



Roj: **AJCA 2/2019** - ECLI: **ES:JCA:2019:2A**

Id Cendoj: **28079450242019200001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **207/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **ANA MONREAL DIAZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid

C/ Gran Vía, 19, Planta 6 - 28013

45041620

NIG: 28.079.00.3-2017/0010842

Procedimiento Abreviado 207/2017

Demandante/s: SINDICATO DE SANIDAD DE MADRID DE LA CGT y SINDICATO ÚNICO DE SANIDAD E HIGIENE DE LA COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO D./Dña. MIGUEL ANGEL SANTALICES ROMERO, GRAL. MARTINEZ CAMPOS, 13 PISO 1º, nº C.P.: 28010 MADRID (Madrid)

Demandado/s: CONSEJERÍA DE SANIDAD

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

Dña. MARIA JESUS RINCON LLORENTE, Letrada de la Admón. de Justicia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de Madrid.

DOY FE: Que en el Procedimiento Abreviado 207/2017 se ha dictado resolución del siguiente tenor literal:

AUTO

En Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil diecinueve.

Vistas por Doña Ana Monreal Díaz, Juez sustituto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 24 de Madrid, las presentes actuaciones en PA 207/2017 seguidas a instancia del letrado Don Miguel Ángel Santalices, en representación del SINDICATO ÚNICO DE SANIDAD E HIGIENE Y SINDICATO DE SANIDAD DE MADRID DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJO, contra la Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de la Salud), dicta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

1. OBJETO DEL LITIGIO Y BREVE RELATO DE HECHOS

En los presentes autos, PA 207/2017, intervienen como parte demandante el SINDICATO ÚNICO DE SANIDAD E HIGIENE Y SINDICATO DE SANIDAD DE MADRID DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJO, y como demandada la COMUNIDAD DE MADRID (Servicio Madrileño de la Salud).

Y es objeto del mismo la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud.



La pretensión contenida en la demanda se ciñe a que se declare la nulidad de la orden y se deje sin efecto en cuanto excluye todo personal que no estuviera vinculado por un nombramiento estatutario conforme el artículo 9.3 del Estatuto Marco.

Se considera que con ello se excluye a todos aquellos trabajadores temporales de distinta naturaleza, que prestaron servicios cubriendo necesidades permanentes del SERMAS, o aquellos trabajadores temporales que cubriendo estas necesidades permanentes, en ese momento no tienen contrato eventual, todo ello contrario, se dice, al acuerdo firmado el 5 de febrero de 2016 de la Mesa sectorial de sanidad.

El derecho comunitario es alegado por la defensa del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), así en el acto de vista con literalidad, tal como queda grabado, se dice: "esto tiene que ver con la sentencia Ana Pérez López, y la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4, y ante el exceso de eventualidad existente en la Comunidad Autónoma de Madrid, se acuerda la transformación de los eventuales en interinos, para ello se negocia con los sindicatos para llevar a cabo esta transformación y estas plazas asignarlas a los que eran eventuales, en privilegio de otros que pueden tener legítimo derecho, y posterior procedimiento de consolidación".

La sentencia a la que se refiere es la ECLI:EU:C:2016:679 , SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, asunto C- 16/15 , entre María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid).

La normativa Comunitaria es, el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada

Se procede a dar específico trámite de audiencia a las partes en relación con la pertinencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial. Conforme Instrucción 1/2016 de 16 de enero, no se da traslado al Ministerio Fiscal al no ser parte en el presente procedimiento.

Con fecha 15 de junio de 2018 se acuerda diligencia final de prueba, y de la misma se concluye que:

- En base a la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos de interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud, se ha llevado a cabo un proceso en dos fases que han supuesto la realización de 9.126 nombramientos interinos (5.450 en la fase I y 3.676 en la fase II).

- Tras la transformación de los nombramientos de carácter eventual a interino regulada en la mencionada Orden 406/2017, la plaza vacante que vienen a ocupar el trabajador que ha suscrito el nombramiento de carácter interino lo será hasta tanto la persona que resulte adjudicataria de esta plaza dentro del concurso -oposición correspondiente tome posesión de la misma, siendo que si el trabajador interino desea consolidar dotando de estabilidad su puesto de trabajo, deberá de concurrir al proceso de selección correspondiente y resultar adjudicatario de una plaza de las ofertadas.

II.- DERECHO NACIONAL

1.- APLICABLE AL OBJETO DE DEBATE

A) Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud, que dice:

"La Ley 9/2015, de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, habilita al titular de la Consejería de Sanidad para que, previa negociación en los órganos de representación competentes, regule un procedimiento extraordinario de nombramiento en los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud de todo el personal estatutario eventual que lleve más de dos años encadenando contratos sucesivos y ocupando una plaza prevista en la plantilla orgánica como personal estatutario interino.

(...) En virtud de todo lo expuesto, una vez negociada en la Mesa Sectorial, a propuesta de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud conforme a lo dispuesto en el Decreto 19612015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud y en aplicación de lo establecido en la disposición final primera apartado 4 de la Ley 9/2015 de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid .

DISPONGO

Primero. Objeto de la Resolución



La presente Orden tiene por objeto dictar las Instrucciones necesarias para llevar a cabo un procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos estatutarios eventuales en nombramientos estatutarios interinos por plaza vacante, previstos en el artículo 9.2 del Estatuto Marco, en las gerencias de Atención Hospitalaria y SUMMA 112.

