

**INFORME SOBRE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 19 DE MARZO DE 2020:
LA FIJEZA
COMO ÚNICA SOLUCIÓN A LA QUE AVOCA LA SENTENCIA**

La sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 que resuelve las cuestiones prejudiciales instadas por los juzgados de los Contencioso Administrativo nº8 y 14 de Madrid, avoca a la fijeza del personal temporal objeto de un abuso, como única medida efectiva posible para dar cumplimiento a la Directiva en nuestro país.

En relación con esta cuestión, procede formular los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I.-

SOBRE LA NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE AL SUPUESTO LITIGIOSO

Debemos partir, como normativa de aplicación, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, «Acuerdo marco»), 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, en cuanto que a través de esta norma comunitaria se garantiza:

- 1) **En primer lugar**, la igualdad de trato entre los trabajadores con un contrato de duración determinada -léase, temporales- y los indefinidos -léase, fijos-, protegiendo a aquellos contra toda discriminación (Cláusula 4 del Acuerdo marco);
- 2) **Y en segundo término**, la interdicción de los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo (Cláusula 5 del Acuerdo marco).

Para cumplir con el objetivo de evitar la precarización de la situación de los asalariados y garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo, la Directiva -que también se aplica al personal laboral y funcionarial del sector público- prohíbe que el personal temporal sea destinado a desempeñar de modo permanente y estable, funciones que son propias del personal fijo, esto es, a cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable (**vid. STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-16/15, apartados 47 y 48, y de 19 de marzo de 2020, apartados 53, 54, 58, 71, 75, 76, 77).**

Por ello, una vez acreditado que se haya producido un abuso en la contratación temporal de un empleado público, la Directiva obliga a sancionar a la Administración empleadora causante de abuso, con una medida sancionadora efectiva, disuasoria y proporcionada, que, (i) por un lado, beneficie al empleado público víctima del abuso y lo compense del abuso sufrido, y (ii) por otro lado, penalice al empleador responsable de dicho abuso, al objeto de disuadirlo de que vuelva a actuar de la misma manera, hasta el punto de que en caso de abuso en la contratación temporal sucesiva, el TJUE tiene reiterado que “es indispensable poder aplicar alguna medida sancionadora que presente garantías de protección de los trabajadores” (vid. STJUE, de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, Apartado 38 y de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 86 y 88)

Y las únicas sanciones que cumplen con los objetivos de la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, según la jurisprudencia del TJUE, y lo que han regulado en sus ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros son, y no hay otras: (1) o la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija equiparable a la del personal fijo comparable, (2) o una indemnización disuasoria y proporcionada a favor de la víctima del abuso.

Debemos recordar -como veremos en unos instantes-, la plena vigencia del principio de primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros, que fundamenta su aplicación con carácter prioritario y prevalente sobre cualquier norma interna, garantizando la uniformidad en su vigencia en todos los Estados miembros, sin graduación.

Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia nº145/2012, de 2 de julio, RTC 2012/145, nos enseña que:

“(…) los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (...). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, 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 (...) Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores.

La primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno es tal, que se impone incluso cuando la contradicción se verifica con normas constitucionales internas, prevaleciendo la disposición comunitaria sobre la propia disposición constitucional, por lo que la Administración demandada, no puede excusarse o ampararse ni en la Constitución Española ni en la normativa interna, para dejar de cumplir la Directiva

1999/70/CE. (vid. STJUE, de fecha 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, Apartado 59).

Por lo tanto, el debate se centra en determinar única y exclusivamente si, con arreglo a la Directiva 1999/70/CE, los empleados públicos interinos/temporales víctimas de un abuso tienen derecho a fijeza -entendida como aplicación de las mismas causas de cese que los empleados públicos fijos o de carrera-, pues la primacía del Derecho Comunitario, no solo conlleva para las autoridades, tanto judiciales como administrativas, de ese Estado miembro, la prohibición de pleno Derecho de aplicar el régimen incompatible con dicho Derecho Comunitario, aunque este régimen nazca de la propia Constitución y de las leyes internas, sino que también implica la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho Comunitario.

II.-

SOBRE EL ABUSO INCOMPATIBLE CON LA DIRECTIVA 1999/70/CE

(a).-

La Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo marco, sobre el trabajo temporal, “*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*”, y por ello, esta norma comunitaria prohíbe el abuso en la contratación temporal sucesiva del personal público, que se produce 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 (vid. SSTJUE 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, 58, 71, 75, 76, y 77).

Así, en la misma sentencia de 14 de septiembre de 2016, el TJUE se preocupa de enseñarnos cuál es el concepto comunitario de abuso contrario a la Directiva, diciendo en sus apartados 47 y 48, que:

47. *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.*
48. *En efecto, 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 (...) la 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 duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral.

Por tanto, el “abuso” que prohíbe la Directiva 1999/70/CE es un concepto estrictamente comunitario, que opera en el ámbito del Derecho de la UE y con carácter vinculante para todos los Estados miembros, de tal forma que -como tiene declarado el TJUE- se produce un abuso incompatible con la Directiva 1999/70/CE cuando se utiliza a los funcionarios temporales (sean interinos, eventuales o sustitutos) para cubrir necesidades “que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable”, pues el legislador comunitario pretende que los contratos de duración indefinida constituyan la forma más común de relación laboral o funcional.

Así, en el Derecho Comunitario, se parte del principio de que tiene que haber tantos empleados públicos fijos o de carrera como plazas hay en la plantilla, de tal forma que el empleado temporal simplemente realice sustituciones en los casos de bajas del titular de la plaza, o por servicios extraordinarios, excepcionales, urgentes o coyunturales, sin que puedan ser utilizados para atender las necesidades normales u ordinarias del servicio público que tendrían que estar atendidas con empleados públicos fijos, esto es, sin que pueda utilizarse al personal público temporal para cubrir un déficit estructural- léase, la carencia- de empleados públicos fijos o de carrera (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15, apartado 44 y 45; STJUE de 26 de noviembre de 2014 C-22/13, Caso Mascolo, apartados 91, 92 y 93; y STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 75 y 76).

Si bien es cierto que un Estado miembro tiene derecho, al aplicar la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, a tener en cuenta las necesidades particulares de un sector específico, este derecho no puede entenderse en el sentido de que le permita eximirse de respetar, en relación con este sector, la obligación de establecer una medida adecuada para evitar y, en su caso, sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, si se permite a un Estado miembro invocar un objetivo como la flexibilidad, que se desprende del uso de contratos de duración determinada para eximirse de esta obligación, se iría en contra de uno de los objetivos perseguidos por el Acuerdo marco, a saber, la estabilidad en el empleo, concebida como un elemento fundamental de la protección de los trabajadores -léase, de los empleados públicos-, y también podría reducir de manera importante las categorías de personas que pueden beneficiarse de las medidas protectoras establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco (véase en este sentido, Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2015, asunto C-238/14, caso Comisión Europea contra Gran Ducado de Luxemburgo, apartado 51).

De la misma manera, el TJUE ya ha dicho que, aunque las consideraciones de índole presupuestaria pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar,

no justifican la falta de medidas de prevención y sanción de la utilización abusiva que sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5.1 del Acuerdo marco (véase **Sentencia TJUE de 26 de noviembre de 2014, caso Mascolo, asunto C-22/13 y otros, apartado 110**).

Tampoco puede la Administración empleadora alegar que los contratos de trabajo temporal se celebran tradicionalmente en el ámbito del sector público, para garantizar la continuidad del servicio, ya que ello no libera al Estado miembro de dar cumplimiento a la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, evitando la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pues como dice el **TJUE en su Sentencia de 25 de octubre de 2018, C-331/17, apartado 44**: *“ello no solo no encuentra ningún fundamento legal en las disposiciones del Acuerdo marco, sino que iría claramente en contra de uno de los objetivos de éste, concretamente del objetivo de lograr la estabilidad en el empleo concebida como un componente primordial de la protección de los trabajadores, y deduciría, por tanto, de modo considerable, las categorías de personas que pueden acogerse a las medidas protectoras previstas en esta cláusulas”*.

(b).-

La Directiva impone revisar que el nombramiento de los empleados públicos interinos/temporales, no se utiliza en la práctica para satisfacer necesidades permanentes y duraderas, propias de los funcionarios de carrera comparables y para cubrir una falta estructural de estos últimos, debiendo examinarse, para determinar si ha existido un abuso, el número de años de prestación de los servicios o para realizar el mismo trabajo, “con objeto de excluir qué 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” (véase, en este sentido, **STJUE de 26 de noviembre de 2014, caso Mascolo, asunto C-22/13, apartado 102**).

Como indica la sentencia del **TJUE de 26 de noviembre de 2014, caso Mascolo, apartado 104**, “al contrario de lo que mantiene el Gobierno, el hecho de que la normativa nacional controvertida en los litigios principales pueda estar justificada por una «razón objetiva» en el sentido de esta disposición, no basta por sí solo para adecuarla a ésta, si se observa que la aplicación concreta de esta normativa conlleva, de hecho, una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”.

En este sentido, cabe recordar que la normativa nacional (en concreto, el art 10 del EBEP -anterior, art 10 de la Ley 7/2007- y el art 9 del Estatuto marco), solo permite el nombramiento de funcionarios interinos/temporales “por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario”, hasta que se provea la plaza por un funcionario fijo o de carrera

mediante la inclusión de la misma en la oferta pública de empleo del año del nombramiento o del año siguiente.

Como indica el TJUE en su sentencia el 14 de septiembre de 2016, asunto C 16/15, apartado 43, y en su sentencia de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartado 71, de ello se desprende que “la norma nacional controvertida en el litigio principal no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales”.

Por ello, el TJUE en esta sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C16/15, y en su sentencia de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartado 77, continúa declarando que:

49. La observancia de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y que una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal.

Producido el abuso al destinar un empleador a un empleado temporal a cubrir sus necesidades permanentes y duraderas en materia de personal, se produce una situación incompatible con la Directiva 1999/70, sin que, frente a ello, dice la **sentencia TJUE de 19 de marzo 2020**, pueda oponerse:

- Ni la Normativa nacional, que prevé el nombramiento de personal temporal por “razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en la medida en que dicha normativa y jurisprudencia nacionales no impiden que el empleador de que se trate dé respuesta, en la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal” (apartados 66 a 80).
- Ni el hecho de que el empleado temporal disponga de un solo contrato o nombramiento, cuando dicho empleado ha desempeñado durante años, las mismas tareas y funciones, y su mantenimiento de modo permanente se debe al incumplimiento por parte de la Administración empleadora de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo, al objeto de proveer definitivamente la plaza vacante, y su relación de servicio ha sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo (apartados 60 a 64).
- Ni tampoco el hecho de que el empleado público no haya impugnado sus nombramientos y ceses, esto es, haya consentido el establecimiento o la

renovación de dichas relaciones temporales, que no priva a esos empleados de la protección de la Directiva (apartados 107 a 116).

En consecuencia, la cuestión estriba en determinar si, en el presente caso, se ha producido este “abuso” incompatible con la Directiva 1999/70/CE, verificando si “los nombramientos de los empleados públicos temporales que se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria”, no se han utilizado, en realidad, para satisfacer “necesidades permanentes y estables”.

(c).-

Lo hemos explicado anteriormente: el concepto de “abuso” a efectos de la Directiva 1999/70/CE es un concepto de Derecho Comunitario, que debe ser objeto de una interpretación uniforme y homogénea en todos los Estados miembros: la Jurisprudencia del TJUE y en particular su **sentencia de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 66 a 80**, deja claro que el abuso contrario a la Directiva 1999/70/CE, se produce 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 de seguido, la **sentencia de 19 de marzo de 2020**, en sus apartados 78 y 79, dibuja algunos parámetros a través de los cuales se evidencia el abuso, en cuanto los nombramientos no responden a necesidades provisionales, como son:

- (1) el número de años consecutivos prestando servicios de la Administración empleadora, realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo de carrera;
- (2) el porcentaje elevado de empleados públicos temporales que constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de este sector;
- (3) la inexistencia real de límites máximos de duración de los contratos temporales;
- (4) o el incumplimiento de la obligación legal por parte de las Administraciones empleadoras de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo, convocando los correspondientes procesos selectivos, en los plazos que marca la Ley nacional:

Por tanto, los requisitos que determinan el abuso concurrirían en el caso de los funcionarios interinos y laborales temporales al servicio de la Administraciones públicas españolas:

1. Prestación de servicios durante períodos dilatados de tiempo (de hasta 35, 34, 33, 32, 31, 30, 29, 28, 27, 26, 25, 24, 23, 22, 21, 19, 18, 17, 16, etc. años continuados) como empleados públicos temporales/interinos de las Administraciones empleadoras, con la permanencia propia de los fijos de carrera comparables, atendiendo no a necesidades urgentes, excepcionales, extraordinarias, transitorias o coyunturales, sino a las necesidades ordinarias de esa Administración local, de carácter estable, permanente y estructural, supliendo el déficit estructural de personal fijo de carrera, realizando las mismas funciones, tareas y cometidos, que son propios de estos últimos. Actividad continuada, que, por otra parte, evidencia por parte de este personal temporal de larga duración, mérito, capacidad e idoneidad para el desempeño de estas funciones públicas propias de sus de los puestos de trabajo desempeñados.

