administraciones empleadoras responsables de estos abusos, de modo que establecer una indemnización que fuera lo suficientemente eficaz y disuasoria y que además protegiera debidamente al empleado público, alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración, dado que la misma debería ser calculada en función de los años de servicio prestados, pérdida de oportunidades, reparación por los costes añadidos que deberían abonar los recurrentes a su cese para que no se minorase su pensión de jubilación, así como daños morales.

Por lo tanto, considera esta juzgadora, que la medida sancionadora más acorde y equilibrada, para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria -con la debida protección de los empleados públicos víctimas del abuso-, es el de la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija. Avala esta conclusión la propia Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018 (2018/2600 RSP), en la que se indica en su considerando 18 que "*la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal*".

**SÉPTIMO.** - Análisis de la Jurisprudencia española.

Sentencia n.º 252/2020, de fecha 8 de junio de 2020 recaída en el PA 813/2019 del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 4 de Alicante, reconoce, en aplicación de la Directiva 1999/30/CE y del Acuerdo Marco, el derecho de una funcionaria interina que llevaba 12 años de prestación de servicios en el Ayuntamiento de Alicante "a su condición de empleado público fijo y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos

*derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera”, todo ello como sanción y compensación al abuso producido en su contratación temporal sucesiva. La citada sentencia establece:*

*Es un hecho notorio, que en España, ni existe una indemnización específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, ni tampoco existe ninguna norma que permita multar a las autoridades o administraciones empleadoras responsables de estos abusos, (...).”*

*Por tanto, la medida sancionadora más acorde y equilibrada, para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria -con la debida protección de los empleados públicos víctimas del abuso-, es el de la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija. Avala esta conclusión la propia Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018 (2018/2600 RSP), en la que se indica en su considerando 18 que “la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal.*

*Y se considera la más idónea por cuanto que, de esta manera, se garantiza definitivamente el derecho a la estabilidad en el empleo- como componente primordial de protección de los trabajadores- y se evita la precariedad de los funcionarios; se sanciona efectivamente a la Administración por su comportamiento abusivo, eliminando así tal situación; se disuade a la Administración de que siga abusando de la contratación temporal forzándola a que convoque procesos selectivos con la periodicidad necesaria para proveer las plazas vacantes, y se compensa adecuadamente a los funcionarios temporales a través de esta sanción proporcionada.*

Y concluye que la transformación de la recurrente debe realizarse mediante

*(...) “su reconocimiento de la condición de empleado público fijo y de su derecho a permanecer en el puesto que actualmente desempeña, con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera”, pues así no existe vulneración del art 62 del EBEP o del art. 20 del Estatuto Marco, que prohíben obtener la condición de funcionario de carrera o laboral fijo sin haber superado un proceso selecto”.*

Y argumenta la sentencia que no existe vulneración de esta norma porque:

- a) *La solución jurídica adoptada no implica la transformación de la funcionaria interina en funcionaria de carrera, sino que la sentencia se va a materializar en el reconocimiento del derecho de la actora a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionaria de carrera.*
- b) *Porque habiendo superado la funcionaria interina recurrente un proceso selectivo, deviene aplicable la sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2018 (asunto C-381/17 apartado 60) según la cual, “para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe, en el sector de las fundaciones líricas y sinfónicas, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada , y en el presente supuesto no existe tal medida alternativa que sea lo suficientemente eficaz y disuasoria*

La Sentencia nº 371/2021 de 19 de mayo de 2021 del TSJ de la Comunidad Valenciana-recurso apelación 315/2020-, revoca la Sentencia nº 252/2020, de 8 junio de 2020 del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 4 de Alicante. En el FD3 se establece:

*Despejado lo anterior, y aun cuando asumiéramos, con la apelada, que permanece controvertido que la plaza que actualmente ocupa se vea incluida en la OEP citada por la administración demandada en tanto la Oferta de Empleo Público del Ayuntamiento de Alicante para el ejercicio de 2018 aprobada en sesión de 26/12/2018 (BOP núm. 246 de 27/12/2018) identifica 40 plazas de conserje, sin mayor precisión, y aun cuando compartiésemos, como considera la sentencia apelada, recusable y no debidamente justificada por las razones presupuestarias que se esgrimieron en la instancia (limitaciones sucesivas a la tasa de reposición de efectivos), la falta de inclusión de tal plaza en previas OEP diferenciadas a la aludida, conculcándose ante ello la previsión del actual Art.10.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, es lo cierto que la conclusión jurídica alcanzada en el fallo, en cuanto reconoce el “derecho (de la actora) a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e*

*inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables” (sin adquirir la condición de funcionario de carrera) con base al carácter fraudulento que aprecia en la contratación ,no alcanza a contar, en criterio de la Sala, con un respaldo fáctico, normativo o jurisprudencial lo suficientemente sólido.*

*Así lo primario a destacar, siguiendo parámetros interpretativos proporcionados por nuestro Alto Tribunal, es que la actora/apelada permanecía en la relación de servicio con el Ayuntamiento demandado/apelante “de manera que no estamos ante una situación en la que se haya accionado contra la extinción de una relación de servicios que se considere fraudulenta, ni la finalidad del recurrente es obtener un pronunciamiento de condena al restablecimiento de la misma, sino que lo pretendido es un pronunciamiento declarativo que impida a la Administración demandada adoptar decisión alguna extintiva, en otras palabras, el reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo” (STS, Contencioso sección 4, núm. 1425/2018, de 26 de septiembre rec 785/2011 (ROJ STS 3250/2018).*

*Partiendo de lo anterior, no se asume por la Sala que la consecuencia a vincular a la eventual conculcación del Art 104 del TREBEP referido que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización” haya de ser la derivada en la sentencia apelada. Nótese que la actora/apelada fue nombrada en su día en calidad de funcionaria interina por resultar “ integrante de la bolsa de empleo temporal formada por los aspirantes que en su día no habían aprobado la oposición convocada ni conseguido plaza por orden de puntuación” lo cual hemos de contraponer a las consideraciones del FD octavo de la sentencia apelada que alcanza la conclusión descrita, como “efectiva, proporcionada y disuasoria para garantizar el derecho de la UE” sobre la base de que “la recurrente para acceder a la condición de personal interino/laboral (sic) han (sic) superado un proceso selectivo con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia accediendo a las bolsas de personal por oposición por concurso de méritos (sic.)”.*

Por lo demás la sentencia apelada, trayendo a colación en su FD séptimo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19/3/2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) alcanza la conclusión estimatoria hoy cuestionada, identificando que *“la medida sancionadora más acorde y equilibrada para dar cumplimiento a los fines de la Directiva Comunitaria – con la debida protección de los empleados públicos víctimas del abuso- es la de la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija”* más obvia tal consideración no sólo que no nos hallamos ante una sucesión de contrataciones cuanto ante una única provisión ciertamente prolongada en el tiempo, mas no concatenada, debiendo traerse en este punto a colación lo expresado por el TS

Contencioso sección 4, en STS 602/2020, de 28 de mayo *rec. 5801/2017*) (ROJ: STS 1278/2020) en tanto relaciona la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco con la presencia de “sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada siendo que ante “este dato fáctico de una única relación de servicios, consideramos que no debe analizarse la aplicación al caso (1) de la reciente sentencia del TIUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18; (2) de la doctrina fijada por estas sentencias el día 26 de septiembre de 2018 ( STS 3251/2018 - ECU: ES:TS:2018:3251), en el recurso 1305/2017, y ( STS 3250/2018 - ECU: ES:TS:2018:3250), en el recurso 785/2017, puesto que las tres se refieren a supuestos de ‘sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada’”, cuanto la jurisprudencia existente hasta la fecha en la materia que en modo alguno vino a considerar como medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada la deducida por la sentencia apelada.