Segundo. Ámbito de Aplicación

Lo previsto en esta Orden será de aplicación al personal estatutario con nombramiento eventual en cualquiera de las categorías estatutarias expedido al amparo del artículo 9.3 de la ley 5512003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud que a la fecha de publicación de la presente Orden, se encuentre prestando servicios en los centros sanitarios de los ámbitos de Atención Hospitalaria y SUMMA 112 del Servicio Madrileño de Salud.

(...)

Tercero. Requisitos para acceder al nombramiento de carácter interino

Podrá acceder a un nombramiento estatutario interino, mediante el presente procedimiento extraordinario, el personal, que a la fecha de publicación de la presente Orden, ostente nombramiento estatutario eventual y venga encadenando nombramientos durante más de dos años consecutivos en el mismo centro y categoría, aun cuando haya sido desplazado y recolocado, sin solución de continuidad, siempre que exista plaza vacante en la plantilla orgánica del Centro, donde el personal estatutario eventual presta servicios (...).

B) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud CAPITULO II, Clasificación del personal estatutario. (Estatuto Marco).

Artículo 9. Personal estatutario temporal.

1. Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal.

Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

2. El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

3. El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.
- b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.
- c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.

Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

5. Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.

Artículo 20. Adquisición de la condición de personal estatutario fijo.



1. La condición de personal estatutario fijo se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

a) Superación de las pruebas de selección. (...)

Artículo 31. Sistemas de selección.

1. La selección del personal estatutario fijo se efectuará con carácter general a través del sistema de concurso-oposición.

(...) 2. La oposición consiste en la celebración de una o más pruebas dirigidas a evaluar la competencia, aptitud e idoneidad de los aspirantes para el desempeño de las correspondientes funciones, así como a establecer su orden de prelación.

(...) 3. El concurso consiste en la evaluación de la competencia, aptitud e idoneidad de los aspirantes para el desempeño de las correspondientes funciones a través de la valoración con arreglo a baremo de los aspectos más significativos de los correspondientes currículos, así como a establecer su orden de prelación. (...) 5. El concurso-oposición consistirá en la realización sucesiva, y en el orden que la convocatoria determine, de los dos sistemas anteriores. (...)

B) Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, norma de aplicación subsidiaria.(EBEP)

Artículo 10. Funcionarios interinos.

1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.

b) La sustitución transitoria de los titulares.

c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera (...)

Artículo 61. Sistema selectivos.

1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

A continuación se reproduce el contenido del artículo 31 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, añadiéndose en su último párrafo la siguiente precisión:

"(...)

Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos".

Artículo 62. Adquisición de la condición de funcionario de carrera.

1. La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

a) Superación del proceso selectivo. (...)

Artículo 70. Oferta de empleo público.

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro



instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

Disposición transitoria cuarta. Consolidación de empleo temporal.

1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.

2.- RESOLUCIONES JUDICIALES NACIONALES

1º Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sección 7 del 07 de octubre de 2016 (ROJ: STSJ M 10741/2016 - ECLI: ES: TSJM: 2016:10741) que dice:

OCTAVO.- Así expuestas estas recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea, y aplicándolas al caso de autos, observamos que el apelante no solicita que se acuda al mecanismo de control previsto en el artículo 9 del Estatuto Marco, pues no reclama el estudio de la necesidad de crear una plaza estructural, sino que se declare que la misma existe.

El Tribunal de la Unión Europea no realiza objeciones a la normativa interna, sino a la aplicación abusiva que pueda hacerse de ella. La propia normativa interna establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que la correcta invocación y aplicación de dicha normativa impediría la perpetuación del abuso.

(...)

NOVENO.- La solución a los posibles abusos en la contratación eventual pasa por la rigurosa aplicación del artículo 9 del Estatuto Marco, cuya concreta redacción 110 es disconforme con la Directiva, y en consecuencia si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de dos años, y si la Administración no procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, podrán los interesados (que lo serán no solo el contratado eventual, sino también los integrantes de la bolsa de interinos, que pudieran ocupar la misma si fuera creada, o las organizaciones sindicales en representación de sus afiliados) exigir dicho estudio, bien entendido que en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, corresponderla su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio.

En este punto podemos considerar concluido el tema principal suscitado en el recurso dados los términos en que vienen planteadas las pretensiones, no sin dejar de advertir -por referirnos también a la tercera de las Sentencias del Tribunal Europeo que se comentan que si a la postre se llegase a la conclusión de que los cometidos desempeñados por el eventual precisan la creación de una plaza estructural, la situación del eventual realmente empeoraría: no se produciría un nuevo nombramiento y sería más que discutible que tuvieran derecho a indemnización por la finalización del contrato. No hace falta decir que actualmente los funcionarios o estatutarios temporales no tienen indemnización por despido, como tampoco la tienen los funcionarios o estatutarios de carrera, y a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales, por lo que



podría no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo también de 14 de septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De Diego Porras , al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización. Cuestión que se deja meramente apuntada, pues no era materia de debate en esta apelación".

2º Dando un paso más, una vez nombrados interinos, exclusivamente a los trabajadores con relación eventual, de una antigüedad superior a dos años, reconocida la necesidad de creación de plazas estructurales (en concreto 9.126) estas plazas se incorporan en la Oferta Pública de Empleo, y serán cubiertas mediante el proceso ordinario de libre concurrencia (concurso-oposición). Solo si el trabajador ahora interino desea consolidar, dotando de estabilidad su puesto de trabajo, deberá de concurrir al proceso de selección correspondiente y resultar adjudicatario de, una plaza de las ofertadas.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de Diciembre de la Sala de lo Contencioso Administrativo, desestima el recurso de casación nº 129/2016 , contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11/11/2015 , que había declarado nulas las convocatorias de 2014 de la Comunidad de plazas de las Ofertas Públicas de Empleo de 2005 y 2007, en su inmensa mayoría cubiertas por personal funcionario interino - por haber superado el plazo improrrogable de 3 años para desarrollarlas que marca Estatuto Básico del Empleado desde 2007 en su artículo 70.1.