Recordemos en que el TJUE:

- En su **sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-16/15**, declaraba la existencia de un abuso en el caso de una enfermera española que prestó servicios durante 4 años.
- En su **Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15**, declaraba contraria a la Directiva, la situación de una auxiliar administrativa que prestó servicios poco más de dos años, a través de 13 contratos sucesivos, desde el 2 de febrero de 2010 a 1 de octubre de 2012.
- Y en su **Sentencia de 26 de noviembre de 2014, asunto Mascolo** declaraba la existencia de un abuso incompatible con la Directiva en el caso de unas funcionarias de Educación Pública Italiana que llevaban 5 años de prestación de servicios.

Y que, en España hay empleados públicos interinos/temporales que no llevan 2 o 4 años como en los casos analizados en las sentencias, sino hasta 35 años continuados, como empleados públicos temporales de una Administración empleadora, realizando las mismas tareas y funciones estructurales.

Como dice la **STJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 79**, si el empleado público temporal no atiende necesidades extraordinarias, esporádicas o coyunturales, sino a tareas y cometidos duraderos, estables y permanentes, cubriendo el déficit estructural de personal estatutario fijo comparable, es que se encuentra en situación de abuso contrario a la Directiva 1999/70/CE.

En este sentido, el legislador nacional ya ha definido cuándo un trabajador temporal no está realizando tareas o cometidos provisionales o puntuales, sino ordinarios y estructurales. Así,

1) El art. 15 E.T. establece que, cuando un trabajador temporal lleva más de 24 meses prestando servicios para un mismo empresario, pasa a ser fijo, al entender el legislador que, a partir de 24 meses de servicios, la necesidad ya no es provisional, sino estructural.

2) Y, en relación con los empleados públicos, el legislador también opta, en el EBEP, por situar la provisionalidad de los servicios prestados en un plazo de 24 meses. Así:

- El art. 10.4 EBEP establece que las plazas vacantes servidas por interinos tienen que estar incluidas en la OPE del año de nombramiento y, si no fuera posible, en la del año siguiente, de tal forma que, en el plazo máximo de 24 meses, la plaza vacante tiene que ofrecerse en una OPE para que sea provista por un funcionario de carrera, en tanto que el legislador entiende que, vencido este plazo, la necesidad no puede calificarse como provisional.
- De la misma manera, el art.64 del RD 364/1995 de 10 de marzo, de Ingreso y Provisión y Promoción de los Funcionarios Civiles del Estado, establece que las comisiones de servicios tendrán un plazo de duración máxima de 24 meses; pues a partir de los dos años, al no ser una necesidad provisional, la plaza tiene que estar cubierta por un funcionario de carrera por los procedimientos reglamentarios. Y el mismo plazo de 24 meses establece el art 69 del RD 364/1995 para las comisiones de servicios en las CCAA.

Luego en acto propio que le vincula, el Legislador nacional entiende que, a partir de 24 meses, la necesidad ya no es provisional, sino ordinaria y estructural.

- 2.** Acreditación por el personal público interino/temporal de su capacidad e idoneidad para el desempeño de las funciones públicas encomendadas, no solo a través de los años consecutivos de servicios continuados prestados, sino también porque accedieron mediante su ingreso a través de procesos selectivos, en los que se valoraron sus méritos en libre concurrencia con otros aspirantes.

Estos procesos selectivos se celebraron con sujeción a los principios constitucionales de igualdad, publicidad y libre concurrencia, tal y como prevén 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), que 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 que:

“si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público -y si la figura del indefinido no fijo- es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo. 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 (...).

(...) Y reiteramos, no es esta la situación que ahora nos ocupa ya que si ha habido un proceso selectivo por lo que ha de operar la sanción, frente a la contratación fraudulenta, con toda contundencia, y reconocer a los actores la condición de personal laboral fijo”.

Como dice la STJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 79, si el empleado público temporal no atiende necesidades extraordinarias, esporádicas o coyunturales, sino a tareas y cometidos duraderos, estables y permanentes, cubriendo el déficit estructural de personal estatutario fijo comparable, es que se encuentra en situación de abuso contrario a la Directiva 1999/70/CE

3. Desproporción en la temporalidad en las Administraciones españolas pues en baja del 30% y en alguno servicios y áreas es del 100%.

Es así evidente -habida cuenta el número que representan- que el personal interino/temporal, no presta, ni prestaba servicios excepcionales, coyunturales, transitorios o esporádicos, y que tampoco atienden a necesidades de carácter urgente, excepcional, temporal o esporádico, sino que realizan las tareas propias del personal de carrera, atendiendo, de hecho, a necesidades que no son excepcionales o provisionales, sino ordinarias del servicio, duraderas, estables y permanentes, cubriendo el déficit estructural de funcionarios de carrera comparables.

Como dice la **STJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 79**, "el porcentaje elevado de empleados públicos temporales que constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de este sector";

- 4.** Déficit estructural de funcionarios de carrera o fijos de esa Administración Local, mantenido por la propia Administración empleadora, que no cubre los puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios interinos, como lo demuestra el hecho de que desde el año 2000, los últimos 20 años, casi no se convocan procesos selectivos para el ingreso como personal fijo, o si se convocan no se incluyen todas las plazas vacantes

Y todo ello, aun cuando:

- el Art. 10.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015 del Empleado Público (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, añadiendo el art. 70 del mismo texto legal que la ejecución de la oferta de empleo y por tanto la provisión de la plaza vacante por un funcionario fijo de carrera, deberá producirse en el plazo improrrogable de tres años.
- Y el Art. 10.6 del mismo Real Decreto Legislativo 5/2015, establece que la designación de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal no podrá exceder de tres años y, en razón de exceso o acumulación de tareas, no podrá exceder del plazo máximo de 6 meses en un periodo de 12 meses.

Como indica la **STJUE de 19 de marzo de 2020**:

- **en su apartado 79**, *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.*
- **en su apartado 64**, *la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha disposición, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas*

funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo.

- 5.** Incumplimiento por la Administración empleadora de sus obligaciones legales, las que le impone el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, del Estatuto Básico del Empleado Público (antes Ley 7/2007), en cuanto: **(i)** a la inexistencia de necesidades excepcionales de urgencia para desarrollar programas o tareas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario que justifiquen el nombramiento como funcionarios interinos o temporales; **(ii)** a la superación de los plazos máximos que establecen estas normas para el desempeño de estas tareas supuestamente excepcionales y transitorias; **(iii)** y al incumplimiento de su obligación de proveer las plazas desempeñadas por estos funcionarios interinos con funcionarios de carrera, incluyéndolas en la oferta de empleo correspondiente al año en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización, debiendo ejecutarse la OPE en el plazo improrrogable de 3 años (vid. art 70 del EBEP).

Recordemos que hay personal interino/temporal que lleva prolongados períodos de tiempo (35, 34, 33, 32, 31, 30, 29, 28, 27, 26, 25, 24, 23, 22, 21, 19, 18, 17, 16, etc. años) de servicios continuados como funcionarios interinos, con incumplimiento durante estos años por parte de la Administración empleadora de su obligación legal de proveer las plazas con funcionarios de carrera a partir del año de su nombramiento.

El mero incumplimiento de los plazos máximos que establecen los arts. 10 y 70 del RD Leg. 5/2015, Básico del Empleado Público (antes Ley 7/2007) -3 años en puesto vacante, con obligación de incluir el puesto en la Oferta Pública de Empleo del año del nombramiento; 3 años para la ejecución de programas; y 6 meses por exceso o acumulación de tareas-, determina la existencia de una irregularidad –léase, de una ilegalidad- y de un abuso, pues, aunque los nombramientos estén formalmente amparados en la normativa nacional, lo cierto es que la aplicación concreta de esta normativa es abusiva y fraudulenta, y por tanto contraria a la Directiva, por el hecho de que los nombramientos en los mismos puestos de trabajo y en las mismas tareas exceden de los límites temporales establecidos en esta misma normativa, renovándose para cubrir necesidades ordinarias, permanentes y estables, al existir un déficit estructural de funcionarios de carrera, imputable a la Administración empleadora que no convoca los correspondientes procesos selectivos necesarios para cubrir estas plazas y atender estas necesidades (vid. STJUE 19 de marzo de 2020).

- 6.** Los nombramientos temporales y ceses del personal temporal, o lo que es lo mismo, de los funcionarios interinos de la Administración empleadora dependen de *circunstancias aleatorias e imprevisibles*, que como razona la **Sentencia MASCOLO en su Apartado 107**, no pueden justificar el abuso, como pueden ser, sin carácter limitativo: **(i)** que se convoquen o no los correspondientes procesos selectivos para el ingreso como trabajadores fijos de esa Administración empleadora y con el número de plazas suficientes, generando un cuerpo de trabajadores fijos adecuado para cubrir las vacantes y realizar las tareas de apoyo en caso de vacantes, de retrasos o de acumulación de asuntos; **(ii)** que los trabajadores fijos de esa Administración empleadora desempeñen su actividad con responsabilidad y dedicación, no dando lugar a retrasos que hagan necesarios apoyos y refuerzos; **(iii)** que no se produzcan vacantes o circunstancias en que el retraso o la acumulación de asuntos dependa del propio funcionario titular de carrera o de decisiones de la Administración empleadora; **(iv)** que se adecúe la plantilla de esa Administración empleadora a las necesidades reales de este Organismo.

(c).-

A estos efectos, no podría invocarse por la Administración empleadora que este déficit estructural y el consiguiente abuso en el empleo temporal, ha sido provocado por las limitaciones establecidas por las leyes de presupuestos en cuanto a las tasas de reposición. En efecto:

- a)** En primer lugar, porque el art.10.4 del EBEP establece imperativamente, que todas las plazas vacantes servidas por interinos tienen que estar incluidas en la Oferta Pública del año de nombramiento y, si no fuera posible, y en todo caso, en la del año siguiente.
- b)** En segundo lugar, porque la Administración empleadora no puede ampararse en las reducciones de las tasas de reposición de efectivos acordadas en años anteriores, , ya no solo porque ni antes, ni después, de estas reducciones en las tasas de reposición, convocó OPEs para cubrir plazas vacantes, sino porque tampoco mientras estuvieron vigentes estas reducciones esa Administración convocó procesos selectivos incluyendo, al menos, las plazas disponibles dentro de los límites de las tasas de reposición permitidas en cada ejercicio (según los años el 5%, el 25 % o el 50%).

Además, estas tasas de reposición no existieron hasta el año 2012 y desaparecieron en el 2015, sin que tampoco, la Administración empleadora convocase los procesos selectivos incluyendo todas las plazas vacantes, como ordena y manda el art 10 del EBEP, ni antes del 2012 ni después de 2015.

- c) Y por último, porque la Administración no 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.

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”*.

- d) No podrían invocarse para el mantenimiento de la situación jurídica del empleado las previsiones de la Relación de Puestos de Trabajo. Y ello porque no se crearían nuevas plazas ni puestos, sino que la plaza sigue siendo la misma, por lo que sólo procedería su regularización en RPT (STSJ de Asturias, Sección 1ª, de 31 de enero de 2014).

III.-

SOBRE LA OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE ADOPTAR MEDIDAS EFICACES CON OBJETO DE SANCIONAR DEBIDAMENTE EL ABUSO Y ELIMINAR LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Concurriendo los presupuestos que determinen que, respecto del personal público temporal de larga duración, se haya producido un abuso en términos de la Directiva 1999/70/CE y la cláusula 5 de su Acuerdo marco, las Administraciones empleadoras están obligadas a actuar para dar cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE, pues producido el abuso, el TJUE nos enseña (por todas, vid. **sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, apartado 38**), que *“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”*.

Como hemos apuntado antes, el principio de supremacía de la normativa comunitaria sobre la normativa interna de los Estados miembros, que conlleva que no solo las autoridades judiciales, sino también las autoridades administrativas, están obligadas a cumplir y a aplicar la disposición del Derecho Comunitario, garantizando la plena eficacia de sus normas, dejando incluso inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su propia derogación por el Legislador.

Esto significa, que ni las Administraciones pueden abstenerse de aplicar la Directiva 1999/70/CE, excusándose en la inexistencia de disposiciones legales de derecho interno, ni los órganos jurisdiccionales pueden amparar este comportamiento omisivo de las Administraciones Públicas, sino que antes al contrario, aquéllas y éstos tienen del deber positivo de resolver sujetando sus pronunciamientos a la normativa comunitaria, aunque tales pronunciamientos sean contrarios a lo que disponga la normativa interna y las leyes nacionales españolas (vid. STC en su sentencia nº145/2012, de 2 de julio, RTC 2012/145).