El TS Contencioso sección 4, en STS 602/2020, de 28 de mayo recurso 5801/2017) (ROJ: STS 1278/2020), en tanto relaciona la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco con la presencia de “sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”: pues no concurría un supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales, sino que se trataba de una única vinculación funcional, conviene resaltar que esta sentencia también argumenta lo siguiente:

-70 A este respecto, según reiterada jurisprudencia, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, apartados 41 y 42, y de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 45, y auto de 12 de junio de 2019, Aragón Carrasco y otros, C-367/18, no publicado, EU:C:2019:487, apartado 55).

- 71 Se desprende de la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco que corresponde a los Estados miembros determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se consideran "sucesivos" (sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 79, y auto de 12 de junio de 2019, Aragón Carrasco y otros, C- 367/18, no publicado, EU:C:2019:487, apartado 56).

-72 En el caso de autos, el juzgado remitente no proporciona ningún indicio que permita considerar que la Sra. Carina haya trabajado para el Ayuntamiento de Madrid en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se

caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada."

Como ya hemos dicho, en el caso de autos, el Sr. Ángel solo mantuvo un vínculo laboral con la Administración, razón por la que no concurre el supuesto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.

Y, finalmente, dado este dato fáctico de una única relación de servicios, consideramos que no debe analizarse la aplicación al caso (1) de la reciente sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18; (2) de la doctrina fijada por esta Sala Tercera en dos sentencias el día 26 de septiembre de 2018 ( STS 3251/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3251), en el recurso 1305/2017, y ( STS 3250/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3250), en el recurso 785/2017, puesto que las tres se refieren a supuestos de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

STS Sala Tercera N° 1425/2018 de 26 septiembre de 2018-Rec. 785/2011- ROJ 3250/2018-

*1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.*

*FD2. Sobre la consideración de indefinido no fijo*

*Primero: Normas infringidas del ordenamiento jurídico y aplicación errónea de la Directiva 1999/70/CE.*

*1. Se infringe el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, de Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud -EMPE.*

*Esta parte considera que en ningún caso puede el personal funcionario eventual asimilarse al personal contratado de duración determinada de carácter laboral, que también existe en el sector público español, pero que se rige por las normas del Estatuto de los Trabajadores.*

*Esto es así, al entender de esta parte, porque los principios y criterios que informan la ordenación del régimen estatutario aplicable al personal de los servicios públicos de salud del Estado Español, entre los que se engloba el vasco Osakidetza, que están establecidos tanto en el EMPE - art.4- como en la propia Constitución Española-CE - art. 103.3- "Igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario" unidos al derecho reconocido a la "protección de la salud" y al deber de los poderes públicos de establecer medidas y prestar servicios a tal fin, que la CE dispone en su art. 43, deben considerarse como los elementos que impiden efectuar el juicio de similitud entre los contratos o relaciones laborales de duración determinada y personal estatutario de carácter eventual.*

En la sentencia que se recurre no se establecen cuáles son los requisitos para entender abusivo un nombramiento eventual, lo que ya por definición genera inseguridad jurídica. Además, en la sentencia tampoco se ha acreditado el carácter abusivo o fraudulento del nombramiento eventual de la Sra. Almudena sin que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco haya fundamentado en qué se basa el supuesto carácter "abusivo" del nombramiento.

En el presente caso, el cese del nombramiento de la recurrente iniciado el 2 de febrero de 2010 se produce el 1 de octubre de 2012 siguiendo lo previsto en el párrafo último del art. 9.3 del EMPE, ya que Osakidetza no considera que proceda la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. Las circunstancias que han justificado la renovación del nombramiento eventual desde el año 2010 y durante dos años y cinco meses, no permiten considerar que el mismo sea abusivo, ni tampoco pueden obligar a esta Administración a pasar por un "nombramiento indefinido no fijo" que no está justificado ni se requiere ya desde el año 2012.

Por otro lado, no toda concatenación de contratos o nombramientos de duración determinada -eventuales- puede ser calificada de abusiva (momento en que cita y transcribe el art. 9.3 de EMPE).

Es más, la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada no considera toda renovación de contratación temporal como abusiva, sino que establece que puedan existir razones objetivas que justifiquen la renovación (clausula 5, apartado 1, que transcribe).

En el presente caso, existe normativa autonómica, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, que en su art. 26.5 establece un plazo máximo de 3 años para la duración de los nombramientos estatutarios eventuales. Por tanto, sí existe una ley que cumple las previsiones del Acuerdo Marco y, en consecuencia, no estamos ante una contratación abusiva, al no haber superado el plazo máximo de 3 años, ya que fue de 2 años y 5 meses y Osakidetza consideró que era innecesario en ese tiempo prudencial la creación de una plaza estructural sin haber alcanzado el plazo máximo de 3 años establecido en la normativa aplicable.

Hay que recordar que una de las medidas recogidas en el Acuerdo Marco de la Directiva, para prevenir el abuso en la utilización sucesiva de los contratos de duración determinada, es fijar la duración máxima total de los contratos. Tal previsión es la que precisamente se establece en la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, ya citada.

A mayor abundamiento, si el abuso se hubiera producido, no debiera corregirse con la declaración de personal indefinido no fijo (el cual es laboral), sino aplicando la norma que se hubiera pretendido eludir, como cita el art. 6.4 del Código Civil. En consecuencia, se trataría de una interinidad en vacante, de las contempladas en el art. 9.2 del EMPE, si es que hubiera existido la necesidad de cobertura de dicha plaza en vacante. La única transformación posible sería la de nombramiento eventual en nombramiento interino en vacante, pues la declaración de "indefinido no fijo" sólo es para corregir el fraude en la contratación laboral temporal.