III. DISPOSICIONES COMUNITARIAS

Primera.- El Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada. Considerando lo que sigue:

(1) Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, las disposiciones del Acuerdo sobre la política social anexo al Protocolo sobre la política social, a su vez anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea modificado por el Tratado de Ámsterdam, han sido incorporadas a los artículos 136 a 139 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea;

(3) El punto 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores prevé, entre otras cosas, que "la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada";

El artículo 1 de la Directiva 1999/70 explica que ésta tiene por objeto "aplicar el Acuerdo Marco [...] que figura en el anexo, celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)".

El artículo 2, párrafo primero, de la Directiva dispone lo siguiente: "Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva [y deberán adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]"

En el ANEXO del ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, consideraciones generales:

6. Considerando que los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento:

8. Considerando que los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y que pueden convenir tanto a los empresarios como a los trabajadores;

La cláusula 1 del Acuerdo Marco señala que éste tiene por objeto "mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando el respeto al principio de no discriminación" y "establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

La cláusula 2, "Ámbito de aplicación", dispone que el Acuerdo Marco se aplica "a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro".

La cláusula 5, titulada "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva", establece:

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales,



cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán, de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. (...)

En la cláusula 8, apartado 3, que:

1. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán mantener o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores que las previstas en el presente Acuerdo.

3. La aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por el presente Acuerdo.

Segunda.- 1. Tratado de la Unión Europea. Artículo 4: "(...) Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión".

2. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Art. 151 y 153 :

Artículo 151: "La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el dialogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, (...)".

Artículo 153: "1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

- a) La mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;
- b) Las condiciones de trabajo;
- c) La seguridad social y la protección social de los trabajadores;
- d) La protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral;"

Tercera: Jurisprudencia comunitaria

Sentencia que se dicta en la materia por el TJUE en Asunto 331/2017 de fecha 25 de octubre de 2018, muestra de forma clara el sentido que ha de darse a la Directiva Comunitaria y su cláusula 5°, contestando a la cuestión planteada, así dice: 72 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada 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 las normas de régimen general que regulan las relaciones laborales y que sanción 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 exista ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione los abusos constatados en ese sector".

Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler , 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.



Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 26 de noviembre de 2014, asuntos acumulados C-22/13 , C-61/13 a C-63/13 y C-418/13 puntos 116 a 120 (Caso Mascolo).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-184/15), Cuando dice: 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. (...)

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

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.

IV. OTROS:

También, se debe de tener en cuenta las investigaciones abiertas por la Comisión Europea, sobre actuaciones incompatibles, con la cláusula 4ª y 5ª del Acuerdo Marco, Anexo a la Directiva 1999/70/CE, por parte del Gobierno Español en el Sector Público (funcionarios interinos en la Administración de Justicia), carta de emplazamiento-infracción 2014/4224, y expediente EU-Pilot 8422/16 EMPL y CHAP (2013) 01917, entre otros.

Y la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de mayo de 2018, en la que se da respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada (2018/2600(RSP)), siendo de destacar los siguientes puntos:

5. Insta a la Comisión a que actúe de inmediato en su legislación para abordar eficazmente las prácticas laborales que generan precariedad;

15. Recuerda que la premisa en que se basa la Directiva 1999/70/CE sobre contratos de duración que se rigen por el Acuerdo marco es que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo son característicos del empleo en algunos sectores o de determinadas ocupaciones y actividades;

16. Denuncia la renovación de los contratos de trabajo de duración determinada con el fin de cubrir necesidades que no tienen carácter temporal, sino permanente y duradero, ya que ello supone una violación de la Directiva 1999/70/CE;

17. Toma nota de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que la conversión de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida constituye una medida que está en consonancia con los requisitos derivados del Derecho de la Unión, en la medida en que previene el uso abusivo de los contratos de duración determinada y da lugar a la eliminación definitiva de las consecuencias de un uso inadecuado;

18. Destaca que la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida debe considerarse como una medida para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de los contratos de duración determinada en el sector público y en el privado, y debe ser clara y ser incluida sistemáticamente por todos los Estados miembros en sus respectivos marcos normativos en materia de Derecho laboral;

19. Destaca que la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida para un trabajador que ha sufrido un abuso en relación con contratos de duración determinada, en infracción de la Directiva 1999/70/CE, no exime a un Estado miembro de la obligación de sancionar dicho abuso, incluyendo, además, la posibilidad de que el trabajador afectado obtenga la reparación de los perjuicios sufridos en el pasado;

20. Hace hincapié en que si un Estado miembro opta por penalizar la discriminación o el abuso contra un trabajador temporal en infracción del Derecho de la Unión mediante la concesión de una indemnización al trabajador afectado, dicha indemnización debe, en todo caso, ser adecuada y eficaz, y compensar plenamente todos los daños sufridos;

21. Destaca que las consideraciones presupuestarias subyacentes a la elección por un Estado miembro de una política social no puede justificar la falta de medidas eficaces destinadas a prevenir y sancionar debidamente



el uso abusivo de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada; subraya, en efecto, que la adopción de tales medidas efectivas, en plena conformidad con el Derecho de la Unión, es necesaria para eliminar las consecuencias de la violación de los derechos de los trabajadores;

22. Condena el despido de los trabajadores que fueron reconocidos por las autoridades judiciales competentes como víctimas de un uso abusivo de contratos de duración determinada, en infracción de la Directiva 1999/70/CE; está firme mente convencido de que, cuando se han dado casos de uso abusivo de contratos de duración determinada sucesivos, cabe aplicar una medida que ofrezca garantías equivalentes y eficaces para la protección de los trabajadores a fin de sancionar debidamente el abuso y eliminar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión, así como para salvaguardar la posición laboral de los trabajadores afectados.

V. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1º Las alegaciones que presentan las partes ante la decisión del planteamiento de la presente cuestión prejudicial, se resumen con respecto a la demandante en su no oposición, entendiéndose que la exclusión en este procedimiento del personal vinculado al mismo por un contrato temporal distinto al eventual contraría la normativa y acuerdos celebrados.

2º Especial consideración merece la línea de oposición que realiza la Comunidad de Madrid al planteamiento de la cuestión prejudicial, entendiéndose que la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, objeto de recurso, no guarda relación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha del 14 de septiembre de 2016, ya que la recurrente no pone en duda la legalidad de la Orden y solo lo hace en relación a la exclusión en el proceso que articula de los trabajadores temporales que no son eventuales.

Todo ello, partiendo de otras consideraciones de inadmisión, que solo procede resolver en sentencia y por este juzgador.

Ante la evidencia del alegato realizado en el acto de vista y sobre el que descansó la contestación a la demanda del Abogado que represento a la Comunidad de Madrid, se matiza esta negación precisando, que la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad cuestionada, lo es en aplicación de la Ley 9/2015, de 28 de diciembre, de medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, que al ser de fecha anterior a la sentencia del TJUE es obvio que no es ejecución, ni consecuencia en relación a la Orden cuestionada, la Orden, eso sí, debe de respetar las cuestiones abordadas en la cuestión prejudicial, pero no es consecuencia de la misma. La Orden, se continúa diciendo, define un procedimiento en cumplimiento del artículo 9.3 del Estatuto Marco relativas al estudio de la necesidad de crear plazas estructurales y a las consecuencias que para el personal tendrían los resultados obtenidos.

Este juzgador, tal como permite la normativa procesal nacional (artículo 33.2 y 65.2 de la LJCA) introduce, dando contradicción antes del planteamiento de la cuestión prejudicial, la Directiva Comunitaria y la Sentencia dictada en el Asunto C-16/15 , y se incorpora como argumento jurídico de la sentencia que en su día se dicte, siempre dentro de la única pretensión alegada por el recurrente.

Y, se decide plantear la cuestión prejudicial, sobre la base de la obligación que pesa sobre los Juzgados y Tribunales, de conseguir el resultado previsto por la Directiva mediante una interpretación prevalente de la norma comunitaria frente a la nacional, tal como la propia norma nacional, LO 7/2015 de 21 de julio que modifica la LOPJ añadiendo el art. 4 bis, según el cual "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

Y es exigencia impuesta en el derecho y la jurisprudencia comunitaria por todas, en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018, en el asunto C-416/17 que dice:

106 A este respecto, procede recordar, por un lado, que la obligación de los Estados miembros de cumplir las disposiciones del Tratado FUE incumbe a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencia, las autoridades judiciales.

107 De este modo, en principio, cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 258 TFUE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión haya originado el incumplimiento, incluso cuando se trate de una institución constitucionalmente independiente (sentencias de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia, C-129/00, EU:C:2003:656 , apartado 29, y de 12 de noviembre de 2009, Comisión/España, C-154/08 , no publicada, EU:C:2009:695 , apartado 125).

109 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la obligación de plantear una cuestión prejudicial que establece la disposición que acaba de citarse tiene principalmente como razón de ser impedir que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión (sentencia de 15 de marzo de 2017, Aquino, C-3/16 , EU:C:2017:209 , apartado 33 y jurisprudencia citada).



(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y DETERMINACIÓN DE LAS DISPOSICIONES COMUNITARIAS CUYA NORMATIVA NACIONAL APLICABLE SE CONSIDERA INFRINGIDA.

Por lo expuesto, se considera procedente, plantear cuestión prejudicial, dirigida a que por el Tribunal Superior de Justicia, se pronuncie y delimite la interpretación de la Directiva, y con ello hacer uso de la posibilidad ofrecida por el art. 104.2 del Reglamento de procedimiento del TJUE, dedicado a la "Interpretación de las decisiones prejudiciales", cuyo apartado 2 dispone que "Corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial", y someterle a "una nueva petición de decisión prejudicial".

La sentencia cuya interpretación se requiere es la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ECLI:EU:C:2016:679 SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, En el asunto C-16/15 , entre María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid).

Ya se advirtió, por esta misma juzgadora en Asunto C-429/18 , (TERCERO, en la segunda cuestión que se plantea que:

"La conversión de estos contratos eventuales en interinos, (Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud) esta Juzgadora considera que supone una prueba clara de que nos hallamos ante un defecto estructural, se entiende que no supone cumplir el objetivo de la Directiva Comunitaria, produciendo solo postergar y reproducir una situación de temporalidad y precariedad. Se cambia temporalidad por "más temporalidad".