*En definitiva, “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 TFUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales. Tales obligaciones pesan sobre estas autoridades, incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público” (vid. sentencia de TJUE **sentencia Impact**, apartados 41 y 85 y jurisprudencia citada).*

El hecho de que el Estado no haya aprobado las medidas legislativas pertinentes para ajustar la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE, no libera a la Administración empleadora de su obligación de garantizar la consecución de los objetivos y el efecto útil de esta Directiva, y por tanto, ante una situación de abuso incompatible con la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, de adoptar las medidas pertinentes para sancionarlo y eliminar las consecuencias de la infracción de esta Norma comunitaria (vid. por ejemplo, Sentencia del TJUE de 2 de febrero de 1982, Asuntos 68 a 73/81)

En consecuencia, el hecho de que el Estado no haya aprobado las medidas legislativas pertinentes para ajustar la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE, no libera a la autoridades nacionales de su obligación de garantizar la consecución de los objetivos y el efecto útil de esta Directiva, y por tanto, ante una situación de abuso incompatible con la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, deben adoptarse las medidas pertinentes para sancionarlo y eliminar las consecuencias de la infracción de esta Norma comunitaria, por aplicación de los principios de prevalencia, de aplicación directa, de efecto útil, de cooperación leal y de seguridad jurídica que adornan y en los que se basan el Derecho de la Unión, de conformidad con los cuales “*los Órganos administrativos y jurisdiccionales están obligados a asegurar el cumplimiento de las Normas comunitarias, así como la protección jurídica que se deriva para los justiciables de las mismas y garantizar su pleno efecto, incluso con obligación de inaplicar la disposición nacional que sea incompatible con el Derecho de la Unión*” (vid. STJUE de 9 de marzo de 1978, o de 5 de octubre de 2010, o la Sentencia del Tribunal Constitucional nº145/2012, de 2 de julio) hasta el punto de que “*la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio*

de ese estado” (vid. STJUE de 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, Apartado 59).

No olvidemos, en esta línea argumental:

(i) Que la 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 lo expresa la **Sentencia del TJUE, de fecha 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, en cuyo Apartado 59**, diciendo:

“en efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del Ordenamiento Jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional aún si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado”.

(ii) Que el efecto directo y primacía del Derecho Comunitario, no solo conlleva para las autoridades tanto judiciales como administrativas de ese Estado miembro, la prohibición de pleno Derecho de aplicar el régimen incompatible con dicho Derecho Comunitario, aunque este régimen nazca de la propia Constitución y de las leyes internas, sino que también implica la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho Comunitario (sentencias TJUE de 22 de junio de 1989 Fratelli Costanzo 103/88 Rec. p. 1839, apartado 33 y de 19 de enero de 1993, Comisión/Italia, C-101/91, Rec. P-I-191, apartado 24)

Así, *“hay un deber por parte de las instituciones judiciales y administrativas de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto la Directiva Comunitaria y, además de la prohibición de pleno Derecho de aplicar el régimen incompatible, está la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho comunitario”* (**Sentencias del TJCE de 22 de junio de 1989, As. C-103/88, FRATELLI CONSTANZO, y de 19 de enero de 1993, As. C-101/91, COMISIÓN/ITALIA**).

(iii) Y que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas en respuesta a un reenvío prejudicial, *“tienen carácter vinculante al tener autoridad de cosa interpretada, como instrumento procesal idóneo para conseguir una interpretación y una aplicación uniforme de las normas comunitarias por parte de los Tribunales nacionales, a los que corresponde, como Jueces comunitarios, la aplicación en los correspondientes procesos del ordenamiento jurídico comunitario y esa interpretación y aplicación uniforme solo puede conseguirse proporcionando a la Sentencia del TJUE el carácter de vinculantes, pues la aplicación de una misma norma comunitaria en diferentes estados miembros pondría en cuestión la propia construcción y funcionamiento de la Unión Europea”*. (vid. SSTS de 16 de diciembre de 2010, Rj

2010/8386 y 27 de enero de 2016, RJ 2016/423).

IV.-

DERECHO DEL PERSONAL PUBLICO TEMPORAL A LA MISMA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO QUE LOS FUNCIONARIOS FIJOS O DE CARRERA COMPARABLES TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE DE 19 DE MARZO DE 2020

Producido que sea el abuso, y siendo “**indispensable** 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”, la cuestión estriba en determinar cuál es la sanción a aplicar a la Administración que ha contratado de forma abusiva.

1º.-

LA SANCIÓN PARA COMPENSAR A LAS VÍCTIMAS DE UN ABUSO QUE EXIGE LA DIRECTIVA 1999/70/CE SOLO PUEDE ESTAR ESTABLECIDA EN UNA NORMA CON RANGO LEGAL

Es cierto, y no es una aportación que realiza la STJUE de 19 de marzo de 2020, que corresponde a las autoridades nacionales la interpretación del derecho interno y determinar si la normativa nacional de cada Estado miembro cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Ahora bien, esto no significa que estas facultades de interpretación sean ilimitadas, sino que, antes al contrario, están sujetas a determinadas restricciones:

PRIMERO: La primera y más importante de las limitaciones, aparece recogida en la propia **STJUE de 19 de marzo de 2020**, que en su apartado 58 deja claro que estas facultades de interpretación deben tener por finalidad alcanzar el objetivo que proclama la cláusula 5 del Acuerdo Marco, de imponer límites a la falta de estabilidad en el empleo, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, y evitar la pervivencia de la situación de estos empleados, en este caso, del sector público.

Así, en su apartado 58, la **STJUE de 19 de marzo de 2020**, nos enseña que:

58. (...) el margen de apreciación así 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.

SEGUNDO: Las autoridades nacionales, están también sujetas a un segundo límite en sus facultades de apreciación, ya que, una vez producido un abuso en la contratación temporal sucesiva de un trabajador, preceptivamente tienen que imponer una sanción al responsable de este abuso, que compense a la víctima del mismo.

El apartado 88 de la STJUE de 19 de marzo de 2020 lo deja meridianamente claro, como ya lo había hecho el mismo Tribunal Europeo en otras muchas sentencias anteriores, diciendo lo que sigue:

*88. Cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos 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. 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.*

El TJUE no habla de potestad, de posibilidad, de conveniencia, ni de discrecionalidad, sino que tajantemente afirma que ante el abuso es “*indispensable*” -y no cabe otra opción- que adoptar alguna medida.

TERCERO: Llegado este punto, interesa hacer dos reflexiones:

a) Una, que no basta con cualquier sanción, sino que, como hemos dicho antes:

- Uno, la medida sancionadora debe imponerse al responsable del abuso -léase, al infractor-, esto es, a la Administración empleadora que abusa de la temporalidad, y no a la víctima del abuso que es el trabajador o empleado público, de tal forma que la sanción no puede consistir en el cese del empleado público, pues en ese caso se sancionaría a la víctima y no al infractor.
- Dos, la medida sancionadora debe ser “*proporcionada y lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en la decisión del Acuerdo marco*” (vid. Sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-16/15, Pérez López contra el SERMAS, apartado 30).
- Y tres, las medidas sancionadoras no pueden ser “*menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), ni hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el*

ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)” (vid. Sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-16/15, apartado 31).

- b) Que, al no imponer la Directiva la sanción aplicable en caso de abuso, cada Estado miembro puede fijar en su normativa la sanción que estime más conveniente para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva, y si, incumpliendo su obligación, el Estado miembro no ha fijado una sanción en un sector determinado, como es el público, mientras que sí lo hace en el sector privado transformando en indefinidos los contratos temporales abusivos, la sanción en el sector público no puede ser otra diferente a la de la transformación de esos contratos temporales abusivos en fijos.

Lo apunta la propia STJUE de 19 de marzo de 2020 en su apartado 87 diciendo que:

87. Así, 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. No obstante, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

Y lo confirman otras sentencias del TJUE (vid. TJUE sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, apartado 106; Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado apartado 42; y Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41), en las que este Tribunal Europeo deja claro que: “el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador y deben considerarse abusivos”.

CUARTO: Por último, las autoridades nacionales al interpretar el Derecho Interno están sujetas a otra limitación, que nace de los principios de legalidad y reserva de Ley que rigen la materia.

En efecto, es importante destacar, que la sanción para compensar a las víctimas de un abuso tiene que estar establecida por una norma con rango legal, ya que el TJUE tiene dicho que la trasposición de las Directivas a los ordenamientos jurídicos nacionales

tiene que realizarse a través de normas claras y transparentes, a fin de que los ciudadanos europeos puedan conocer con exactitud sus derechos y obligaciones (**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 C-343/2008, apartado 40)**)

Y estas normas deben que tener el mismo rango que las normas que regulaban esta materia en el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro, de tal forma que la transposición de una Directiva que imponga el establecimiento de sanciones (como es la Directiva 1999/70/CE), debe hacerse siempre por el Legislador, pues la potestad sancionadora en nuestro ordenamiento jurídico está indisolublemente ligada al principio de legalidad (art 25 CE y art. 25 Ley 40/2015). Si la sanción no está fijada en una Ley, el principio de legalidad impide que se pueda establecer por los Tribunales.

La misma reserva de ley que existe en materia indemnizatoria (ex. arts. 35.2, 103.3 y 106.2 CE), de tal suerte que de forma coherente con lo expuesto hasta ahora, resulta que las normas que regulan, tanto las indemnizaciones a satisfacer a los empleados por cuenta ajena por parte de sus empresarios-empleadores (**RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre**, del Estatuto de los Trabajadores), como las derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (**Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público**), están regulada en normas de rango legal.

Y si el Legislador nacional, incumpliendo la Directiva 1999/70/CE, no ha establecido la sanción para compensar a las víctimas de un abuso, el principio de reserva de ley impide que puede ser determinada por el Juez, y no cabe otra opción que transformar en empleados públicos fijos a los temporales víctimas de un abuso, pues como tiene dicho el TJUE, *“el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador”* y deben considerarse abusivos (**vid. SSTJUE sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, apartado 106; y de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41**).

Por lo tanto, el debate debe centrarse en delimitar si la Directiva 1999/70/CE ha sido traspuesta en España al sector público nacional y sobre si en España hay alguna Ley que establezca en este sector publico alguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Clausula 5 de la Directiva 199970/CE.

**SOBRE INEXISTENCIA EN ESPAÑA DE MEDIDAS SANCIONADORAS
ACORDES CON LA DIRECTIVA 1999/70//CE, A TENOR DE LA
JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

Llegado a este punto, la **STJUE del 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18** avoca a la fijeza como única medida para dar cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE, pues de su tenor se desprende que no hay ninguna medida sancionadora en nuestro país que cumpla con la Directiva 1999/70.

Nos explicamos:

(A)

Sobre los procesos selectivos y de estabilización.

En lo que se refiere a los procesos de estabilización y a los procesos selectivos, diseñados a partir de la Ley de Presupuestos para el año 2018 -que se presentó por Gobierno y Sindicatos como el mecanismo idóneo para dar cumplimiento a la Directiva 1999/70 y prevenir, evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos temporales abusivos en el Sector Público-, la sentencia del TJUE del 19 de marzo de 2020, es tajante en sus apartados 97 a 101, declarando específicamente:

- Que esta Normativa nacional, que prevé la organización de procesos selectivos para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por personal público temporal no se ajusta a la Directiva 1999/70, toda vez que no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva por parte del empleador de sucesivas relaciones del servicio de duración determinada -pues su convocatoria depende de la arbitrariedad del empleador causante del abuso-, ni para sancionar estos abusos, ni eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión -pues su aplicación no tiene ningún efecto negativo para el empleador- (apartado 97).
- Que tampoco los procesos de consolidación previstos en la disposición transitoria 4ª del EBEP, son una medida que cumpla con la Directiva 1999/70/CE, por cuanto que esta disposición transitoria atribuye una facultad a la Administración, de modo que no está obligada a aplicar dicha disposición, aun cuando se haya probado que recurría de manera abusiva a la temporalidad (apartado 97).
- Que aun cuando los empleados públicos objeto de un abuso puedan participar en estos procesos de estabilización, consolidación y demás procesos selectivos, este hecho no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de

establecer una medida adecuada para sancionar el abuso en la temporalidad (apartado 100).

Por tanto, no puede convocarse ningún proceso selectivo, sin que previamente quede fijada cual va a ser la medida adecuada para sancionar y compensar a las víctimas de un abuso en la temporalidad.

- Que, para que estos procesos selectivos puedan concebirse como una medida sancionadora y compensatoria del abuso, tienen que ser procesos restringidos, en los que solamente puedan participar los empleados públicos objeto de un abuso, sin que *los procesos ordinarios puedan ser concebidos como una sanción, porque además de que su resultado es incierto, están abiertos a candidatos que no han sido víctimas del abuso* (apartado 100).

En consecuencia, *sensu contrario*, únicamente los procesos selectivos de resultado cierto, cerrados, en los que solamente puedan participar los empleados temporales víctimas de un abuso, tendrán la consideración de sanciones idóneas para garantizar el cumplimiento de la cláusula 5 del Acuerdo marco de la Directiva.