**FD7:**

*La cláusula 5. Una breve referencia al Preámbulo del Acuerdo marco*

*Esa cláusula 5, bajo el epígrafe "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva", establece lo siguiente:*

*"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:*

- 1. razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- 2. la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*

3. *el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*
2. *Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:*
  1. *se considerarán "sucesivos";*
  2. *se considerarán celebrados por tiempo indefinido."*

*A su vez, en la Consideración general 6 del Preámbulo del Acuerdo marco se considera que "los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento"*

**FD8:**

*La jurisprudencia del TJUE sobre esa cláusula 5*

*En éste recurso de casación obra incorporada a las actuaciones la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, en la que dicho Tribunal da respuesta a las cuestiones prejudiciales que planteó la Sala de instancia antes de dictar la sentencia recurrida (ver sobre ello los antecedentes de hecho tercero y cuarto).*

*Por tanto, nada mejor que acudir a ella para el análisis de esa jurisprudencia.*

*De sus apartados, transcribimos los siguientes:*

*"[...]*

*34 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de que exista utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo.*

*35 Ante todo, cabe recordar que la cláusula 5 del Acuerdo marco, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, cuando su*

*Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartados 73 y 74; de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartados 54 y 56, y de 26 de noviembre de 2014 (TJCE 2014, 455), Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13,*

*36 Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 94; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 51; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 36, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 62, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 44).*

*37 A falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas, que deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, no deben sin embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 95; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 37, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 63, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14, no publicado, EU:C:2014:2447, apartado 45).*

*38 De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es*

*indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva» (véanse las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , [EU:C:2006:443](#) , apartado 102; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Vassallo, C-180/04 , [EU:C:2006:518](#) , apartado 38, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , [EU:C:2014:2044](#) , apartado 64).*

*39 A este respecto, debe recordarse que la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , [EU:C:2006:443](#) , apartado 91; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , [EU:C:2006:517](#) , apartado 47; de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C- 380/07 , [EU:C:2009:250](#) , apartados 145 y 183, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , [EU:C:2014:2044](#) , apartado 65, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, [EU:C:2014:2447](#) , apartado 47).*

*40 De esto se desprende que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (sentencias de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , [EU:C:2006:517](#) , apartado 48, y de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , [EU:C:2006:518](#) , apartado 33).*

*41 No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de*

*sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , [EU:C:2006:443](#) , apartado 105; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino (TJCE 2006, 229), C-53/04 , [EU:C:2006:517](#) , apartado 49; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , [EU:C:2006:518](#) , apartado 34, y de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , [EU:C:2009:250](#) , apartados 161 y 184).*

*42 Además, es necesario recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco (sentencias de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , [EU:C:2006:518](#) , apartado 39, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , [EU:C:2014:2044](#) , apartado 66, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, [EU:C:2014:2447](#) , apartado 48).*

*43 Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno constituyen una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (sentencias de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , [EU:C:2006:517](#) , apartado 56; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , [EU:C:2006:518](#) , apartado 41, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , [EU:C:2014:2044](#) , apartado 67 y jurisprudencia citada, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, [EU:C:2014:2447](#) , apartado 49).*

*45 En el caso de autos, en la medida en que el tribunal remitente ya ha apreciado el carácter abusivo, en el sentido del Acuerdo marco, de la utilización de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en los dos litigios principales, ha lugar a pronunciarse únicamente acerca del carácter apropiado y suficientemente efectivo de las medidas previstas en el Derecho nacional para sancionar los abusos cuya existencia se ha observado.*

*46 Sobre este particular, el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo.*

*47 En cambio, comoquiera que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal.*

*48 Con arreglo a la jurisprudencia recordada en los apartados 40 y 41 de la presente sentencia, en principio la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal.*

*49 Por consiguiente, si el tribunal remitente declarase que en Derecho español no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco.*

*51 En consecuencia, incumbe a los tribunales del Estado miembro de que se trate garantizar la observancia de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, velando por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 165).*

*52 Más concretamente, el tribunal nacional debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos «de duración determinada» en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 166).*

*53 En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la*

*asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.*

*58 Como se desprende del apartado 37 de la presente sentencia, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. Las modalidades de aplicación de estas normas deben ser conformes con los principios de equivalencia y efectividad (sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartado 174, y autos de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , no publicado, EU:C:2008:346 , apartado 142, y de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08 , no publicado, EU:C:2009:269 , apartado 97).*

*59 Estas exigencias de equivalencia y de efectividad, que expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión, también se aplican respecto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en dicho Derecho. En efecto, la inobservancia de tales exigencias en ese ámbito, al igual que el incumplimiento de dichas exigencias en el ámbito de la definición de la regulación procesal, puede vulnerar el principio de tutela judicial efectiva (sentencia de 15 de abril de 2008 (TJCE 2008, 82), Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartados 47 y 48, y auto de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08 , no publicado, EU:C:2009:269 , apartado 98).*

*61 Por lo que respecta, más concretamente, al principio de efectividad, cabe recordar que la disposición procesal nacional controvertida debe analizarse asimismo teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 255), Rosado Santana, C- 177/10 , EU:C:2011:557 , apartado 92).*

*FD9 : Hay que recordar que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto, imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores , estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados*

*(véanse las sentencias Adeneler y otros, antes citada, apartado 63; de 23 de enero de 2012, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , Rec. p. I-3071, apartado 73, y de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10 , apartado 25)" (STJUE de 13 de marzo de 2014, Sala Octava, C-190/13, Márquez Samohano, ECLI: EU:C:2014:146 , apartado 41).*

*-En efecto, como se desprende del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo marco, el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores , mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 62; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 55, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13 , C-61/13 , C-63/13 y C-418/13 , apartado 73) (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15 , María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 27).*

*-Incumbe a todas las autoridades del Estado miembro interesado garantizar, en el ejercicio de sus respectivas competencias, la observancia de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco CDD, comprobando concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales, y que una disposición como el artículo 14, apartado 1, punto 3, de la TzBfG no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empresario en materia de personal (véase por analogía la sentencia Angelidaki y otros, antes citada, apartado 106)".*

*"Incumbe a esas autoridades examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores (véanse en ese sentido el auto de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , apartado 116, y la sentencia Angelidaki y otros, antes citada, apartado 157). Aunque la apreciación de la razón objetiva alegada debe referirse a la renovación del último contrato de trabajo concluido, la existencia, el número y la duración de contratos sucesivos de esa clase celebrados en el pasado con el mismo empresario pueden ser pertinentes para ese examen global" (STJUE de 26 de enero de 2012, Sala Segunda, C-586/10 , Küçük, ECLI: EU:C:2012:39 , apartados 39 y 40).*

*-no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los*

*servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo" (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, apartado 58) (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15, María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 47).*

*-La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, ... debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que:*

*-la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas», en el sentido de dicha cláusula, debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables;*

*-no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector" (Punto 1 de la parte dispositiva de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15, María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud).*