Esta Orden, no es aplicable al supuesto objeto de litigio, y se dicta en cumplimiento de la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15), su conformidad o no, tendrá que ser tendrá que ser, en su caso, objeto de nueva cuestión prejudicial".

Pues, bien, ahora esta Orden 407/2017, de 8 de mayo , del Consejero de Sanidad, es objeto de recurso y esta Juzgadora, entiende que procede plantear nueva cuestión prejudicial, precisamente en consideración al propio argumento que la Comunidad de Madrid realiza para oponerse a la misma, al entender que la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se dictan instrucciones para el procedimiento extraordinario de transformación de nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos interinos por vacante del Servicio Madrileño de Salud, no respeta las cuestiones abordadas en la cuestión prejudicial resuelta en Sentencia de 14 de septiembre de 2016, en el asunto C-16/15 , y esta juzgadora considera que la interpretación que se hace de la Directiva Comunitaria y de la propia sentencia en la Orden 406/2017, de 8 de mayo objeto de recurso, conlleva dejar sin efecto y vacío de contenido la Directiva Comunitaria: Así los trabajadores temporales (en sus distintas naturalezas) ven como tras décadas de abuso en la contratación temporal, la administración lleva a cabo con evidente retraso, el estudio de si procede la creación de plazas estructurales, declarándolos interinos, para luego introducir esta plaza vacante en la Oferta Pública de Empleo, incumpliendo de forma indudable, los propios plazos que para ello la norma nacional le impone (artículo 70 del EBEP).

Con ello el abuso en la contratación temporal nunca recibe sanción, sanción que no existe en nuestro derecho nacional.

La aplicación que ahora se hace del artículo 9.3 del Estatuto Marco, no puede entenderse rigurosa, cuando la facultad no se ejerció en los plazos exigidos por la norma que permitían evitar el abuso, previo a esa aplicación existió un uso indeterminado en el tiempo de contratos temporales para cubrir necesidades ordinarias y permanente, aplicarlo ahora deja de tener su función de control. No nos hallamos ante la prestación de servicios por periodos de 12 meses o más meses, en un periodo de dos años, sino de personal temporal que lleva trabajando con contratos de esta naturaleza, por poner un ejemplo 17 años (Asunto C- 103/18) o 17, 14 y 12 años (Asunto C-429/18).

Se entiende que con ello, se incumple la premisa exigida por el Tribunal de la Unión Europea, que si bien no realiza objeciones a la normativa interna, si lo hace a la aplicación abusiva que pueda hacerse de ella que es lo que este juzgador considera que se está produciendo mediante la aplicación de la facultad que ofrece el artículo 9.3 del Estatuto Marco. YA QUE SE INCUMPLEN LAS LIMITACIONES Y CONDICIONES PARA IMPEDIR EL ABUSO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, PORQUE MEDIANTE SU APLICACIÓN INTENTA OBIAR QUE



ESE ABUSO YA SE HA COMETIDO, YA QUE LOS LIMITES NO SE APLICARON A SU DEBIDO TIEMPO, EXISTE UNA SITUACIÓN DE ABUSO PERPETUADO EN EL TIEMPO, AL QUE SE INTENTA DAR SOLUCIÓN, SIN QUE EXISTA SANCIÓN PARA EL EMPLEADOR PÚBLICO, Y UTILIZANDO UNAS MEDIDAS QUE FINALIZAN CON EL CESE DEL TRABAJADOR OBJETO DURANTE DÉCADAS DE ABUSO EN SU CONTRATACIÓN.

La necesidad de plantear la cuestión prejudicial se hace todavía más evidente, al entender que cuando se consume el fin último de la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, el resultado que se produce (cese de los trabajadores temporales sin sanción) es incompatible con el objetivo marcado por la Directiva Comunitaria, a además de que la propia Directiva es eludida.

Los preceptos concretos, sobre los que se pretende obtener respuesta a cuál es la correcta interpretación son: la Cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE, así el párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales.

SEGUNDO.- CONSIDERACIONES GENERALES

Único.- Al plantearse la presente cuestión prejudicial haciendo uso de la posibilidad ofrecida por el art. 104.2 del Reglamento de procedimiento del TJUE, las consideraciones generales se realizan sobre, los propios términos de la sentencia ECLI:EU:C:2016:679 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, sobre los que en un principio no se realiza interpretación, ni valoración, recogiendo algunos de sus puntos con literalidad, así:

26 En relación con la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo marco, hay que recordar que dicha cláusula tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fu ente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados (...).

27 En efecto, como se desprende del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo marco, el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias (...).

28 Por consiguiente, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones (...).

29 Los Estados miembros disponen a este respecto de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enjuiciadas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula, o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de distintos sectores o categorías de trabajadores (...).

30 De ese modo, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco (...).

31 Además, cuando, como sucede en el litigio principal, el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (...).

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

33 De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca 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 (...).

37 En este marco, procede comprobar si las disposiciones de la norma nacional controvertida en el litigio principal, que permiten la renovación de nombramientos de duración determinada en el ámbito de los servicios de salud, pueden constituir medidas enunciadas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, y, más concretamente, razones objetivas que justifican la renovación de contratos o de relaciones laborales de duración determinada.

41 En lo que atañe al litigio principal, debe señalarse que la normativa nacional pertinente determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada. En efecto, el recurso a tales nombramientos está permitido, en virtud del artículo 9, apartado 3, del Estatuto Marco, según los casos, cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

42 Esta disposición aclara además que, si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración competente estudiará las causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural.