En definitiva, la posible convocatoria a procesos selectivos no puede ser considerada como una medida proporcionada, efectiva y disuasoria para sancionar el abuso, pues: (i) por un lado, depende del mero capricho o voluntad de la Administración empleadora causante de abuso, de tal forma que ésta no tiene ningún obstáculo o impedimento para el uso irregular o abusivo de la contratación temporal; (ii) por otro lado, no repara el daño producido al empleado público temporal que ha sufrido el abuso, pues ningún beneficio obtiene el funcionario que ha sufrido la violación sistemática y repetitiva a lo largo de varios años de sus derechos; (iii) y finalmente, ninguna consecuencia desfavorable se derivaría para dicha Administración que actúa irregularmente abusando de la contratación temporal sucesiva. La Administración empleadora -que es la causante del abuso y de la actual situación de temporalidad que hemos denunciado anteriormente-, no se vería presionada o forzada para modificar su forma de actuar, y podría seguir *in eternum* incumpliendo la Directiva, simplemente no convocando procesos selectivos, continuando mientras tanto abusando de la contratación temporal.

En consecuencia, **la sentencia del TJUE del 19 de marzo de 2020**, deja claro que ni los procesos de estabilización, ni los procesos selectivos, permiten alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo marco, en cuanto que no resultan adecuados para sancionar la utilización abusiva de relaciones de servicio temporales, ni para eliminar la infracción del Derecho de la Unión y que únicamente los procesos selectivos de resultado cierto, cerrados, en los que solamente puedan participar los empleados temporales víctima de un abuso, tendrán la consideración de sanciones idóneas para garantizar el cumplimiento de la cláusula 5 del Acuerdo marco de la Directiva

Frente a ello, las Administraciones empleadoras no pueden invocar que la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017 obligaba a convocar procesos de estabilización y selectivos para reducir la estabilidad en el Sector Público Nacional al 8%.

a) En primer lugar, porque tras la **sentencia de 19 de marzo de 2020** queda claro que estos procesos de estabilización no son acordes con la Directiva 1999/70/CE, norma esta adornada del principio de prevalencia sobre cualquier norma interna, principio este que conlleva para las autoridades tanto judiciales como administrativas de ese Estado miembro, la prohibición de pleno Derecho de aplicar el régimen incompatible con dicho Derecho Comunitario, aunque este régimen nazca de la propia Constitución y de las leyes internas, sino que también implica la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho Comunitario (**sentencias TJUE de 22 de junio de 1989 Fratelli Costanzo 103/88 Rec. p. 1839, apartado 33 y de 19 de enero de 1993, Comisión/Italia, C-101/91, Rec. P-I-191, apartado 24**)

b) En segundo lugar, porque si la sanción fuera, como aquí se sostiene, la transformación de las víctimas de un abuso en empleados públicos fijos es evidente que, sus plazas, las que ocupan, no pueden incluirse en ningún proceso selectivo.

c) Y, en tercer lugar, porque si la sanción fuera una indemnización, tampoco se podrían convocar procesos de estabilización y OPEs, básicamente por dos razones fundamentales:

- De una parte, porque la LGPE de 2017, cuando habilitó en su art. 19 los procesos de estabilización, los condicionaba a que en ningún caso produjeran un aumento del gasto público. Sin embargo, es obvio que estos procesos de estabilización y de OPEs incrementan el gasto público prohibido por esta Ley, al tener que indemnizar -y no con cualquier indemnización-, a los empleados públicos temporales objeto de un abuso que sean cesados en ejecución de los mismos. Por tanto, estos procesos selectivos carecen ya del amparo de esta Ley de Presupuestos, pues producen un incremento del gasto público.
- Y, de otra parte, porque por imperativo de los arts. 27, 42 y 46 de la Ley General Presupuestaria, previamente a convocar el proceso selectivo, la Administración empleadora tiene que haber aprobado la correspondiente partida presupuestaria en sus Presupuestos para hacer frente a tales indemnizaciones

Pero es que, además, el desembolso de tales indemnizaciones, podrían comprometer gravemente los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, como criterios de máximo rango (constitucional, ex. art. 135 CE) a los que ha de ajustarse nuestra política presupuestaria.

(B)

Sobre el indefinido no fijo

En lo que afecta a la figura del indefinido no fijo, implementada en nuestro país en los años 80 y 90 como mecanismo para evitar la aplicación del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en el Sector Público (precepto que obliga a transformar en fijos a los empleados temporales que lleven trabajando para el mismo empresario más de 24 meses en un plazo de 30) y, por tanto, para sancionar el fraude y el abuso en la contratación pública del personal laboral, la **sentencia del TJUE del 19 de marzo de 2020**, acaba definitivamente con esta figura en su apartado 102, con dos argumentos palmarios:

- (i) Que el indefinido no fijo, al igual que el temporal/interino, cesa cuando se provee la plaza por un empleado fijo o se amortiza, por lo que no es acorde con la cláusula 5 del Acuerdo marco, ya que no puede sancionarse el abuso en la temporalidad sucesiva, con más abuso y más temporalidad;
- (ii) Que, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, en el que el trabajador temporal es transformado en trabajador por tiempo indefinido, al indefinido no fijo no se le permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo -léase de la misma estabilidad- que el personal fijo, ya que unos y otros quedan sujetos a diferentes causas de cese, pues el indefinido no fijo, al igual que los laborales temporales cesa cuando se provee la plaza por un empleado fijo o se amortiza.

En definitiva, como es de sentido común, la **sentencia de 19 de marzo de 2020**, nos enseña que no es ni puede ser, una medida efectiva, proporcionada y disuasoria: (i) para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión; (ii) evitar y sancionar la precarización y la temporalidad de los empleados públicos; (iii) y garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo, como un componente primordial de la protección de los empleados públicos, que son los objetivos que persigue y garantiza la Directiva 1999/70/CE (vid. apartados 26, 27 y 33, de la **sentencia TJUE de 14 de septiembre, asunto C-16/15**), dejar a los empleados públicos temporales/interinos en la misma situación de temporalidad o precariedad irregular, abusiva y fraudulenta, o lo que es lo mismo, transformarlos o mantenerlos como meros empleados indefinidos no fijos, sujetándolos a las mismas causas de cese que antes de abuso -la provisión de la plaza por un empleado fijo o su amortización-, pues esto sería tanto como castigar la temporalidad y precariedad abusiva, con más temporalidad, más precariedad y más abuso, incumpliendo radicalmente los objetivos y el efecto útil de la precitada Directiva.

La naturaleza temporal del trabajador indefinido no fijo resulta del hecho de que tiene un plazo final, que deriva de la *producción de un hecho o acontecimiento determinado* (vid. 3.1 del Acuerdo marco), pues como establece la disposición adicional 15º del

Estatuto de los Trabajadores, el indefinido no fijo cesa cuando se “*procede a la cobertura de sus puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios*”.

Por tanto, ante este pronunciamiento de **la sentencia TJUE del 19 de marzo de 2020**, no cabe otra opción que la transformación del empleado temporal objeto de un abuso, y de los laborales indefinidos no fijos, en empleados laborales fijos o, al menos, en un indefinido no fijo con las mismas condiciones de trabajo que el personal fijo, incluyendo como condición de trabajo, la estabilidad en el empleo, de tal suerte que el indefinido no fijo quede sujeto a las mismas causas de cese y de extinción de la relación de empleo que el fijo.

O lo que es lo mismo:

La sentencia de 19 de marzo de 2020, ha de ser interpretada en el sentido de que no cabe otra opción que la transformación de los funcionarios interinos objeto de un abuso, en funcionarios de carrera o, al menos, en equiparables a los funcionarios de carrera con las mismas condiciones de trabajo que este personal fijo, incluyendo como condición de trabajo, la estabilidad en el empleo, de tal suerte que el personal interino recurrente quede sujeto a las mismas causas de cese y de extinción de la relación de empleo que los funcionarios de carrera comparables.

(C)

Sobre la inexistencia en nuestro país de una indemnización específicamente prevista para sancionar y compensar los abusos en la temporalidad incompatibles con la Directiva 1999/70/CE

Por último, la **sentencia TJUE del 19 de marzo de 2020**, dictamina en los apartados 103 a 105, que, aunque una indemnización a favor del empleado público temporal objeto de un abuso, sí puede ser una medida legal equivalente en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo marco, para que así sea, es necesario que concurren dos requisitos:

- a) Uno, que esta indemnización esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva.
- b) Otro, que la indemnización sea proporcionada, efectiva y tan disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco.

1

Inexistencia en España de indemnización alguna que dé cumplimiento a la Directiva

Pues bien, al respecto debemos oponer que la Legislación española no prevé, ni establece indemnización alguna a favor de los funcionarios interinos/temporales en caso de abuso en la temporalidad sucesiva contraria a la Directiva 1999/70.

Las únicas indemnizaciones previstas en la Ley española son las previstas en los arts. 49 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, para el caso de despidos de personal laboral privado, no público. Pero estas indemnizaciones, como declaraba el TJUE en sus Sentencias de 21 de noviembre de 2018, asunto C-936/2018 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. Así, el TJUE ya ha dejado claro en sus Sentencias de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, apartados 95 y 96, y de 22 de Enero de 2020, asunto Baldonado, apartados 61 a 63:

61. *A este respecto, debe señalarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la indemnización prevista en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, por una parte, no está incluida a primera vista en ninguna de las categorías de medidas previstas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco de las que los Estados miembros deben introducir una o varias cuando su ordenamiento jurídico no incluya medidas legales equivalentes, y, por otra parte, tampoco parece constituir una medida legal equivalente, ya que no permite alcanzar el objetivo general que la citada cláusula 5 asigna a los Estados miembros, a saber, la prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*
62. *En efecto, dado que esta indemnización se abona independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de tales contratos o relaciones, no resulta adecuada 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, y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente eficaz y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas de conformidad con el Acuerdo Marco.*
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.*

La misma sentencia del TJUE de 22 de Enero de 2020, asunto Baldonado, apartado 46, declara que la indemnización por despido improcedente del Estatuto de los

Trabajadores no tiene por objetivo sancionar el abuso en la temporalidad, sino compensar la ruptura imprevista y brusca del vínculo laboral únicamente en un contrato indefinido o fijo, diciendo que:

46. En cambio, la extinción de un contrato de trabajo fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral, de modo que la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto tiene precisamente por objeto compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podía albergar, en esa fecha, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación.

Todo ello, sin olvidar:

- a) Que estas indemnizaciones por despido improcedente 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.
- b) Que el Tribunal Supremo en las Sentencias nº 1425 y nº 1426, de 26 de septiembre de 2018, entendió que la indemnización prevista para el personal laboral privado en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores no rige y no puede aplicarse al personal funcionarial sujeto al derecho administrativo, diciendo el Alto Tribunal que: *“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”.*

2

El régimen general de la responsabilidad patrimonial pública tampoco es un régimen indemnizatorio que dé cumplimiento a la Directiva

Por las mismas razones que las indemnizaciones por despido improcedente del Estatuto de los Trabajadores no son cauce idóneo para sancionar el eventual abuso, tampoco serían acordes con la Directiva las indemnizaciones previstas con carácter general para los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los art. 32 y sig. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establecen el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones

públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, pues éstas indemnizaciones tampoco están específicamente previstas para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva 1999/70/CE, 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.

3

El Tribunal Supremo tiene declarado que ninguna indemnización de la regulada en nuestro país cumpliría la Directiva, pues no sería disuasoria

En la misma línea, nuestra jurisprudencia tiene declarado que en España una eventual indemnización no sería una sanción acorde con la Directiva. Así;

- **La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia 207/2019, de fecha 13 de marzo de 2019**, nos enseña en su FJ Cuarto, apartado 3, que en España una eventual indemnización no sería una sanción acorde con la Directiva, pues *“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 ...”*

Por ello, la **Sala de lo Social del Tribunal Supremo** en su **sentencia de 23 de julio de 2020, rec. 1809/2018** (antes citada), declaraba que en caso de abuso, la sanción debe ser la conversión en indefinido de todo contrato temporal celebrado de modo abusivo o en fraude de ley.

- **Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sus sentencias nº1425 y 1426 de 26 de septiembre de 2018**, concluye que en España una eventual indemnización económica no es una medida de protección de los empleados públicos que cumpla con los requisitos de la cláusula 5 del Acuerdo marco del Directiva 1999/70/CE, en tanto 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”*.

4

Tampoco existe en España la medida sancionadora adicional que exige el TJUE en su sentencia de 7 de marzo de 2018

Pero es que, además, el TJUE en su **sentencia de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Gioseppa Santoro**, declara que la indemnización, por sí sola, no es una medida

adecuada para sancionar el abuso si no va acompañada de otro mecanismo de sanciones disuasorio adicional, diciendo:

“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 el Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos temporales”.

Y añade que para sancionar el abuso en la temporalidad en el sector público no basta con la concesión de una indemnización de 12 mensualidades de la última retribución del empleado público, y con una compensación adicional por pérdida de oportunidades de encontrar un empleo, sino que para que la medida sancionadora sea efectiva, proporcionada y disuasoria, y por tanto, cumpla con los requisitos del Acuerdo marco, es necesario *“que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”*.

En el caso italiano analizado en esta **sentencia de 7 de marzo de 2018** (vid. apartado 52), este mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, adicional a la indemnización al empleado público, consistía: (i) por una parte, en obligar a los Directivos responsables del abuso en la temporalidad, a reembolsar los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido, (ii) por otra parte, en excluir a estos Directivos de la posibilidad de obtener complementos salariales vinculados al resultado; (iii) y finalmente, sancionar a las Administraciones Públicas contratantes que han cometido el abuso, con la sanción de no poder llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción.