*-"... a efectos de dicha cláusula, el concepto de «razones objetivas» exige que la normativa nacional justifique la utilización de este tipo particular de relaciones laborales por la existencia de factores concretos, derivados principalmente de la actividad de que se trate y de las condiciones en que ésta se desarrolla." (STJUE de 4 de julio de 2006, Gran Sala, C-212/04, Adeneler, ECLI: EU:C:2006:443, apartado 75).*

*"la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades de un Estado miembro apliquen una normativa nacional, como la controvertida en los procedimientos principales, de manera que la celebración de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público se considere justificada por «razones objetivas» en el sentido de dicha cláusula por el mero hecho de que estos contratos se basen en disposiciones legales que permiten celebrarlos o renovarlos para atender determinadas necesidades temporales, aunque, en realidad, dichas necesidades sean «permanentes y duraderas». En cambio, esta misma cláusula no se aplica a la celebración de un primer o único contrato o relación laboral de duración*

*determinada" (STJUE de 23 de abril de 2009, Sala Tercera, C-378/07, Angelidaki, ECLI: EU:C:2009:250, apartado 107).*

*1.FD10 APARTADO 2. También, porque aquel razonamiento jurídico cuarto ofrece una argumentación que en sí misma es acorde con la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo marco. Se dice allí:*

*"[...] a juicio de la Sala no resulta discutible que la Sra. Almudena se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, en la medida en que fue empleada temporalmente y de forma sucesiva por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud a través de un primer nombramiento y trece prórrogas del mismo que comprendieron, en total, un período de prestación de servicios desde el 2 de febrero de 2010 hasta el 1 de octubre de 2012. Se cumple de este modo la condición de "la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada" que se recoge en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.*

*[...] a nuestro juicio concurre en el presente caso un supuesto de utilización abusiva de la contratación temporal. Conforme a lo anteriormente señalado en el punto 1.2, la motivación incorporada al nombramiento y a sus prórrogas no satisface el test destinado a garantizar que la contratación temporal no se utilice de forma abusiva. Por tanto, aunque en la normativa nacional existe una garantía, la misma no se ha cumplido en la utilización sucesiva de la contratación temporal en el caso de la recurrente. Al no hacerse constar expresamente los servicios determinados que dichas prórrogas estaban llamadas a cubrir, ni haberse acreditado tampoco en el proceso jurisdiccional, no puede la Sala conocer si dicha figura -la prórroga del nombramiento eventual- se ha utilizado realmente para atender a necesidades provisionales o, por el contrario, duraderas y permanentes de la organización sanitaria. Esta relajación de las garantías se concreta en que la recurrente ha podido ser empleada para atender finalidades extrañas a la figura del estatutario eventual [...]"*

*3. Y, en definitiva, porque la documentación obrante en el expediente administrativo, proveniente de la propia Administración demandada, desautoriza, tanto la invocación que aquel escrito hace de haberse observado lo previsto en el párrafo último del art. 9.3 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 diciembre, a cuyo tenor " Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro "; como la referida al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.5, párrafo segundo, de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, conforme*

*al cual, "Asimismo, las necesidades de efectivos para las que no se prevea definitivamente su existencia estructural o respondan a la realización de tareas de duración determinada podrán dar lugar, siempre que exista dotación económica suficiente, a una relación de empleo estatutaria de carácter eventual y con régimen de dedicación tanto a tiempo parcial como a tiempo completo. Dicha relación de empleo podrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 años."*

*Nos explicamos:*

*El mismo escrito de interposición viene a reconocer que la Administración sanitaria no efectuó el estudio a que se refiere aquel párrafo último del art. 9.3, pues con toda obviedad, o sin necesidad de más explicaciones, no equivale a él lo que el escrito dice: (aquella Administración) "tácitamente consideró que no era necesaria la plaza".*

*-Amén de ello, y para desautorizar la invocación de aquellos dos preceptos, basta prestar atención a lo realmente sucedido [ver antecedente de hecho primero, letras c), d) y e)], que fue, como resulta del informe emitido por la Gerente Comarca Uribe y de los DOCS. 1, 2 y 3 a que se refiere: (1) Que la Sra. Almudena , desde el 03/01/2004 hasta el 31/03/2007, desempeñó -en virtud de nombramiento o prórroga y sin solución de continuidad, pues todos/as enlazan entre sí, comenzando el día laboral siguiente del/de la anterior- el empleo de "Auxiliar Administrativo-OSS" para la Comarca Uribe por "Necesidades de Servicio" (denominación, ésta, que figura en veintiséis de las treinta y cuatro líneas del DOC. 1 referidas a ese periodo); (2) Que desde el 01/04/2007 (al día siguiente, pues, del 31/03/2007) hasta el 01/10/2012, también sin solución de continuidad, desempeñó el empleo de "Aux. Administración y AT.USU" por "Necesidades de Servicio" (denominación que es de ver en dieciocho de las veintiuna líneas de ese segundo periodo); y (3) Que, más en concreto, el 26/03/2009 suscribe un nombramiento eventual para la prestación de servicios de carácter temporal que se prorroga hasta el 01/02/2010, y otro igual, el día 02/02/2010, que es continuidad del anterior, y que se prorroga hasta el 01/10/2012.*

Huelga hablar, por tanto, de que se respetó el plazo máximo de tres años, y menos aún el de dos años, que prevén aquellos dos preceptos.

#### *FD 11. Inexistencia de razones objetivas*

*Ninguna duda cabe acerca de que los Servicios de Salud deben contar en todo momento con los medios personales necesarios para hacer efectivo el derecho que reconoce el art. 43.1 de la Constitución . Pero ello no es, en absoluto, excusa para desconocer abusivamente los derechos sociales que pretende preservar y tutelar el repetido Acuerdo marco. Las normas de rango legal que acaban de ser*

*citadas en el fundamento de derecho anterior, obligan, y además atribuyen a una Administración sujeta a los principios de actuación que impone el art. 103.1 CE, potestades e instrumentos aptos para cohonestar la efectividad de aquél y de estos derechos.*

*Nada más procede añadir en este fundamento, pues ni lo piden los argumentos que ofrece el escrito de interposición, ni tampoco lo realmente acaecido en el caso de autos, en el que, como se deduce de lo relatado en el antecedente de hecho primero, la Administración prescindió, en el muy prolongado espacio de tiempo en que empleó a la Sra. Almudena, de motivar, de poner de relieve, de hacer explícitas, qué razones objetivas concretas le llevaban a actuar como lo hizo.*

#### *Incumplimiento de las medidas legales equivalentes*

*Las dos normas antes transcritas, la del último párrafo del art. 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, de carácter básico, y la del párrafo segundo del art. 26.5 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi, merecen, a efectos de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo marco, la calificación de "medidas legales equivalentes", pues ambas, sin duda, tienen por finalidad prevenir los abusos en la utilización sucesiva de nombramientos o prórrogas de personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud.*

*Sin embargo, y como hemos razonado, la Administración sanitaria demandada incumplió en el caso de autos una y otra, pues:*

- 1. No llevó a cabo en su momento el estudio que ordena la primera, que debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones de que se trate, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.*
- 2. Tampoco puso fin a la relación de empleo de la actora cuando establece la segunda. En el bien entendido que esa decisión, ordenada por la norma, debe ser coherente, o lo que es igual, no seguida sin solución de continuidad por otros nombramientos sucesivos, temporales y de carácter eventual, de terceras personas, que sólo demostraría una desacertada decisión de lo que prevé el precepto básico.*

*En definitiva, aquellas "medidas legales equivalentes" se omitieron, resultando ineficaz su previsión legal, lo que lleva consigo, directa e inmediatamente, la*

aplicación del Acuerdo marco y de la jurisprudencia que lo interpreta. Es así, sencillamente, porque la consecución de lo querido por ese acto normativo de la Unión no queda, en absoluto, a disposición del Estado miembro.