45 En efecto, debe declararse que, en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras. La sustitución temporal de trabajadores en esas circunstancias puede constituir una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco, que justifica tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de nuevas necesidades, a reserva del cumplimiento de las exigencias fijadas para ello por el Acuerdo marco (...).

46 Además, es preciso señalar que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 40 de la presente sentencia, puede justificar objetivamente en este sector específico, a la luz de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada.

47 EN CAMBIO, 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, EN LA MEDIDA EN LA QUE TAL UTILIZACIÓN DE CONTRATOS O RELACIONES LABORALES DE DURACIÓN DETERMINADA SE OPONE DIRECTAMENTE A LA PREMISA EN LA QUE SE BASA DICHO ACUERDO MARCO, A SABER, QUE LOS CONTRATOS DE TRABAJO DE DURACIÓN INDEFINIDA CONSTITUYEN LA FORMA MÁS COMÚN DE RELACIÓN LABORAL, AUNQUE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA SEAN CARACTERÍSTICOS DEL EMPLEO EN ALGUNOS SECTORES O PARA DETERMINADAS OCUPACIONES Y ACTIVIDADES (...).

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 (...).

50 A ESTE RESPECTO, SE DEDUCE DE LA SITUACIÓN DE LA DEMANDANTE EN EL LITIGIO PRINCIPAL, TAL COMO SE DESCRIBE EN EL AUTO DE REMISIÓN, QUE LOS SUCESIVOS NOMBRAMIENTOS DE LA SRA. Florinda PARA GARANTIZAR LOS SERVICIOS HOSPITALARIOS NO PARECEN RESPONDER A MERAS NECESIDADES TEMPORALES DEL EMPLEADOR.

51 Corroborra esta afirmación la apreciación del juzgado remitente, que califica de "mal endémico" la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal



y que considera que alrededor del 25 % de las 50.000 plazas de plantilla de personal facultativo y sanitario de la Comunidad de Madrid están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal, llegando en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años.

52 EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS, ES PRECISO CONSIDERAR QUE LA CLÁUSULA 5, APARTADO 1, LETRA A), DEL ACUERDO MARCO DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE SE OPONE A QUE UNA NORMA NACIONAL, COMO LA CONTROVERTIDA EN EL LITIGIO PRINCIPAL, SE APLIQUE POR LAS AUTORIDADES DEL ESTADO MIEMBRO DE QUE SE TRATE DE TAL MANERA QUE LA RENOVACIÓN DE SUCESIVOS NOMBRAMIENTOS DE DURACIÓN DETERMINADA EN EL SECTOR DE LA SANIDAD PÚBLICA SE CONSIDERA JUSTIFICADA POR "RAZONES OBJETIVAS", EN EL SENTIDO DE DICHA CLÁUSULA, DEBIDO A QUE LOS NOMBRAMIENTOS SE BASAN EN DISPOSICIONES QUE PERMITEN LA RENOVACIÓN PARA GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DETERMINADOS DE NATURALEZA TEMPORAL, COYUNTURAL O EXTRAORDINARIA, SIENDO ASÍ QUE, EN REALIDAD, ESTAS NECESIDADES SON PERMANENTES Y ESTABLES.

53 POR OTRO LADO, EN LO QUE ATAÑE AL MARGEN DE APRECIACIÓN DE QUE DISPONE LA ADMINISTRACIÓN CUANDO SE TRATA DE CREAR PUESTOS ESTRUCTURALES, CABE RECORDAR QUE LA EXISTENCIA DE TAL MODALIDAD, QUE PERMITE LA CREACIÓN DE UN PUESTO FIJO, AL IGUAL QUE LA CONSISTENTE EN CONVERTIR UN CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA EN UNA RELACIÓN LABORAL POR TIEMPO INDEFINIDO, PUEDE SER UN RECURSO EFICAZ CONTRA LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LOS CONTRATOS TEMPORALES (...).

54 Ahora bien, aunque puede admitirse que, en principio, una normativa nacional que permite la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para sustituir personal a la espera de que se creen puestos estructurales puede estar justificada por una razón objetiva, la aplicación concreta de esa razón, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio, debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo marco (...).

55 EN EL CASO DE AUTOS, ES NECESARIO OBSERVAR QUE LA NORMATIVA NACIONAL CONTROVERTIDA EN EL LITIGIO PRINCIPAL NO ENTRAÑA NINGUNA OBLIGACIÓN DE CREAR PUESTOS ESTRUCTURALES ADICIONALES PARA PONER FIN AL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL EVENTUAL QUE INCUMBA A LA ADMINISTRACIÓN COMPETENTE. POR EL CONTRARIO, SE DESPRENDE DE LAS AFIRMACIONES DEL JUZGADO REMITENTE QUE LOS PUESTOS ESTRUCTURALES CREADOS SERÁN PROVISTOS MEDIANTE EL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL INTERINO, SIN QUE EXISTA UNA LIMITACIÓN EN CUANTO A LA DURACIÓN DE LOS NOMBRAMIENTOS DE DICHO PERSONAL NI EN CUANTO AL NÚMERO DE SUS RENOVACIONES, DE TAL MODO QUE, EN REALIDAD, LA SITUACIÓN DE PRECARIEDAD DE LOS TRABAJADORES SE CONVIERTE EN PERMANENTE. PUES BIEN, ESTA NORMATIVA PUEDE PERMITIR, INFRINGIENDO LA CLÁUSULA 5, APARTADO 1, LETRA A), DEL ACUERDO MARCO, LA RENOVACIÓN DE NOMBRAMIENTOS DE DURACIÓN DETERMINADA PARA CUBRIR NECESIDADES PERMANENTES Y ESTABLES, MIENTRAS QUE SE DESPRENDE DE LAS OBSERVACIONES REALIZADAS EN EL APARTADO 52 DE LA PRESENTE SENTENCIA QUE EN EL ESTADO MIEMBRO DE QUE SE TRATA EXISTE UN DÉFICIT ESTRUCTURAL DE PUESTOS DE PERSONAL FIJO.