Pues bien, en España ni existe una indemnización específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, ni tampoco existe ningún *mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio* adicional, o que permita sancionara las autoridades o Administraciones empleadoras responsables del incumplimiento de la Normativa Comunitaria, en cuanto que abusan de la temporalidad de sus empleados públicos.

(D)

LA TRANSFORMACION DE LA RELACION TEMPORAL ABUSIVA Y FRAUDULENTE EN UNA RELACION FIJA, COMO UNICA MEDIDA SANCIONADORA VIABLE EN ESPAÑA.

1

La recalificación automática en contratos de duración indefinida si la relación laboral persiste pasada la fecha máxima que exige el TJUE en su sentencia de 25 de octubre de 2018

No existiendo en nuestro país ninguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de la Cláusula 5 del Acuerdo marco, al incumplir el Estado su obligación de transponer la Directiva 1999/70 en el sector público al ordenamiento jurídico interno, no cabe sino la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, aplicando lo que dictamina el **TJUE en su sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17**, declarando lo siguiente:

- a) Primeramente, esta **STJUE de 25 de octubre de 2018**, nos vuelve a recordar aquí, que para que pueda operar una prohibición de transformar los contratos de trabajo temporales sucesivos en el sector público en una relación fija, por no haber superado un proceso selectivo, es necesario que en dicho sector exista alguna medida para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o nombramientos de duración determinada (apartado 60).

Ya que la sanción es “*indispensable*” (vid. apartado 65 de **la STJUE de 25 de octubre de 2018**), “*si el órgano jurisdiccional remitente constata 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 de las fundaciones líricas y sinfónicas, esa situación vulneraría el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo Marco*” (apartado 66).

- b) Después la sentencia declara que la transformación de la relación temporal en una relación fija constituye una medida preventiva que cumple con la Cláusula 5 del Acuerdo marco cuando en la normativa nacional no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos constatados respecto de los empleados del sector público, añadiendo que también en estos casos debe aplicarse la Cláusula 4 del Acuerdo marco, sosteniendo la sentencia que (apartado 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”.

c) Y la STJUE de 25 de octubre de 2018, concluye de manera categórica diciendo que, en estos casos en los que la normativa nacional no establece una sanción en un sector determinado, como es el sector público, dado que la normativa nacional sí contiene normas aplicables a los contratos de trabajo de régimen general que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, previendo su recalificación automática en contratos de duración indefinida cuando la relación laboral persista pasada una fecha precisa (vid. art. 15 del Estatuto de los Trabajadores), esta medida debe aplicarse también a ese sector público (apartado 70) , concluyendo que:

“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”. dd

Por lo tanto, acreditado el abuso en la relación temporal mantenida, el Derecho Comunitario impone la transformación de la relación temporal en una relación fija o de carrera, al no existir medida alguna en España para sancionar el abuso en la contratación temporal sucesiva mantenida durante años con el personal interino y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

Así lo impone la STJUE de 25 de octubre de 2018, Asunto C-331/17, Apartado 60, diciendo que:

60. No obstante, 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 -léase, del sector público-, 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.

Así lo establece también el TJUE en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41, cuando afirma:

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.

Con mayor claridad todavía, pero en el mismo sentido, se expresa el TJUE en su **sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, Apartado 105.**

106 (...) el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador y deben considerarse abusivos.

Y con más claridad todavía, el TJUE en su **Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado, apartado 42,** se pronuncia en los siguientes términos:

“42. En estas circunstancias, para que la legislación nacional que prohíbe, en absoluto en el sector público, la conversión en un contrato de trabajo permanente de los contratos sucesivos de duración determinada pueda ser considerada compatible con el Acuerdo marco, el Derecho interno del Estado miembro correspondiente deberá proporcionar, dentro de este sector, otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar el uso abusivo de contratos sucesivos de duración determinada”.

A tenor de estos pronunciamientos del TJUE:

- La consecuencia necesaria de que no exista en España, medida efectiva alguna para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada con los funcionarios interinos/temporales –a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, en el que los trabajadores temporales, por imperativo de art 15 ET, pasan a ser fijos a los 24 meses-, no puede ser otra -por imperativo de la Directiva 1999/70/CE- que la transformación de la relación temporal interina en una relación funcional fija de carrera, sin que pueda aplicarse en este caso la norma nacional que lo prohíbe, en cuanto veda la estabilidad a quienes no han ingresado a través de una oposición.

- Porque como hemos visto, el TJUE tiene dicho que para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en una relación fija una sucesión de contratos de trabajo y de nombramientos de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco de la Directiva 1999/70/CE, 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 la norma nacional que prohíbe absolutamente en el sector público transformar la relación temporal abusiva y fraudulenta en una relación funcional estable, al no haber superado una oposición, es incompatible con el Acuerdo marco y no puede aplicarse, al no existir medida equivalente alguna para sancionar el abuso en el sector público nacional.

Además, con la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija equiparable a la del personal fijo comparable: (i) se garantizaría definitivamente el derecho a la estabilidad, como componente primordial de la protección de los trabajadores-léase, de los empleados públicos- y se evitaría la precariedad de los funcionarios, cumpliéndose los objetivos del Acuerdo marco; (ii) se sancionaría efectivamente el comportamiento abusivo de la Administración empleadora, que no obtendría ventajas de su propio incumplimiento; (iii) se eliminaría la situación de abuso, convirtiendo la contratación fija en la forma más común de relación laboral, evitando que se utilice la temporalidad para atender, de hecho, a necesidades que no son provisionales, sino duraderas y estables, y para privar al personal temporal de los derechos que son propios del personal fijo; (iv) se disuadiría a la Administración de que persista en un abuso de la contratación temporal, convocando los procesos selectivos, con la periodicidad necesaria, para proveer las plazas vacantes con personal fijo y cubrir sus necesidades ordinarias de empleo; (v) se compensaría adecuadamente al funcionario temporal objeto del abuso por los perjuicios y falta de protección padecidos, a través de una sanción proporcionada a la violación repetitiva y sistemática sufrida a lo largo de los años; (vi) se trataría al funcionario temporal víctima de un abuso de una manera acorde a las naturaleza ordinaria, permanente y estable de las tareas realmente realizadas; (vii) y por último, se aplicaría a los empleados públicos temporales sujetos al Derecho administrativo, el mismo criterio objetivo y transparente que rige para los trabajadores sujetos al Derecho laboral, que en España adquieren fijeza en el empleo por el mero hecho de ser contratados durante un plazo superior a 24 meses, en un plazo de 30 meses, por la misma empresa o grupo de empresas.

Por todo ello, queda justificado que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, es la única medida de protección de los empleados públicos que queda para cumplir con los requisitos de la Directiva 1999/70/CE, e imponer la indispensable sanción.

No es obstáculo a la transformación en fijos el hecho de que según la STJUE de 19 de marzo de 2020, la cláusula 5 del acuerdo marco no tenga eficacia directa

Frente a ello, no cabe oponer que la Cláusula 5 no tiene eficacia directa y no obliga a un Tribunal a abstenerse de aplicar una norma nacional que no es conforme con la cláusula 5, como declara el TJUE en su sentencia de **19 de marzo de 2020**, apartado 125:

Dos reflexiones debemos hacer en relación con este apartado:

- a) Una, que en este apartado, el Tribunal se limita a declarar que la cláusula 5 no obliga a abstenerse de aplicar una norma nacional que no es conforme con la Directiva. Pero, como es obvio, no prohíbe abstenerse de aplicar esta norma si, el Estado miembro, incumpliendo la Directiva, no ha establecido una sanción para compensar a las víctimas de los abusos en el sector público.
- b) Otra, que, como tiene dicho el TJUE, la libertad de elección de los procedimientos destinados a garantizar la aplicación de la Directiva 1999/70, no menoscaba la obligación de los Estados miembros de adoptar en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la Directiva, correspondiendo a las autoridades nacionales asegurar la protección jurídica que se deriva para los ciudadanos europeos de la misma y garantizar su pleno efecto, de tal manera que las autoridades nacionales están obligadas, en virtud de los artículos 10 de la CE y 288 TFUE y de la propia Directiva 1999/70, a adoptar todas las medidas generales y particulares apropiadas para alcanzar el objetivo contemplado por dicha Directiva, consistente en evitar el recurso abusivo a contratos de duración determinada, y evitar la precarización de la situación de los trabajadores públicos (vid. **STJUE de 15 de abril de 2008, caso Impact, asunto C268/06, prados 40, 41, 42 y 90**).

Esto sentado es llano, que la no eficacia directa de la Directiva no impide transformar en empleado públicos fijos a los temporales víctimas de un abuso.

PRIMERO- Porque el TJUE se refiere en estos apartados de su sentencia de 19 de marzo de 2020, para apoyar esa negación de efecto directo, a la STJUE de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, que se ocupa únicamente a las medidas de prevención para evitar los abusos futuros, en cuanto que la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, anexo a la directiva 1999/70/CE da libertad a los Estados miembros para determinar la medida preventiva aplicable.

Sin embargo, junto a las medidas preventivas contempladas en la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, en su apartado 2, la cláusula 5 regula las medidas sancionadoras, una

vez producido el abuso. Y estas medidas sancionadoras sí tienen eficacia directa y su imposición es obligatoria para las autoridades de los Estados miembros.

Así, una vez producido un abuso incompatible con la Directiva 1999/70, el TJUE tiene dicho que la Directiva impone a los Estados miembros la obligación "*indispensable*" - no opcional- de "*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*" (vid. **STJUE del 19 de marzo de 2020, apartado 88, o del 21 de noviembre de 2018, apartado 88**).

El TJUE no habla de potestad, ni de posibilidad, ni de conveniencia, ni de discrecionalidad, sino que tajantemente afirma que ante el abuso es "*indispensable*" - y no cabe otra opción- que adoptar alguna medida.

Y en cuanto a la indispensable imposición de una sanción, la cláusula 5 del Acuerdo marco sí tiene eficacia directa, de tal forma que como dice el **TJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C 184/15 y C 197/15**

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 de marzo de sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada

SEGUNDO- Porque como dice la propia **Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, apartado 58**, las autoridades nacionales, en ningún caso pueden poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, ni ejercitar sus facultades de tal modo que se llegue a una situación en que se pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario a dicho objetivo.

Por ello, ante un abuso contrario a la Directiva, como tiene dicho el TJUE (por todas **STJUE de 19 de marzo de 2020, apartado 87**), "*es indispensable 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*"

Y cuando un Estado miembro, incumpliendo la Directiva, no ha establecido medida sancionadora en el sector público para dar cumplimiento a la Directiva, no cabe como dice el **TJUE en su sentencia el 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17**, sino la "*recalificación automática de los contratos temporales abusivos en contratos de duración indefinida, si la relación laboral persiste pasada una fecha precisa*",

precisamente porque “no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione los abusos constatados en este sector” y ello, aunque la normativa interna prohíba la transformación en fijos.

Por ello, como tiene dicho TJUE (vid. TJUE sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, Apartado 106; Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado, apartado 42; y Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41) y reconoce la propia sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 87, para que pueda operar una norma que imposibilite la transformación en fijo de los contratos de duración determinada, es indispensable que el Estado miembro del que se trate, cuente con otras medidas efectivas para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada; medidas que no existen en nuestro país.

La propia STJUE de 19 de marzo de 2020, refuerza la vigencia de esta excepción y de su doctrina anterior, en su apartado 87, cuando afirma que:

87. Así, 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. No obstante, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (véase, en este sentido, la sentencia de 14 septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C 184/15 y C 197/15, EU:C:2016:680, apartados 39 y 41 y jurisprudencia citada).

Nótese que este apartado de la STJUE de 19 de marzo de 2020, cita los apartados 39 y 41 de la sentencia de 14 septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, que establecen los siguiente:

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.

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).

Luego la propia STJUE de 19 de marzo de 2020, reconoce la plena vigencia de su doctrina anterior

Por consiguiente, la regla general según la cual Cláusula 5 no tiene eficacia directa y no obliga a un tribunal a abstenerse de aplicar una norma nacional que no es conforme con esta cláusula 5, tiene una excepción en el caso de que un Estado miembro, para incumplir el Directiva no haya establecido una sanción adecuada en garantía en cumplimiento de esta Cláusula 5 en el sector público, en cuyo caso las autoridades nacionales no podrán ampararse en que la normativa nacional prohíbe la transformación de las víctimas del abuso en empleados fijos, toda vez que 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 -léase, del sector público-, 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 (TJUE en su sentencia el 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17 apartado 60).

TERCERO- Porque lo que prohíbe la normativa nacional es obtener la condición de funcionario de carrera o de estatutarios fijo o laboral fijo si no se ha superado un proceso selectivo (vid. arts 62 y concordantes del EBEP). Pero es que:

- A. Uno, todo el personal temporal del sector público ha superado un proceso selectivo, celebrado con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, publicidad y libre concurrencia, toda vez que tal y como se desprende de los arts. 10.2 y 61.7 del EBEP.
 - Por un lado, los empleados públicos interinos/temporales deben reunir los mismos requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas al personal fijo o de carrera para ocupar las plazas vacantes.