*FD15. Las consecuencias jurídicas de la situación de abuso en el caso de autos.*

*A. Aunque por razones que tienen que ver con lo prolongado de la situación abusiva y con la actitud renuente de la Administración a observar aquellas medidas legales equivalentes, pudiéramos llegar al convencimiento de que el "abuso", en este caso, merecería el calificativo de "manifiesto", con las posibles consecuencias jurídicas ordenadas en el art. 7.2 del Código Civil, esto es, la indemnización correspondiente y la adopción de medidas que impidan la persistencia en el abuso, no es ese el precepto que vamos a aplicar, ya que no ha sido objeto de análisis en el proceso y sobre él no ha podido la parte recurrente alegar lo que a su derecho conviniera.*

*B) Seguiremos, pues, para determinar aquellas consecuencias, los mandatos de efecto directo y de primacía que derivan del Acuerdo marco y de la jurisprudencia del TJUE. A este fin y para facilitar la comprensión de nuestro razonamiento, recordamos algunas de las afirmaciones de esa jurisprudencia, como son:*

*-Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco.*

*-A falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas, que deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, no deben sin embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).*

*-De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.*

*-A este respecto, debe recordarse que la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada.*

*-De esto se desprende que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público.*

*-No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.*

*-Según reiterada jurisprudencia, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE , de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales.*

*-En consecuencia, incumbe a los tribunales del Estado miembro de que se trate garantizar la observancia de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, velando por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.*

*-La obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal.*

C) Las consecuencias jurídicas concretas derivadas de la situación de abuso apreciada en el caso de autos deben ser, así y a juicio de este Tribunal Supremo, las siguientes:

1. *La relación de empleo como personal estatutario temporal de carácter eventual de la Sra. Almudena no finalizó el día 1 de octubre de 2012, sino que subsiste y continúa, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria de Euskadi cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud .*

*Ha de ser así, porque tal consecuencia es la única que, amén de ser proporcionada al propio actuar de la Administración, es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco.*

*En este orden de cosas, una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización.*

2. *El estudio cuya realización impone aquella norma, debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por la Sra. Almudena , si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.*
3. *Junto con esas consecuencias jurídicas, no habría cabido negar, de entrada, que además pudiera proceder el reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Pero este reconocimiento depende de las circunstancias singulares del caso; debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y sólo habría podido ser hecho si la parte actora, además de deducir tal pretensión: a) hubiera invocado en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y b) hubiera acreditado por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o*

*perjuicios, de suerte que sólo pudiera quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.*

*En esta línea, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.*

### **STS SALA TERCERA DE FECHA 24 SEPTIEMBRE DE 2020.**

**La Sala Tercera resuelve la controversia objeto de litigio, desatendiendo ostensiblemente la innovadora y relevante doctrina del TJUE establecida a este respecto en su reciente sentencia de 19 marzo 2020, asuntos acumulados Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez, (C-103/18 y C-429/18).**

Como se ha dicho, la cuestión de interés casacional subyacente al recurso se centra en determinar si en el caso objeto de la litis *“puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal estatutario interino de los servicios de salud y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma”*, partiendo de la referencia representada por la doctrina de la propia Sala contenida en sendas sentencias TS/III de 26 de septiembre 2018 (rec. 785/2017 y 1305/2017).

***El núcleo duro de la fundamentación jurídica de este polémico fallo es tajante y muy discutible: el abuso de temporalidad combatido en la cláusula 5 de la Directiva no se produce cuando el cese del personal estatutario interino (y por extensión del funcional interino) pone fin a una única relación de servicios del afectado, aunque se haya prolongado largamente en el tiempo, y, por ello, no conlleva el derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo, que, por lo demás, está prevista en la legislación laboral pero no en la legislación funcional.***

*La Sala reitera, y así lo recuerda, el criterio mantenido en su anterior sentencia de STS 28 de mayo 2020, rec. 5801/2017 y, por otra parte, no incurre en contradicción con su doctrina precedente ex ss. 26 de septiembre 2018, ya que en estas últimas se vincula el abuso de temporalidad sancionado por la Directiva 1999/70 exclusivamente a la concatenación de varios contratos o relaciones de servicio de los empleados públicos demandantes que se prolonga más allá de 3 años.*

*A partir de esa premisa, la consecuencia jurídica resultante del abuso es la declaración de nulidad de los ceses desde su fecha, al ser constitutivos de fraude de ley y abuso de derecho (ex arts. 6.4 y 7.2 CC), el derecho de los actores a la readmisión en sus puestos de trabajo (temporales) hasta que las plazas se provean*

*por el procedimiento legalmente establecido para la cobertura definitiva y fija de las vacantes, pero rechazando expresamente la posibilidad de conversión de las relaciones de empleo temporal de los actores*

*en puestos de personal indefinido no fijo, por considerar que la extrapolación de esa figura jurídico-laboral al ámbito de las relaciones de naturaleza funcionarial y estatutaria es inviable. Por lo demás, tampoco se reconoce aquí el derecho a la indemnización específica pretendida (20 días/año), por ser, a decir de la Sala, ajena al ámbito jurídico-administrativo, por lo que la reparación del abuso se basará en una indemnización genérica de daños y perjuicios, por fraude de ley y abuso de derecho, cuya carga de la prueba se hace recaer en el trabajador en lugar de en la Administración empleadora.*