TERCERO.- CONCRETAS CUESTIONES PREJUDICIAL QUE SE PLANTEAN

En este marco, esta Juzgadora llega, con sus propias palabras, a fijar cual es la realidad existente en el sector sanitario, sobre la que se aplica el artículo 9.3 del Estatuto Marco en la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, el mismo sector del que deriva la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ECLI:EU:C:2016:679, y cuales a su entender, son las exigencias en ella contenidas para que la Directiva y su cláusula 5ª no sea incumplida:

Se abusó de la contratación temporal, y durante un largo periodo no se ejercieron los instrumentos que ejecutados de forma rigurosa hubieran evitado el abuso (artículo 9.3 del Estatuto Marco), artículo 10.4 o artículo 70 del mismo EBEP .

La Orden, no aplica rigurosamente el artículo 9.3 del EMEP, ya que tras la utilización de la contratación temporal durante décadas de forma abusiva, para satisfacer necesidades permanentes, cubriendo defectos estructurales y manteniéndose esta situación en el tiempo de manera injustificada, la administración ejercita la facultad que el precepto le habilita (artículo 9.3 Estatuto Marco), trascurrido en indudable exceso el plazo de dos años que en el mismo se indica, no da respuesta con ello al abuso cometido, quedando sin sanción el mismo.

No se previó el abuso, este ya se había cometido.

En el derecho nacional no existe sanción al abuso.



Las medidas que se adopten, pues debieran de ser equivalentes a situaciones similares y eficaces, no haciendo excepcionalmente difícil la consecución de los objetivos conferidos por el Ordenamiento Jurídico Comunitario.

Cometido el abuso es indispensable poder aplicar alguna medida que proteja a los trabajadores y evite sus consecuencias.

Nos hallamos ante un servicio público el de sanidad que permite cierta flexibilidad.

PERO NUNCA se puede admitir nombramientos de duración determinada para desempeñar de modo permanente y estable funciones del servicio de la salud, sería ello contrario a la cláusula 5°.

No existe, causa objetiva.

La creación de puestos estructurales que deriven a un puesto fijo, es medida eficaz contra la utilización abusiva.

Los resultados a los que lleva la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, una vez creados los puestos estructurales, cuando ya se cometió el abuso en la utilización abusiva de contratos temporales para cubrir necesidades permanentes son:

Primero, con relación a los trabajadores objeto de abuso, no supone el fin a la temporalidad, se les nombra interinos (nueva contratación temporal) manteniéndose su precariedad.

Segundo, se convierte esta temporalidad en permanente, hasta su cese que se produce cuando la plaza sea cubierta tras el proceso de concurso oposición.

Tercero. Deja al margen del estudio que exige el artículo 9.3 del Estatuto Marco, a todos los trabajadores temporales que no fueran eventuales o no tuvieran vínculo actual, sin tener en cuenta por tanto la duración que en muchos casos, durante décadas, estos trabajadores mantienen con la administración sanitaria cubriendo mediante contratación temporal, necesidades que son permanentes y ordinarias.

Con el cese que se producirá, tras la declaración de interino del trabajador eventual y la cobertura de la plaza por la persona que resulte adjudicataria dentro del concurso - oposición correspondiente, la conducta de abuso quedaría sin sanción, consumándose, además, la vulneración del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, no cumpliéndose sus objetivos de estabilidad en el empleo.

Con este proceso que se abre a partir de la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, la administración pública trata de eludir, la interpretación que ya de forma reiterada, establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que fija precisamente para el supuesto que en el ordenamiento nacional, no exista ninguna medida efectiva para evitar el abuso(o las existentes no se han llevado a cabo), su declaración de indefinido o fijo, entendiéndose que el artículo 9.3 del Estatuto Marco, pudo ser efectivo si se hubieran cumplido los plazos, pero evidentemente no lo es, cuando se parte de una situación de abuso, que se dilata en el tiempo, así de forma clara el TJUE establece que el Acuerdo marco 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, cuando en esa normativa nacional no existe otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

Doctrina que se fija en Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, 106, y en la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 26 de noviembre de 2014, Asuntos acumulados C 22/13, C 61/13 a C 63/13 y C 418/13 puntos 116 a 120 (Mascolo). Y en la última consecuencia contenida en la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-184/15), cuando dice en sus párrafos:

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 (...).

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

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 el proceso que se abre a través de la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, nunca se cumplirá la Cláusula 3.2 del Acuerdo marco, es decir la estabilidad o fijeza en el empleo, al contrario, el trabajador que fue objeto de abuso se ve cesado en su puesto de trabajo, salvo que en libre concurrencia supere el proceso selectivo para alcanzar su fijeza, lesionándose los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 y su efecto útil.

Se produce la consecuencia advertida en la Sentencia TJUE de 12 de julio de 1990, Foster y Otros C-188/89 , apartado 17 que dice "el Estado no puede obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión".