- Y por el otro, la selección del personal interino/temporal se realiza a través de bolsas a las que se accede por oposición o por concurso de méritos, en los que se garantiza el respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Por lo tanto, no se puede decir al mismo tiempo que se contrata a los funcionarios interinos con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y afirmar después lo contrario, para negarles la posibilidad de conversión de la relación temporal en fija.

Tanto más cuanto lo que exige la Constitución, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, es que tanto las pruebas, como los sistemas de selección en las que se desarrollan, se realicen por un proceso que garantice los principios constitucionales. El mérito y la capacidad tienen así que ver con la adecuación entre las pruebas a superar y las funciones o tareas a desempeñar, y no con el grado de dificultad del sistema selectivo elegido, que, como ha reiterado la doctrina del TJUE, ésta es una cuestión irrelevante por subjetiva, puesto que tanto se cumple con el art 23 CE cuando el acceso se produce a través de una oposición, como cuando la forma de acceder es un concurso público de méritos, pues en ambos casos, en régimen de igualdad y libre concurrencia, solo los que acrediten más mérito y capacidad acceden al sector público.

Como dicen **las sentencias de 28 junio 2018, de 7 de noviembre de 2019 y de 13 de marzo de 2020, del TSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), recaídas en los recursos de suplicación 1102/2018 (que es firme) y 2079/2019**, 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 pues

“si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público -y sí la figura del indefinido no fijo- es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo. 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 (...).

(...) Y reiteramos, no es esta la situación que ahora nos ocupa ya que sí ha habido un proceso selectivo por lo que ha de operar la sanción, frente a la contratación fraudulenta, con toda contundencia, y reconocer a los actores la condición de personal laboral fijo”.

Este pronunciamiento ha sido en gran medida reiterado en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se pronunció con ocasión de los recursos deducidos en materia de integración en la Administración General de Comunidad Autónoma de Andalucía y otros entes instrumentales del sector público andaluz del personal procedente de entidades instrumentales suprimidas en aplicación de la Ley 1/2011, de Reordenación del Sector Público Andaluz.

Sobre esta materia el TS hizo dos pronunciamientos fundamentales: Que la integración referida no afectaba al derecho de acceso a la función pública de acuerdo con los principios de publicidad, igualdad mérito y capacidad, puesto que el personal integrado ya revestía la condición de empleados públicos, por lo que había superado un proceso selectivo; Y que la integración no vulneraba el derecho a la promoción profesional de los empleados públicos, en tanto que esa afectación o lesión sería, en su caso, puramente eventual y futura.

Así, la STS de 2 de octubre de 2013 (RJ 2013, 6602) razonó:

“Además, de ningún modo pueden, disposición adicional segunda incluida, afectar al derecho al acceso a la función pública de quienes recurrieron en la instancia pues ya forman parte de ella bien como funcionarios, bien como personal laboral. No es una obviedad, por otro lado, establecer expresamente que ese personal de los entes instrumentales suprimidos que se integra en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo solamente podrá pasar a la función pública de la Administración General de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos (...).

En fin, de nuevo hay que coincidir con el Ministerio Fiscal cuando indica que la integración dispuesta por la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, en estricto cumplimiento de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, no supone por sí misma ninguna lesión concreta y actual de ese derecho a la promoción profesional de los actores en la instancia sino, en todo caso, eventual y futura pues no sólo no hace empleados públicos a quienes no lo fueran ya sino, también, porque no implica ninguna actuación dirigida a sustraerles puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar.

A idéntica conclusión se llegó en las STS de 25 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3225), rec. de casación 1197/2012 y 1326/2012 (RJ 2013, 3018) desestimatorias de los recursos formulados contra sentencias desestimatorias dictadas por la Sala de

Málaga del TSJ Andalucía frente a las impugnaciones contra el decreto 92/2011 de 19 de abril.

- B. Dos, aquí el personal temporal no solo solicita su transformación en funcionarios de carrera, sino que alternativamente, con carácter subsidiario, *-y por tanto, para el caso de que sea desestimada su pretensión anterior-*, también interesa que se proceda a su nombramiento como empleados públicos equiparables a los funcionarios de carrera comparables, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad, también en cuanto a las causas de cese y extinción en el empleo, y alternativamente a lo anterior, que se declare su derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña, con los mismos derechos y con sujeción al mismo de régimen de estabilidad e inamovilidad que rigen para los funcionarios de carrera comparables.

Y no hay ninguna norma nacional que prohíba su nombramiento como equiparables a los fijos o de carrera y/o titulares de la plazas que ocupan, con sus mismos derechos y condiciones de trabajo, por lo que el principio de interpretación conforme obliga a estimar esta pretensión subsidiaria, pues la normativa nacional lo único que prohíbe es adquirir la condición de funcionario de carrera, si no ha superado un proceso selectivo *ad hoc*, pero no prohíbe que, sin nombrarles funcionarios de carrera, se les reconozcan los mismos derechos a estabilidad que a los funcionarios de carrera comparables, sujetándolos a las mismas causas y requisitos para el cese que a estos últimos, deviniendo aplicable lo que dictamina la **STJUE 19 de marzo de 2020**, apartados 86 y 124, a cuyo tenor:

124. El principio de interpretación conforme exige sin embargo que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta.

CUARTO- Porque la propia **sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020**, admite que la estabilidad en el empleo y la aplicación al empleado público temporal objeto de un abuso de las mismas condiciones de trabajo que el personal fijo o de carrera--incluyendo la inamovilidad y la aplicación de las mismas causas y requisitos para su cese- es la sanción que procede en nuestro país, al negar en su apartado 102 que la figura del indefinido no fijo cumpla con la Directiva, ya que *“no se les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal fijo”*, esto es, porque no se les sujeta a las mismas condiciones de cese, ya que el indefinido no fijo, como el temporal, cesa cuando se amortiza su plaza o se provee con un empleado fijo.

Por lo tanto, la misma sentencia de 19 de marzo está reconociendo que la aplicación de la misma estabilidad en el empleo -en cuanto condición de trabajo-, a la víctima de un abuso que la que disfruta un empleado público fijo/de carrera comparable y por tanto, su misma fijeza o inamovilidad -entendida como sujeción a las mismas causas de cese-, es el resultado que impone la Directiva 1999/70 como requisito para que se tenga por efectivamente cumplida la cláusula 5 de su Acuerdo marco, y ello aunque la normativa interna nacional lo prohíba

En consecuencia, el hecho de que el Estado no haya aprobado las medidas legislativas pertinentes para ajustar la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE, no libera a las autoridades nacionales de su obligación de garantizar la consecución de los objetivos y el efecto útil de esta Directiva, y por tanto, ante esta situación de abuso incompatible con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, de adoptar las medidas pertinentes para sancionar el abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de esta Norma comunitaria, por aplicación de los principios de prevalencia, de aplicación directa, de efecto útil, de cooperación leal y de seguridad jurídica que adornan y en los que se basan el Derecho de la Unión, deviniendo aplicable la doctrina del TJUE (vid. TJUE sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, Apartado 106; Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado apartado 42; y Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41), según la cual: “*el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador*” y deben considerarse abusivos.

VI.-

SOLO MEDIANTE LA TRANSFORMACIÓN DE LA RELACIÓN TEMPORAL EN UNA RELACIÓN FIJA IDÉNTICA O EQUIVALENTE A LA DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA COMPARABLES, SUJETÁNDOLA A LAS MISMAS CAUSAS Y A LOS MISMOS REQUISITOS PARA EL CESE EN EL PUESTO DE TRABAJO, SE GARANTIZAN LOS OBJETIVOS Y EL EFECTO ÚTIL DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

En efecto, solo mediante la transformación de la relación temporal-interina abusiva y fraudulenta en una relación fija o equivalente, reconociendo al temporal/interino su derecho al mantenimiento de su puesto de trabajo, se da cumplimiento a lo que ordena y manda la Directiva Comunitaria 1999/70/CE, que resumen las **Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, recaída en los asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 38,**

y de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartado 87, afirmando lo que sigue:

38. *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. 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».*

Desmenucemos este pronunciamiento del TJUE:

1. Primeramente, nos enseña que ante un abuso “es *indispensable poder aplicar alguna medida*”.

El TJUE no habla de potestad, ni de posibilidad, ni de conveniencia, ni de discrecionalidad, sino que tajantemente afirma que ante el abuso es “*indispensable*” -y no cabe otra opción- que adoptar alguna medida.

Por lo tanto, no hay excusa -ni puede haberla-, para que las autoridades nacionales, administrativas o judiciales, no apliquen medidas en caso de abuso en la relación temporal sucesiva, toda vez que su adopción es “*indispensable*”.

2. No cabe adoptar cualquier medida, sino que las medidas sancionadoras a adoptar deben cumplir tres requisitos:

- a) Uno, “que presente *garantías de protección a los trabajadores efectivas y equivalentes*”.

Y la protección de los empleados públicos temporales para evitar y superar esta situación de abuso en la temporalidad no puede ser otra que la estabilidad en el empleo, pues como declara el TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asunto C-16/15, Apartados 27 y 48, “*El derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores*”, de tal forma que “*los contratos de duración indefinida deben constituir la forma más común de relación laboral*”.

- b) Otro, “que tenga por objeto *sancionar debidamente dicho abuso*”.

La medida a adoptar debe tener carácter sancionador -y disuasorio- para la

Administración empleadora que incumple la Directiva, en cuanto ha abusado de la relación temporal sucesiva (“*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*”), y que por tanto, no puede obtener ventajas de su propio comportamiento ilegal.

La sanción nunca puede ser el cese del empleado público víctima de este abuso, ni dejarlo en la misma situación irregular abusiva, destinándolo bajo el ropaje de una supuesta interinidad inexistente, a cubrir necesidades que, de hecho, no son provisionales o extraordinarias, sino ordinarias, duraderas, estructurales y permanentes-perpetuándolos en el abuso-, pues en tal caso, no solo se infringe la Directiva 1999/70/CE, sino que el sancionado no sería la Administración empleadora-causante y autora del abuso y del fraude-, sino el empleado/víctima del abuso.

- c) Y que sirva para “eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión”.

La infracción que hay que eliminar es el abuso en la utilización de nombramientos temporales para atender necesidades que son realmente permanentes, estructurales y estables, no provisionales ni coyunturales.

Y esta infracción solo se elimina haciendo desaparecer esta temporalidad abusiva y fraudulenta, transformándola en una relación estable, permanente e indefinida, acorde con los servicios ordinarios, permanentes y estables realmente prestados, poniendo fin al abuso en la contratación temporal incompatible con el Acuerdo marco, y haciendo efectivo el principio comunitario de que los contratos indefinidos constituyen la forma más común de relación laboral.

- 3.** Y que, ante el abuso, “los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por dicha Directiva”.

Que no son otros que los de proteger a los trabajadores -léase, a los empleados públicos-contra la inestabilidad y precariedad en el empleo, y garantizar el principio que establece que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-15/16 y acumulados C-184/15 y C-194/15).

Y solo se garantizan estos derechos y se obtienen los resultados de la Directiva, y se disuade a la Administración empleadora de que continúe con esta forma de contratar y renovar a su personal público -fomentando que la Administración convoque a partir de ahora procesos selectivos, con la periodicidad necesaria para evitar estas

situaciones de abuso de interinidad-, mediante la transformación de la relación temporal en una relación funcional estable y fija, idéntica o equiparable a la de sus homónimos funcionarios de carrera.

VII.-

SUBSIDIARIA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CLÁUSULA 4 DEL ACUERDO MARCO: RECONOCIMIENTO A LAS VÍCTIMAS DE UN ABUSO DE LOS MISMOS DERECHOS QUE A SUS HOMÓLOGOS FUNCIONARIOS DE CARRERA: SUJECCIÓN A LAS MISMAS CAUSAS DE CESE EN EL PUESTO DE TRABAJO QUE EL PERSONAL FIJO DE CARRERA.

El reconocimiento del derecho a estabilidad y a ser mantenido en su puesto de trabajo que tras prolongados períodos de servicios continuados- ostenta el personal interino , es una consecuencia que viene impuesta también por aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación que proclama la cláusula 4 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Recordemos, en esa línea argumental, que el TJUE tiene declarado:

- Que la cláusula 4 del Acuerdo marco tiene por objeto “*impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contratos indefinidos o fijos*”, y esta cláusula expresa “*un principio de Derecho Social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva.*” (vid. **Auto TJUE del 21 de septiembre de 2016, asunto C631/15, caso Álvarez San Tirso, apartado 32 y 33**).
- Que las condiciones relacionadas con la extinción de la relación de empleo y los requisitos de finalización de un contrato de trabajo forman parte de las “condiciones de trabajo” incluidas en la cláusula 4 del Acuerdo marco (vid. **SSTJUE del 13 de marzo de 2014, asunto C38/13, caso Nierodzik**, apartados 27 y 29; y **de 14 de septiembre de 2016 asunto C-596, caso Ana de Diego Porras** apartados 30 y 31) declarando estas sentencias que: “*una interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco que excluyese los requisitos de finalización o las condiciones de resolución de un contrato de duración determinada de la definición del concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de esta disposición equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el ámbito de aplicación de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones*”.