*Para apreciar la divergencia interpretativa entre el TS/III y el TJUE en esta materia, conviene atender a los apartados 50 a 64 de la STJUE Sánchez Ruiz, en los que el Tribunal europeo se centra en la resolución de la primera cuestión prejudicial planteada por el juez competente en el litigio principal y que ha formulado la cuestión prejudicial (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid), para lo cual, como señaló la Abogada general en sus Conclusiones (ap. 35), debía dilucidar si la Cláusula 5 del Acuerdo Marco es también aplicable en el supuesto de un empleado público temporal que preste servicios prolongadamente en el tiempo sobre la base de un único (formalmente) nombramiento o relación de servicio, por “no haberse cubierto de modo permanente la plaza vacante ni haberse puesto fin, en consecuencia, al nombramiento o relación de servicio temporal porque el empleador público ha omitido llevar a cabo la selección de personal estatutario fijo. La cuestión interpretativa es de máxima trascendencia, ya que aborda un concepto clave para la integración del supuesto tipificado en la Directiva en el combate contra la temporalidad abusiva en el sector público, en concreto, el concepto de “sucesivas relaciones de servicio”, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de la Directiva y de las disposiciones nacionales destinadas a aplicarla. Desde esa premisa, como ya estableciera con anterioridad la Abogada General en sus Conclusiones, la sentencia (apartado 64) responde a la cuestión prejudicial señalada, en el sentido de entender que concurre un abuso de temporalidad en el supuesto*

*de funcionario o personal estatutario interino por vacante, y en general en cualquier empleo público temporal, que desempeña su prestación de servicios en virtud de un único nombramiento aunque prolongado en exceso, cuando en ese lapso temporal inusualmente largo la Administración no haya provisto un procedimiento selectivo para la cobertura definitiva o fija del puesto vacante. Bien es cierto que la **sentencia** en sus apartados 61 y 64, se refiere en un principio a un empleado público que ha ocupado “en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años”, pero no es menos cierto que en esos mismos apartados in fine, el*

*TJUE desliza una interpretación conceptual extensiva y no formalista de los términos de la cláusula 5ª de la Directiva, equiparando y subsumiendo en dicho concepto las “renovaciones y prórrogas sucesivas implícitas” del nombramiento inicial. Y, así, a efectos de integrar el supuesto de hecho tipificado en la cláusula 5ª, incluye a “los supuestos en los que la Administración empleadora ha incumplido con su obligación legal de organizar, en el plazo previsto, un proceso selectivo, al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, y su relación de servicios (del trabajador) ha sido renovada y prorrogada implícitamente de año en año por este motivo”, supuestos que considera subsumibles en el abuso de contratación temporal sucesiva de la cláusula 5ª y por tanto en el ámbito objetivo de la Directiva.*

*Por tanto, a decir del TJUE para entender consumado el abuso de temporalidad combatido, no es preciso que la Administración Pública empleadora proceda formalmente a realizar nuevos y sucesivos nombramientos expresos, ya que cabe inferir que el nombramiento temporal inicial ha sido “renovado sucesivamente” de forma “implícita” o “tácita” y fraudulenta, al prorrogarse más allá del plazo establecido debido al incumplimiento de la empleadora de su obligación de convocatoria de procedimiento regular de provisión o cobertura definitiva de la vacante. Dicho en otras palabras, el incumplimiento del deber de convocar las vacantes desempeñadas por funcionarios o estatutarios interinos determina una renovación implícita o tácita de sus relaciones de empleo de año en año, esto es, sucesiva, encuadrable en el concepto de sucesión contractual temporal sucesiva de la cláusula 5ª de Directiva Comunitaria.*

*De lo contrario, argumenta el TJUE, «una definición tan restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años ( )», a lo que se sumarían otros dos efectos perversos: por un lado, «excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 ( )», privándola así de su efecto útil; y por otro lado, “permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal”.*

**OCTAVO.-** Llegados a este punto, la siguiente cuestión a valorar es si la solución jurídica escogida se ajusta o no a las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico interno, en particular a la normativa contenida en los artículos 62 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público y artículo 20 de la Ley

55/2003 del Estatuto Marco, que prohíben obtener la condición de funcionario de carrera o estatutario fijo o laboral fijo sin haber superado un proceso selectivo. Y entiende la que suscribe que no existe vulneración de dicha normativa, sobre la base de los siguientes argumentos:

-En primer lugar, por cuanto que las recurrentes para acceder a la condición de personal interino/laboral han superado un proceso selectivo con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia accediendo a las bolsas de personal por oposición por concurso de méritos, debiendo recordar, como indica el Tribunal Constitucional en sus sentencias 281/1993 y 107/2003 que *"la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o la capacidad para desarrollar una función o empleo público y suponer además en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados"*.

-En segundo lugar, por cuanto que la solución jurídica adoptada no va a implicar la transformación de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera, sino que la fijeza se va a materializar en el reconocimiento del derecho de las recurrentes a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera.

-En tercer lugar por cuanto que, si bien es cierto que la Sentencia TJUE de 19 de marzo de 2020 indicaba que " la transformación en personal fijo está excluida categóricamente en virtud del Derecho Español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo, no podemos obviar que, de un lado, como ya se ha indicado, las recurrentes provienen de una bolsa - han superado un proceso selectivo-, y de otro lado, que de acuerdo con lo indicado en la Sentencia TJUE de 25 de

octubre de 2018 ( Asunto C-331/17, Apartado 60): " *para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe, el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar, y en su caso sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada*", y en el presente supuesto, tal y como hemos acreditado, no existe tal medida alternativa que sea lo suficientemente eficaz y disuasoria.

**NOVENO.-** En aplicación de los artículos 270 y 271 de la LEC, supletoria de la Ley Jurisdiccional, el Letrado de las demandantes presenta escrito ante un hecho nuevo, a saber, la STJUE de 3 de junio de 2021, Asunto C-726/2019, caso IMIDRA, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Madrid, relativas a la Cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, al entender que este fallo tiene singular relevancia a los efectos del presente recurso.

Fue admitido por la que suscribe, con suspensión del plazo para dictar sentencia y dando traslado del mismo a la Abogacía del Estado.

Para un mejor entendimiento del porqué de su admisión, y por entender estar en plazo, esta juez cesó ante este órgano judicial el día 21 de mayo de 2021 ( transcurrido ocho días desde el inicio del cómputo para el dictado de la Sentencia) y habiendo solicitado prórroga de jurisdicción para resolver los procedimientos pendientes y en plazo, (PA 134/2020 quedaban dos días), en virtud de acuerdo de la Comisión Permanente de C.G.P.J. en reunión celebrada el día 10 de junio de 2021, se acuerda la prórroga de jurisdicción para los efectos prevenidos. El escrito de la parte actora es de fecha 10 de junio de 2021 y presentado en plazo.

STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Madrid relativas a la Cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/CE.

Abuso en la temporalidad incompatible con la Directiva. La sentencia declara que el régimen jurídico hasta ahora aplicado en nuestro país al personal interino no se ajusta al Derecho de la UE, en cuanto no garantiza el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70.

1-Deja claro que la existencia de un solo nombramiento expreso o escrito no es excusa para la no aplicación de la Directiva, toda vez que, dentro de la expresión utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada se incluyen también los supuestos de prórrogas tácitas o implícitas de los contratos de interinidad, que se producen cuando no se provee la plaza mediante la celebración de los correspondientes procesos selectivos en los plazos que marca la Legislación, en concreto en los tres años que establece el art. 70 EBEP apartados 35 a 40.