El proceso contenido en la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad que, tras su perfeccionamiento, en palabras del Parlamento Europeo: 22. Condena el despido de los trabajadores que fueron reconocidos por las autoridades judiciales competentes como víctimas de un uso abusivo de contratos de duración determinada, en infracción de la Directiva 1999/70/CE; está firmemente convencido de que, cuando se lzan dado casos de uso abusivo de contratos de duración determinada sucesivos, cabe aplicar una medida que ofrezca garantías equivalentes y eficaces para la protección de los trabajadores a fin de sancionar debidamente el abuso y eliminar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión, así como para salvaguardar la posición laboral de los trabajadores afectados.

Aquí es el propio empleador público, el que, con la declaración de estructural de 9.126 puestos de trabajo desempeñados por eventuales (sin contar por tanto con los demás supuestos de contratación temporal), está reconociendo su utilización para el desempeño de necesidades ordinarias y permanentes, ya que no ejercita ese límite cuando en estas prestaciones de servicios trascurrió 12 meses o más meses, en un periodo de dos años, sino de personal temporal que lleva trabajando con contratos de esta naturaleza, por poner un ejemplo 17 años (Asunto C 103/18) o 17, 14 y 12 años (Asunto C-429/18).

Con ello se perpetúa el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada.

Sobre la cuestión de que la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad excluye los demás trabajadores temporales que no son eventuales, se hace no sobre la cláusula 4 de la Directiva Comunitaria, sino sobre reiterada jurisprudencia, que partiendo del principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10 , EU:C:2011:557 , apartado 65 y jurisprudencia citada).

Así como de la propia literalidad de la sentencia ECLI:EU:C:2016:679 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016 , apartados 47, 48, 49, 50, 52, 53 y 55.

Parte dispositiva:

Se formulan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud del Art. 267 TFUE , y del art. 104.2 del Reglamento de procedimiento del TJUE. Las siguientes cuestiones prejudiciales:

PRIMERA.- ¿Es conforme al Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, en concreto su cláusula S, sus objetivos puntos 6 y 8 y los propios parámetros que fija la sentencia ECLI:EU:C:2016:679 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima)de 14 de septiembre de 2016, la normativa que es objeto de recurso, Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, que, tras la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública, nombramientos basados en disposiciones de derecho nacional que permitían renovaciones para cubrir y garantizar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando la realidad era que con ellos se estaba cubriendo necesidades permanentes y estables, el instrumento que se articula es la conversión en la naturaleza de 9.126 plazas, pasando el trabajador de temporal eventual a temporal interino, siendo el fin del proceso que esas plazas se integren en Oferta Pública de Empleo y con ello el cese del trabajador temporal?.

SEGUNDA.- ¿Es correcta la interpretación que realiza esta juzgadora al entender que, la forma de aplicación que se describe y realiza del Artículo 9.3 del Estatuto Marco, mediante la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, no es conforme con la Cláusula 5ª , sus objetivos puntos 6 y 8 ni de los propios parámetros que fija la sentencia ECLI:EU:C:2016:679 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, ya que tras el abuso en la contratación temporal para cubrir necesidades permanentes y reconocido el defecto estructural, permite que este abuso nunca sea sancionado, con incumplimiento de los objetivos de la Directiva y perpetuándose la situación desfavorable de los empicados estatutarios temporales?.



TERCERA.- ¿Es correcta la interpretación que realiza esta juzgadora de la Cláusula 5ª, sus objetivos puntos 6 y 8 y de los propios parámetros que fija la sentencia ECLI:EU:C:2016:679 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, que se fijan en el presente auto y llevan a considerar que la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, no se adecua al artículo 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza el Estado Español los resultados fijados en la Directiva ya que supone que producido el abuso en la contratación de duración determinada, no ofrece garantías de protección a los trabajadores efectivos y equivalentes con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, deja sin sanción el abuso, y por ello permite que en el sector sanitario la Directiva Comunitaria no sea aplicada?.

CUARTA.- Prohibiendo la normativa nacional 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, o dar fijeza al trabajador víctima de abuso, no existiendo en esa normativa nacional otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada ¿Es correcto entender, como entiende esta juzgadora, que la Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad (aplicando el artículo 9.3 del Acuerdo marco de forma tardía), y el proceso selectivo de libre concurrencia posterior, no pueden ser considerados medidas efectivas para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada ya que con ello, entiende esta juzgadora y reitera, se está eludiendo la aplicación y cumplimiento de los objetivos exigidos por la propia Directiva Comunitaria y?.

QUINTA.- La Orden 406/2017, de 8 de mayo, del Consejero de Sanidad, en cuanto limita su ámbito de aplicación exclusivamente a los trabajadores eventuales, y con relación a los demás trabajadores temporales, vinculados con exceso, en los tiempos que la norma nacional marca, la Administración no procede al estudio de las causas que lo motivan, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente, dejando este abuso sin sanción, no aplicando con respecto a ellos ninguna medida que ofrezca garantías de protección, ni efectivas, ni equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión ¿Debe de entenderse con ello que se está incumpliendo las exigencias del contenido de la sentencia ECLI:EU:C:2016:679 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, al producirse la situación anterior descrita y con ello contrariando la norma comunitaria?.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que esta resolución es firme y que no cabe contra el mismo recurso alguno.

Queda suspendido el presente proceso hasta que sean resueltas las anteriores cuestiones prejudiciales planteadas.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la "Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925, Luxemburgo" y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General de Poder Judicial - Fax 91 7006 350 - REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea.

Así lo acuerdo, mando y firmo, Ana Monreal Díaz, Magistrada-Juez Sustituta del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 24 de Madrid.

LA MAGISTRADA-JUEZ