Por ello, ante una situación de abuso que vulnere la norma comunitaria, no cabe sino aplicar, como sanción al abuso, con efecto inmediato, la Cláusula 4 del Acuerdo marco, que prohíbe toda discriminación y desigualdad de trato entre los interinos y sus homónimos funcionarios fijos comparables, y por lo tanto, aplicar a este personal víctima de un abuso los mismos derechos y las mismas condiciones de trabajo que rigen para éstos últimos -y las causas, condiciones y requisitos para el cese, según el TJUE, también son “condiciones de trabajo” a las que hay que aplicar la Cláusula 4 del Acuerdo marco-, de tal forma que debe sujetarse a este personal a los mismos requisitos, causas, condiciones y procedimientos para el cese en sus puestos de trabajo que rigen para los homólogos funcionarios fijos/de carrera esto es, a las que se establecen para los funcionarios de carrera en el RDL 5/2015, básico del Empleado público (EBEP).

En definitiva, si los funcionarios interinos, con infracción de la Directiva 1999/70/CE:

- desempeñan los mismos puestos de trabajo, con las mismas funciones, deberes y tareas, y con las mismas responsabilidades que los homólogos funcionarios de carrera;
- y atienden durante prolongados períodos de tiempo (35, 34, 33, 32, 31, 30, 29, 28, 27, 26, 25, 24, 23, 22, 21, 19, 18, 17, 16, etc. años) a necesidades de carácter ordinario, duradero, estable y estructural, con la permanencia propia del personal fijo o de carrera, acreditando mérito, capacidad e idoneidad;

Lo que procede es que sea tratado de la misma manera que los funcionarios de carrera fijos comparables, aplicándoles el mismo régimen que a éstos últimos, y por tanto, sujetándolos a las mismas causas, condiciones y requisitos de cese en el puesto de trabajo y de extinción de la relación de empleo que rigen para los funcionarios de carrera fijos comparables. Esto es, que se les trate como lo que realmente son, como empleados públicos que han venido atendiendo durante más de 35, 34, 33, 32, 31, 30, 29, 28, 27, 26, 25, 24, 23, 22, 21, 19, 18, 17, 16, etc años necesidades permanentes, ordinarias y estables, acreditando mérito, idoneidad y capacidad, sin discriminación alguna respecto a los funcionarios de carrera comparables, pues:

- Por un lado, solo así se sanciona el abuso en la relación temporal, y se eliminan las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión (**Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, recaída en los asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 38**);
- Por otro lado, solo así se cumple el objetivo del Acuerdo marco de mejorar la calidad de trabajo de duración determinada, evitando la precariedad y garantizando la estabilidad en el empleo del personal publico temporal interino objeto de un abuso en su relación temporal sucesiva, impidiendo que la Administración pueda seguir utilizándolos para privarles de los derechos que son propios de los

funcionarios fijos de carrera, que es el objetivo básico de la Directiva 1999/70/CE (Vid STJUE de 9 de julio de 2015, Asunto C-177/14, Apartados 40 y 41).

- Además, solo así, se evita perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para funcionarios estatutarios temporales, que “*privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70/CE*” (TJUE de 18 de octubre de 2012, asunto Rosanna Valenza, C-302/11, apartado 52).
- Y finalmente, solo así se cumple el objetivo de la Directiva de *impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por una Administración empleadora para privar a sus funcionarios temporales de derechos reconocidos a los funcionarios fijos o de carrera, aunque aquellos sean nombrados y renovados para atender las mismas necesidades ordinarias y permanentes que éstos últimos* (vid. Auto TJUE del 21 de septiembre de 2016, asunto C631/15, caso Álvarez San Tirso, apartado 32 y 33).

Insistimos, en esta línea argumental, que el **TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, recaída en el Asunto C-16/15**, (igual que en su sentencia del 13 de marzo de 2014, asunto C38/13, apartado 27 y 29), incluye dentro del concepto de “condiciones de trabajo” a las que se aplica el principio de igualdad de trato y no discriminación entre empleados públicos temporales y fijos, los requisitos, causas y condiciones de finalización de la relación estatutaria y la indemnización correspondiente.

Y recordemos:

- *Que el principio de no discriminación confiere a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal, que obliga a los órganos jurisdiccionales a abstenerse de aplicar normas nacionales incompatibles con dicho principio, sin que los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni la posibilidad de que el particular que se considere lesionado por la aplicación de una norma nacional contraria al derecho de la Unión reclame la responsabilidad del Estado miembro de que se trate por infracción del derecho de la Unión, puede hacer que se cuestione dicha obligación* (TJUE de 19 de abril de 2016, asunto Dansk Industri, apartado 47).
- *Que la prohibición precisa impuesta por la Cláusula 4 del Acuerdo Marco no necesita la adopción de ningún acto de las instituciones de la Unión, y no confiere, en modo alguno, a los Estados miembros la facultad de condicionar o de restringir, al adaptar el Derecho interno a dicha disposición el alcance de la prohibición de discriminación, que impone en materia de condiciones de trabajo* (TJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto Gavieiro, C-444/09, apartado 79).

IX.-

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 1425/2018 Y Nº 1426/2018, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018, CONFIRMAN, QUE SOLO MEDIANTE LA TRANSFORMACIÓN DE LA RELACIÓN TEMPORAL EN UNA RELACIÓN FIJA IDÉNTICA O EQUIVALENTE A LA DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA, SUJETÁNDOLA A LAS MISMAS CAUSAS Y A LOS MISMOS REQUISITOS PARA EL CESE EN EL PUESTO DE TRABAJO, SE GARANTIZAN LOS OBJETIVOS Y EL EFECTO ÚTIL DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

(a)

Las **SSTS nº1425/2018 y nº 1426/2018, de 26 de septiembre**, del Excmo. Tribunal Supremo -una vez que constatan la existencia de un abuso en la contratación temporal de un funcionario público incompatible con la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo marco-, contienen dos pronunciamientos que indudablemente arrojan luz sobre la sanción que corresponde aplicar en nuestro país ante estos abusos en la contratación temporal sucesiva de personal estatutario temporal por parte de las Administraciones Públicas españolas.

1) **La primera** de estas aseveraciones -ya citada-, es la de que en España una eventual indemnización económica no es una medida de protección de los empleados públicos que cumpla con los requisitos de la cláusula 5 del Acuerdo marco, en tanto que, como razona nuestro Tribunal Supremo (vid. página 46 de la sentencia nº 1425 y página 48 de la sentencia nº 1426) “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”.

2) **La segunda**, que el Tribunal Supremo en estas Sentencias (vid. página 47 de la sentencia nº1425 y página 49 de la sentencia nº1426), falla que la indemnización prevista para el personal laboral privado en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores no rige y no puede aplicarse al personal funcional sujeto al derecho administrativo, diciendo el Alto Tribunal que: “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”.

(b)

En todo lo demás, los pronunciamientos contenidos en estas sentencias del TS, no pueden ser compartidos.

Partiendo del máximo respeto y consideración que nos merecen siempre las resoluciones del Excmo. Tribunal Supremo, sin embargo, debemos manifestar respetuosamente nuestra discrepancia en el presente caso con las conclusiones que alcanza en estas sentencias, pues en nuestra opinión -y por supuesto, respetando siempre la de nuestro más Alto Tribunal-, las decisiones adoptadas en estas sentencias son incompatibles con la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo marco, toda vez que la medidas por las que se inclina nuestro Tribunal Supremo, no presentan garantías de protección de los empleados públicos efectivas y equivalentes acordes con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, ni sancionan debidamente el abuso producido, ni producen el efecto de eliminar las consecuencias de la infracción detectada, y desde luego, no garantizan los resultados fijados por la Directiva.

a) En primer lugar, porque lo que hace el Excmo. Tribunal Supremo en estas sentencias es perpetuar, de hecho, a los funcionarios públicos en la precariedad en el empleo, manteniéndolos precariamente en sus puestos de trabajo, en régimen de temporalidad abusiva, hasta que la Administración empleadora, en los términos de los arts. 9.3 de la Ley 55/2003 y 10 del EBEP, determine si existe una necesidad estructural que le obliga a proveer la plaza servida por el funcionario temporal con un empleado público fijo o de carrera, convocando entonces el procesos selectivo correspondiente para cubrir su plaza con un funcionario de carrera.

Con ello, lo que el Excmo. Tribunal Supremo hace es perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para dichos funcionarios públicos que se encuentran en una situación de abuso en la temporalidad sucesiva, y en lugar de mejorar la calidad del trabajo y la protección de estos empleados públicos temporales, se infringe el objetivo y la premisa en la que se basa el Acuerdo marco, a saber que "*los contratos de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral*", sin adoptar medida alguna de protección de los funcionarios objeto de un abuso incompatible con el Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70, pese a que estas sanciones son "*indispensables*".

b) **En segundo lugar**, porque esta doctrina del Tribunal Supremo es incompatible con dictaminado por **la STJUE de 19 de marzo de 2020**, en la que el Alto Tribunal Europeo declara que los procesos selectivos, de consolidación y de estabilización -a los que abocan esta sentencias- no son una medida sancionadora acorde con la Directiva, entre otras razones, porque su aplicación no tendría efectos negativos para ese empleador, indicando la sentencia que, para que estos procesos selectivos tuvieran contenido sancionador y fueran acordes con la Directiva, tendrían que ser restringidos, sin que pudieran participar los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso (vid. apartados 97 a 101 de la sentencia).

c) **En tercer lugar**, porque las sentencias del TS -dicho sea con todo respeto- confunden lo que son las medidas de prevención para evitar el abuso en la contratación temporal sucesiva, que se contemplan en la cláusula 5.1, del Acuerdo marco, con lo que

son las medidas sancionadoras, una vez que los abusos se han producido, establecidas en particular en la cláusula 5.2 del Acuerdo marco.

Es evidente que los artículos 9.3 de la Ley 55/2003 y el art. 10.1 del EBEP, en cuanto obligan a estudiar la existencia de una necesidad estructural y la conveniencia de proveer esta necesidad con un empleado estatutario fijo o de un funcionario de carrera, son medidas eficaces para prevenir y evitar en el futuro los abusos en la contratación temporal sucesiva, siempre y cuando se respeten los plazos máximos que establece la normativa nacional para proveer la plaza con un empleado fijo de carrera y no se dé lugar abuso con la contratación temporal sucesiva.

Pero estas normas no son medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada una vez que el abuso se ha producido, pues (i) por un lado, ninguna pena, gravamen o consecuencia desfavorable resulta de estas medidas para la Administración empleadora que la “disuada” de seguir actuando irregularmente, abusando de la contratación sucesiva, ya que no se vería presionada o forzada para modificar su forma de actuar y podría seguir *in eternum* manteniendo en un régimen de precariedad en el empleo a sus empleados públicos temporales, simplemente, no realizando los estudios que propone el Tribunal Supremo, destinando al personal temporal publico mientras tanto a tender de hecho necesidades duraderas, estables y permanentes; (ii) y, por otro lado, porque de estas medidas no se deriva ningún beneficio que proteja al empleado público y lo compense por los perjuicios y la falta de protección que ha sufrido a consecuencia de la violación sistemática de sus derechos, manteniéndolo en un régimen de precariedad en el empleo que conlleva precariedad en la vida personal y familiar, y que impide la consecución de los objetivos de la Directiva.

d) Y en cuarto lugar, porque no pueden invocarse por la Administración empleadora, las sentencias del TS de fecha 26 de septiembre de 2018, nº 1425 y 1426/18, en tanto en cuanto que esta doctrina del TS, se ha demostrado contraria a la Directiva 1999/70 a la vista de los pronunciamientos posteriores del TJUE, en concreto, de lo razonado por el TJUE en tres sentencias que nos parecen de una relevancia singular:

1. Uno, las sentencias TJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, apartados 94 y 95, y de 22 de Enero de 2020, asunto Baldonado, apartados 61 a 63; en cuanto que estas sentencias declaran que las únicas indemnizaciones previstas en nuestro país, que pudieran ser configuradas como una sanción, que son las recogidas en los arts. 49 y ss. del Estatuto de los Trabajadores para el caso de despido improcedente de los trabajadores privados, no son conformes con la Directiva 1999/70/CE, pues no están configuradas como una medida sancionadora específica para garantizar la estabilidad en el empleo que persigue esta Directiva.

Y esto es también aplicable a la indemnización prevista con carácter general para los casos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en los art. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, porque estas indemnizaciones, como las del Estatuto de los Trabajadores, son independientes de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización del contrato de duración determinada.

2. Otra, la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Gioseppa Santoro (apartado 52), en la que el TJUE vuelve a insistir en que para sancionar el abuso en la temporalidad en el sector público no basta con la concesión de una indemnización comprendida entre 2.5 y 12 mensualidades de la última retribución del empleado público, y con una compensación adicional por pérdida de oportunidades de encontrar un empleo, sino que para que la medida sancionadora cumpla con los requisitos del Acuerdo marco, es necesario *"que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio adicional"*, consistentes en un sistema de multas a imponer a la autoridades responsables de estos abusos, consistentes en el caso italiano, en el reembolso de los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido, en la pérdida de complementos salariales y en la imposibilidad de poder llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción.