*35 Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, por la única razón de que el primer contrato de trabajo de duración determinada del trabajador de que se trate hubiera sido prorrogado automáticamente, sin celebración formal, por escrito, de uno o varios nuevos contratos de trabajo de duración determinada en una situación en la que, además, el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante, de modo que, por consiguiente, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente durante varios años, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo/véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 61, y de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 44).*

2.El TJUE, reitera su postura al respecto, y vuelve a señalar que la renovación de contratos temporales a causa del desempeño de funciones ordinarias y no coyunturales trasgrede la cláusula 5ª del Acuerdo Marco:

*58 No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino, al contrario, permanente y duradero, no está justificada a efectos de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco. En efecto, esa utilización de los contratos o de las relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa el Acuerdo Marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades (sentencia de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 100 y jurisprudencia citada).*

*59 La observancia de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco requiere, por tanto, que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales (sentencia de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 101 y jurisprudencia citada).*

3. La STJUE declara que, la Normativa nacional que prevé la organización de procesos selectivos para cubrir las plazas vacantes servidas por empleados públicos temporales en los plazos que marca el EBEP, no garantiza que estos procesos se organicen efectivamente, por lo que no resulta adecuada para prevenir el abuso en la contratación temporal sucesiva en el Sector Público, ya que los plazos legales ni son fijos, ni son respetados por las Administraciones empleadoras.

Es así, que la sentencia declara que no es conforme con la Directiva, el nombramiento de empleados públicos temporales a la espera de la finalización de los procesos selectivos para cubrir, definitivamente, las plazas vacantes de trabajadores del Sector Público (apartados 53 a 69) indicando lo que sigue.

*63 Por consiguiente, aunque dicha normativa nacional parece limitar formalmente la utilización de los contratos de interinidad celebrados a la espera de la convocatoria de procesos selectivos para cubrir definitivamente la plaza de que se trate a un solo período que finaliza en el momento de la conclusión de dichos procesos, no permite garantizar que la aplicación concreta de esta razón objetiva se ajuste a las exigencias establecidas en la cláusula 5, letra a), del Acuerdo Marco, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente (...).*

*(...) 67 Pues bien, una normativa nacional que prevé la organización de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por*

*empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 97).*

*4. La sentencia declara que las limitaciones establecidas en las leyes de presupuestos, como consecuencia de la crisis económica del 2008 y, en concreto, las restricciones presupuestarias que prohibían entre los años 2009 y 2017 ejecutar ofertas de empleo público (OPES), no pueden justificar la inexistencia en el Derecho español de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, ni puede restringir ni anular la protección de la que gozan los empleados temporales del Sector Público (apartados 89 a 93).*

#### Medidas sancionadoras. Aportaciones importantes:

1. La STJUE, aunque declara que el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar los contratos temporales en indefinidos o fijos, se preocupa de recordar [apartados 46 a 48]:

-Que producido un abuso, es indispensable aplicar una medida sancionadora que garantice la protección de los trabajadores efectivos y equivalentes, y elimine la infracción del Derecho de la Unión (apartado 49).

-Que esta medida sancionadora tiene que ser proporcionada, efectiva y disuasoria para garantizar en cumplimiento de los objetivos del Cláusula 5 del Acuerdo marco (apartado 46).

-que estas medidas sancionadoras, no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (apartado 47).

-que el margen de apreciación atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco. En particular, las *autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo (apartado 30).*

2. La STJUE reitera: (i) de una parte que, para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo marco una Normativa nacional que en el sector público prohíbe transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el Ordenamiento jurídico interino del Estado miembro, debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos

contratos de duración determinada [apartado 71]; (ii) y de otra, que si el órgano jurisdiccional remitente constatará que no existe, en la normativa nacional de que se trata en el litigio principal, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público, **esa situación vulneraría el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y sería, por tanto, contraria a dicha cláusula, invocando en este sentido, el auto del mismo TJUE de 30 de septiembre de 2020, Cámara Municipal de Gondomar, C-135/20, [apartado 72].**

Este Auto de TJUE de 30 de septiembre de 2020, en sus apartados 24 a 26, resuelve lo que sigue:

*24 De ello se deduce que, con el fin de que una legislación que prohíbe, en el sector público, la conversión en contrato de trabajo indefinido de una sucesión de contratos de duración determinada, pueda considerarse como conforme al Acuerdo Marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe incluir, en este sector, otra medida efectiva que permita evitar, y en este caso, sancionar el uso abusivo de contratos de duración determinada sucesivos (sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro, C-494/16, apartado 34 y jurisprudencia citada).*

*(...) 26 Considerando lo anteriormente expuesto, procede responder a las cuestiones planteadas de que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe ser interpretada en el sentido que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe, de forma absoluta, en el sector público, la conversión de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, en tanto esta legislación no prevea, en relación con este sector, otras medidas efectivas que eviten y, en este caso, sancionen la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos.*

Este auto del TJUE sitúa el debate en determinar si en la Legislación nacional existe alguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE, pues no debe olvidarse:

- a) Que la trasposición de las Directivas a los ordenamientos jurídicos nacionales tiene que realizarse a través de normas legales claras y transparentes, a fin de que los ciudadanos europeos puedan conocer con exactitud sus derechos y obligaciones y además estas normas tienen que tener el mismo rango que las normas que regulaban esta materia en el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro (vid STJUE de 23 de mayo de 1985, asunto 29/84. Comisión v Alemania; o de 20 de marzo de 1986, 72/85, Comisión v Holanda, de 14 de enero de 2010 C343/2008, apartado 40).*

b) *Que la Directiva 1999/70 obliga a sancionar los abusos y la potestad sancionadora en nuestro ordenamiento jurídico está indisolublemente ligado a los principios de legalidad y de reserva de ley por imperativo de los arts 25 CE y 25 Ley 40/2015, (la misma reserva de ley que existe en materia indemnizatoria (ex. arts. 35.2, 103.3 y 106.2 CE), de tal forma que si la sanción no está tipificada en una Ley, el principio de legalidad impide que pueda establecerse por los Tribunales.*

Por lo tanto, a tenor de este Auto del TJUE, la regla general, según la cual la Directiva no impone la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, tiene una excepción en el caso de que un Estado miembro, para dejar de cumplir esta norma comunitaria en el Sector Público, no ha previsto en su Legislación interna una sanción para garantizar el cumplimiento de los objetivos de esta Directiva en este sector, esto es, para acabar con la precarización de los trabajadores públicos, en cuyo caso, **como dice el TJUE en este Auto, mientras la Legislación nacional no establezca una medida sancionadora distinta, lo que procede es dicha transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, sin que pueda aplicarse la normativa interna que lo prohíbe**, ya que en caso contrario, el abuso quedaría sin sanción y se socavarían el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo marco.

Y siendo cierto, que en la Legislación española -al igual que en el portuguesa- no existe ninguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE en el sector público, **no cabe sino transformar la relación temporal abusiva en un relación fija idéntica o equivalente a la de los funcionarios fijos comparables, sujetando a los empleados publico temporales/interinos víctimas de un abuso a las mismas causas, requisitos y procedimientos para el cese en sus puestos de trabajo que la Ley establece para los homónimos funcionarios de carrera o empleados fijos comparables**, pues en otro caso el abuso quedaría sin sanción, socavándose el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo marco.

El Abogado General de la Unión Europea en sus conclusiones escritas de 30/3/2021 en el asunto prejudicial C-282/19 dice lo siguiente:

**77 La ausencia de cualquier vía legal en el derecho del Estado miembro afectaría el objetivo y efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo-Marco (102). En tales circunstancias, y de conformidad con los principios desarrollados por la Sentencia Egenberger (103) las normas legales del Estado miembro que obstaculizasen la conversión de contratos de duración determinada en contratos de duración indefinida deberán ser excluidas.**

Por todo ello, la nueva STJUE de 3 de junio de 2021, confirma que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, **es la única una medida de protección de los empleados públicos aplicable para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE**, toda vez que como dictaminaba el TJUE en su sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17:

*70 “La Cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual no son aplicables en el sector de actividad de las fundaciones líricas y sinfónicas -léase, en el sector público-, las normas de régimen general que regulan las relaciones laborales y que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada mediante su recalificación automática en contratos de duración indefinida si la relación laboral persiste pasada una fecha precisa, cuando no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione los abusos constatados en este sector”.*

*71 “Al no permitir en ningún caso, en un sector, la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contrato de duración indefinida, la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede suponer una discriminación entre los trabajadores de duración determinada del citado sector y los trabajadores de duración determinada de los demás sectores, que, previa recalificación de su contrato de trabajo en caso de infracción de las normas relativas a la celebración de contratos de duración determinada, pueden pasar a ser trabajadores con contratos de duración indefinida comparables en el sentido de la Cláusula 4.1 del Acuerdo marco”.*

Hasta el punto de que “las resoluciones judiciales o las meras prácticas, no puedan ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado CE.” (vid SSTJUE, de 15 de octubre de 1996, as. Comisión c. Italia, C-168/85; y de 26 de octubre de 1995, as. Comisión c. Luxemburgo, C-151/1994; y de 23 febrero 2006, caso Comisión contra España, C-205/04).

La STJUE de 3 de junio de 2021 que se aporta, afirma que, el hecho de que no existan indemnizaciones en nuestro país para dar cumplimiento a la Directiva y sancionar el carácter abusivo de los nombramientos y contratos del Sector público, menoscaba el objetivo y efecto útil del Acuerdo marco [apartados 74 a 76].

La STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-184/15, ya dijo que la asimilación del personal interino a los trabajadores indefinidos no fijos, podría ser una medida sancionadora adecuada [apartado 74 a 76]. Esta STJUE debe interpretarse a la luz del apartado 102 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto C-103/18, en la que, el mismo TJUE dictamina que la figura del

indefinido no fijo, tal y como está concebido actualmente por la jurisprudencia española, no es conforme con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, ya que esta transformación se produce con la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o lo cese y, por tanto, el indefinido no fijo no deja de ser un temporal, de tal forma que el indefinido no fijo, tal y como está concebido en nuestro Derecho interno, no es conforme con la Directiva, pues como dice la STJUE de 19 de marzo de 2020, no disfruta de las mismas condiciones de trabajo que el personal fijo, al cesar por causas distintas a las que se aplica a estos últimos.

En consecuencia, solo modificando la configuración actual del indefinido no fijo, en el sentido de sujetarlos a las mismas causas de cese que rigen para los fijos o de carrera comparables, podría considerarse esta figura como una medida sancionadora acorde con la Directiva 1999/70/CE.

Siendo indispensable la sanción, si en la Legislación española no existiera medida sancionadora en el sector público para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70, deberá procederse a la transformación de la relación temporal en una relación fija, tal y como sucede en el sector privado por aplicación del art. 15 del ET; esto, al objeto de no dejar el abuso sin sanción y de no socavar el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo marco, en aplicación de la doctrina del TJUE sentada, entre otras cosas, en su Auto de 30 de septiembre de 2020 o en su sentencia del 11 de febrero de 2021. Al no tener eficacia directa la Cláusula 5 del Acuerdo marco, los Órganos jurisdiccionales no pueden excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria, aunque, en base al principio de interpretación conforme, tienen que hacer lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena aplicación de la Directiva.

De esta manera, sujetando a la víctima de un abuso a las mismas causas de cese que a los fijos comparables, conciliamos el mandato contenido en la Cláusula 5 del Acuerdo marco -cumpliendo sus objetivos de acabar con la precarización de los empleados públicos, sancionando a la Administración empleadora causante del mismo, y compensando a la víctima, sin privarla de la protección que les otorga el Acuerdo marco, con la normativa nacional, que no es infringida, sino que es interpretada de una manera que garantiza la plena efectividad de dicha Cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Lo que no obsta, para que el funcionario de carrera/estatutarios fijo mantenga un estatus superior que le confiere preferencia en determinadas condiciones de trabajo, por ejemplo, mayor puntuación o merito en orden a los traslados, a la promoción profesional, a los ascensos o a las comisiones de servicios; y



CARLOS [REDACTED]

[REDACTED] frente a la resolución de fecha 22 de junio de 2020 del Subdirector General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y contra el acto presunto negativo por el que se desestima la reclamación presentada con fecha 3 de julio de 2019 ante el Excmo. Sr. Ministro del Interior, con los siguientes pronunciamientos:

1. Declarar la nulidad de la resolución de fecha 22 de junio de 2020 por no ser ajustada a Derecho.
2. Declarar como situación jurídica individualizada el derecho de [REDACTED]  
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] al reconocimiento de su condición de empleados públicos fijos y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, **sin adquirir la condición** de funcionarios de carrera.
3. Declarar que no ha lugar a indemnización respecto de ninguna de las partes recurrentes.

Y todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos de su razón y, una vez firme, comuníquese a la Administración demandada.



Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma cabe formular recurso apelación en plazo quince días, desde su notificación.

Haciéndose saber a la parte no exenta legalmente de tal obligación que para la admisión del recurso es precisa la constitución previa de un depósito por importe de 50 euros en la Cuenta Provisional de Consignaciones de este Juzgado, cuenta nº 3233-0000-94-0134-20, abierta en el Banco Santander, bajo apercibimiento de inadmisión.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado, lo pronuncio mando y firmo.

**LA JUEZ**

**PUBLICACION.-** La anterior Sentencia fue leída y publicada en el día de la fecha por la Sra. Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública, de lo que yo, la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.