Multas que, como la indemnización, tampoco existen en nuestro país.

3. La tercera, la sentencia TJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, caso Martina Sciotto, en cuanto que establece que la cláusula 5 del acuerdo marco del Directiva 1999/70 imposibilita que en el sector privado de las relaciones laborales el abuso sea sancionado mediante la recalificación automática del contrato temporal en un contrato fijo o indefinido y que, por el contrario, esta recalificación se prohíba en el sector público, cuando, en este sector como ocurre en España, no existe ninguna sanción para reprimir los abusos constatados en la temporalidad sucesiva.
4. Y la última, la reciente sentencia TJUE DE 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, en cuanto que declara que ni los procesos lectivos y de estabilización ni la figura del indefinido no fijo, ni las indemnizaciones que nos están específicamente previstas para sancionar los abusos o no sean proporcionadas, efectivas o disuasorias, pueden ser entendidos como medidas sancionadoras acordes con la Directiva 1999/70.

Más aun:

El TJUE en esta sentencia de 19 de marzo de 2020, tampoco acepta la solución propuesta por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de septiembre de 2018, pues, pese a que estas sentencias del TS fueran invocadas por la Abogada General

de la UE en sus conclusiones escritas, la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, no la recoge como una solución que pueda ser considerada una sanción proporcional, efectiva y disuasoria para reprimir el abuso en la temporalidad y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que la solución que recoge el TS deja en manos de la Administración infractora, la voluntad en la decisión y el cumplimiento de los plazos legales y, además, la propia STJUE declara que los procesos selectivos a los que avoca la STS de 26 de septiembre de 2018, no son una medida sancionadora acorde con la Directiva 1999/70/CE.

X.-

NI LA NORMATIVA INTERNA, QUE PROHÍBE ESTABILIDAD A QUIENES NO HAN SUPERADO UN PROCESO SELECTIVO POR OPOSICIÓN, NI LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD PUEDEN SER UN OBSTÁCULO PARA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE.

Frente a todo ello, no cabe invocar el argumento, de que la normativa interna únicamente admite la oposición como mecanismo para obtener la condición de funcionario de carrera, ni acudir a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para no sancionar el abuso incompatible con la Directiva 1999/70/CE.

PRIMERO.- Porque si la norma o la jurisprudencia comunitaria establecen que ante la inexistencia de medidas efectivas sancionadoras en el sector público español, se impone forzosamente la transformación de la relación temporal sucesiva en una relación fija, idéntica o equiparable a la de los homónimos funcionarios de carrera comparables, debe aplicarse esa normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, con carácter prioritario o preferente sobre cualquier norma interna, incluso sobre el art. 23 CE, que es el que consagra a nivel constitucional los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, en cuanto que la 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 lo expresa la **Sentencia del TJUE, de fecha 26 de febrero de 2013, Asunto C-399/11, en cuyo Apartado 59**, diciendo:

“En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del Ordenamiento Jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional aún si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado”.

E, insistimos en que si un Estado miembro, infringiendo la Directiva 1999/70, no ha establecido en el sector público una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, no cabe sino transformar en un contrato fijo o por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, aunque la normativa nacional lo prohíba (vid. **STJUE de 25 de octubre de 2018, Asunto C-331/17, Apartado 60**, y las que en ella se citan).

SEGUNDO. Porque la selección de los funcionarios interinos/temporales, se realiza a través de un proceso selectivo, celebrado con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, publicidad y libre concurrencia, toda vez que tal y como se desprende del art 10.2 EBEP y 23 CE:

- Por un lado, los empleados públicos interinos/temporales deben reunir los mismos requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas a los funcionarios fijos de carrera para ocupar las plazas vacantes.
- Y por el otro, la selección del personal interino/temporal se realiza a través de bolsas a la que se accede por oposición o por concurso de méritos, en los que se garantiza el respeto a los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia.

Como hemos dicho antes, queda así garantizado por Ley, que el acceso a la Función Pública del personal temporal se ha producido con pleno respeto a los principios constitucionales contenidos en el art. 23 de la Constitución Española.:

a) En primer lugar, porque como hemos dicho antes, el personal interino accede a la Función Pública a través de procesos selectivos, en los que se valoraron y examinaron, en régimen de libre concurrencia, sus méritos académicos y profesionales y su experiencia, con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad y libre concurrencia, por lo que no se podría oponer lo contrario para negar la posibilidad de conversión de la relación temporal en fija, pues ello sería contradictorio.

Tanto más cuanto lo que exige la Constitución, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, es que tanto las pruebas, como los sistemas de selección en las que se desarrollan, se realicen por un proceso que garantice los principios constitucionales. El mérito y la capacidad tienen así que ver con la adecuación entre las pruebas a superar y las funciones o tareas a desempeñar, y no con el grado de dificultad del sistema selectivo elegido, que ésta es una cuestión irrelevante por subjetiva, puesto que tanto se cumple con el art 23 CE cuando el acceso se produce a través de una oposición, como cuando la forma de acceder es un concurso público de méritos, pues en ambos casos, en régimen de igualdad y libre concurrencia, solo los que acrediten más mérito y capacidad acceden al sector público.

- b) **En segundo lugar**, porque en el caso del personal interino, ya ostenta la condición de empleado público, en la categoría de funcionario interino, pues habría superado procesos selectivos conforme exige la Constitución y la Ley, y reuniría los requisitos para ejercer las potestades públicas que ha venido realizando, por lo que no se le puede exigir que supere un nuevo proceso selectivo para adquirir la condición de funcionario de carrera para ocupar el mismo puesto que viene desempeñando –demostrando su capacidad y valía- durante años, por el hecho de que la Administración haya acordado una duración temporal de su nombramiento, aun cuando no concorra la naturaleza ordinaria no provisional de las necesidades a cubrir; y además, la empleadora haya incumplido con su obligación legal de proveer las plazas con funcionarios de carrera en los plazos que marca la Ley interna, incluyendo la plaza vacante en la oferta pública del año de nombramiento del funcionario temporal o, si no fuera posible, del año siguiente.
- c) **En tercer lugar**, porque la inamovilidad o fijeza en el empleo público no se vincula a la forma de acceso, esto es, no nace del art 23 CE, sino que tiene su razón de ser en el art. 103 CE, que establece que los funcionarios públicos tienen que servir con objetividad e imparcialidad los intereses generales.

En efecto, la inamovilidad o estabilidad en el empleo encuentra su legitimación, cuando unos y otros acceden a la función pública por mérito y en libre concurrencia, como prerrogativa del funcionario público para preservar el ejercicio de las potestades públicas con imparcialidad y objetividad, como ordena y manda el art. 103 de la CE, a efectos de proteger a los funcionarios públicos frente a intereses clientelares, políticos o subjetivos y a las presiones de su Administración empleadora, que puedan afectar a la salvaguardia del interés general, y a su imparcialidad y objetividad.

Es por ello, que la inamovilidad debe aplicarse a todos los funcionarios que realicen las mismas funciones, de tal manera que, si un funcionario interino atiende a necesidades que no son provisionales ni excepcionales, sino que son ordinarias, estables y permanentes, realizando las funciones que son propias de los funcionarios de carrera, debe aplicarse la misma inamovilidad de la que gozan estos últimos, como garantía de que atiende con objetividad e imparcialidad los intereses generales.

- d) **Y en cuarto lugar**, porque que con el nombramiento abusivo y fraudulento de trabajadores públicos temporales, lo que la Administración empleadora hace es eludir la permanencia en el empleo.

Y la sanción aplicable a quien defrauda e incumple la ley, incurriendo en abuso de derecho y fraude de ley, no puede ser otra, como se desprende el art. 6.4 del Código Civil, que la aplicación del régimen jurídico que se ha tratado de eludir, y por tanto, la transformación del funcionario interino víctima de un abuso en un funcionario de

carrera, o equiparable al mismo, con sus mismos derechos y condiciones de trabajo, entre ellas, con su misma estabilidad en el empleo:.

TERCERO: Porque de no proceder la transformación de la relación del personal temporal de larga duración en funcionarios de carrera, procedería su nombramiento como funcionario equiparable a los funcionarios de carrera comparables, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad, también en cuanto a las causas de cese y extinción en el empleo: Y alternativamente procedería declarar su derecho 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 rigen para los funcionarios de carrera comparables.

Y no hay ninguna norma nacional que prohíba su nombramiento como equiparables a los fijos o de carrera y/o titulares de las plazas que ocupan, con sus mismos derechos y condiciones de trabajo, por lo que el principio de interpretación conforme obligaría a entender que la normativa nacional lo único que prohíbe es adquirir la condición de funcionario de carrera si no ha superado un proceso selectivo *ad hoc* (vid. art 62 del EBEP), pero esta normativa no prohíbe que se les dote de estabilidad mediante su nombramiento como como funcionarios equiparables a los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir esa condición, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad, también en cuanto a las causas de cese y extinción en el empleo, y alternativamente a lo anterior, que se declare su derecho 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 rigen para los funcionarios de carrera comparables.

Por esta solución opta:

- a) La **STJUE de 19 de marzo de 2020**, al ocuparse del indefinido no fijo en su apartado 102, declarando que la figura del indefinido no fijo sería una medida sancionadora acorde con la cláusula 5 del Acuerdo marco, si el indefinido no fijo disfrutase de las mismas condiciones de trabajo que los fijos, esto es, si se aplicase las mismas causas de cese -y por tanto la misma estabilidad en el empleo- que a estos últimos.
- b) El **Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 4 de Alicante acaba de dictar sentencia nº252/2020, de fecha de 8 de junio de 2020, recaída en el PA 813/2019**, que 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.

En esta sentencia la Juzgadora declara:

“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”.

Ahora bien, la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº4 no atribuye a la recurrente *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 selectivo, argumentando la sentencia que no existe vulneración de esta norma:

- a) En primer lugar, porque 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) Y, en segundo lugar, 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.
- c) La Sala de los Social del Tribunal Supremo acaba de dictar su **sentencia el 23 de julio de 2020, en la unificación de doctrina 1809/2018**, en la que sostiene que en caso de abuso la sanción debe ser la conversión en indefinido de todo contrato temporal celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, razonando en el FJ Cuarto, apartado 3, lo que sigue:

“3. Pues bien, a la vista de la respuesta del Tribunal de la Unión, no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva. Ciertamente, la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales, 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 tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento. Como hemos indicado, la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnizaron de 12 días”.

CONCLUSIONES

De todo lo anterior se colige:

- 1.- Que en tanto que, incumpliendo la Directiva 1999/70/CE, el Estado no ha traspuesto internamente esta norma comunitaria en el Sector Público y, por tanto, no ha fijado ninguna sanción específicamente prevista para garantizar el cumplimiento de la

Cláusula 5 del Acuerdo marco que cumpla con los requisitos de esta Norma comunitaria, en los supuestos en que se acredite la concurrencia de una situación de abuso, no cabe más opción que aplicar la jurisprudencia del TJUE, de conformidad con la cual, si un Estado miembro, para incumplir la Directiva, no ha fijado una sanción disuasoria y proporcionada en un sector determinado, como es el Sector Público, deben aplicarse las normas de régimen general -en nuestro caso, las contenidas en el art 15 del Estatuto de los Trabajadores-, que regulan las relaciones laborales y sanciona la utilización abusiva de contratos o nombramientos de duración determinada mediante su recalificación automática en contratos o nombramiento fijos o de carrera de duración indefinida, si la relación laboral persiste pasada una fecha precisa, sin que pueda aplicarse la normativa interna que prohíbe esta transformación, ya que para que esta normativa interna y esta prohibición pueda ser considerada conforme con la Directiva 1999/70/CE, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro, en este caso España, debe contar, en dicho Sector Público, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos temporales, que no existe en nuestro país (**vid. Sentencia TJUE sentencia de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, Apartado 106; Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado apartado 42; Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41; y Sentencia de 25 de octubre de 2018, Asunto C-331/17, Apartado 60, 70 y 71).**

2.- Que ello se traduce, en que las autoridades administrativas españolas están obligadas a transformar a los empleados públicos interinos/temporales víctimas de un abuso en su contratación temporal incompatible con la Directiva, en funcionarios de carrera o laborales fijos, según corresponda, o alternativamente, en funcionarios o laborales equiparables a los de carrera o los laborales fijos comparables, en todo iguales a esto últimos, con sus mismos derechos y sujetos a las mismas causa de cese, despido y extinción de la relación empleo que la legislación nacional establece para lo fijos o de carrera comparables y como tales, titulares y propietarios del puesto de trabajo que desempeñan.

3.- Que esta transformación no vulneraría los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Tampoco supondría una vulneración actual del derecho a la promoción profesional de los empleados públicos, sino meramente futura o eventual.

En Madrid, a 15 de septiembre de 2020

Fdo.- Juan José Zabala Guadalupe
(Abogado del Estado excedente)

Fdo.- Jorge Muñoz Cortés
(Magistrado excedente)